

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 4, febrero de 2016



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

Correo Electrónico:

info@idibe.com

Dirección web:

www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

J.Ramon.de-Verda@uv.es

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 F.P.U. DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DOÑA BELÉN ANDRÉS SEGOVIA ABOGADA

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
CATEDRÁTICO ACREDITADO 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 PERUGIA, ITALIA

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

D. FRANCESC CHOLVI ROIG ABOGADO

DR. ANDRE DIAS PEREIRA
PROFESOR AUXILIAR DE LA FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COIMBRA,
PORTUGAL

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

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
PROFESOR ASOCIADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

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

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA,
ESPAÑA

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

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

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

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
PROFESOR CONTRATADO DOCTOR 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

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. SALVATORE ACET' TO DI CAPRIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO COMPARADO, UNIVERSIDAD DE NÁPOLES-
PARTHENOPE, ITALIA

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

DR. GIOVANNI PERLINGIERI
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE NÁPOLES II, ITALIA

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

SUMARIO

I. ESTUDIOS

DERECHO DE LA PERSONA

[El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos el Derecho español.](#) (Pp. 9 ~ 28)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

[El estatuto jurídico del honor en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: de una restricción legítima de la libertad de expresión a un derecho humano autónomo.](#) (Pp. 29 ~ 58)

JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART.

DERECHO DE FAMILIA

[Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el Derecho español.](#) (Pp. 59 ~ 74)

ESTHER ALGARRA PRATS Y JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

[Trust: le pretese dei creditori del disponente.](#) (Pp.75 ~ 107)

DANIELA DI SABATO.

[Saúde mental, incapacidade e responsabilidade civil por factos ilícitos. Breve reflexão.](#) (Pp. 108 ~ 139)

ANA ELISABETE FERREIRA.

DERECHOS REALES

[Il diritto di proprietà è, dunque, un preoccupante *derecho fundamental*?](#) (Pp. 140 ~ 165)

ANGELO VIGLIANISI FERRARO.

DERECHO MERCANTIL

[A transferência \(inter\)nacional da sede da sociedade anónima europeia.](#)

(Pp. 166 ~ 197)

CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES.

DERECHO DE CONSUMO.

[El arrendamiento turístico en la Comunidad Valenciana.](#) (Pp. 198 ~ 225)

M^a PILAR MONTES RODRÍGUEZ.

PROPIEDAD INTELECTUAL

[Propriedade intelectual em biotecnologia: um breve diálogo acerca da relação entre o direito e a biotecnologia em face da inovação tecnológica.](#) (Pp. 226 ~ 240)

PEDRO ACCIOLY DE SÁ PEIXOTO NETO.

II. CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

DERECHO DE FAMILIA

[La kafala ni es adopción, ni puede llegar a serlo.](#) (Pp. 241 ~ 249)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

[Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial.](#)

(Pp. 250 ~ 273)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE y PEDRO CHAPARRO MATAMOROS.

DERECHOS REALES

[El derecho de abolorio: una institución aragonesa al servicio de la conservación del patrimonio familiar.](#) (Pp. 274 ~ 288)

AURORA LÓPEZ AZCONA.

DERECHO DE SUCESIONES

[Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico.](#) (Pp. 289 ~ 302)

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH.

[Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco.](#) (Pp. 303 ~ 320)

GORKA GALICIA AIZPURUA.

[La partición de herencia conflictiva tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria.](#)

(Pp. 321 ~ 328)

JOSÉ M^a CARRAU CARBONELL.

[Desheredación: una visión comparada.](#) (Pp. 329~ 348)

ALBA LORETO PERIS RIVERA.

DERECHO Y BIOÉTICA

[Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español.](#) (Pp. 349~ 357)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

DERECHO MERCANTIL

[La capitalización de utilidades: una barrera al pago de dividendos en efectivo.](#)

(Pp. 358 ~ 365)

BRIAN HADERSPOCK.

[El nuevo Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores: un paso más hacia la modernización del mercado de valores.](#) (Pp. 366 ~ 372)

FRANCESC CHOLVI ROIG.

III. INVESTIGADORES NOVELES

[La Ley de derechos humanos 1998: la implementación de la Convención europea de derechos humanos en el sistema legal británico.](#) (Pp. 373 ~ 390)

SALVADOR JESÚS TORMO PRUÑONOSA.

EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE ANCIANOS EN
CENTROS GERIÁTRICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL
INVOLUNTARY CONFINEMENT OF OLD PEOPLE IN NURSING
HOMES IN SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 9 - 28

Fecha entrega: 20/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. “Impacto social de las crisis familiares (Ministerio de Ciencia y de Competitividad)”.

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Presidente del IDIBE
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: Atendida la realidad social, caracterizada por un aumento de la esperanza de vida de la población, en el presente artículo se analiza la necesidad de establecer normas específicas que desarrollen una cuestión olvidada por la legislación española: el internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos.

PALABRAS CLAVE: internamiento involuntario; ancianos; centros geriátricos; libertad; incapacitación.

ABSTRACT: Considering the social reality characterized by an increase in life expectancy of the population, this article discusses the need to establish specific laws to develop a forgotten issue by the Spanish legislation: involuntary confinement of the old people in nursing homes.

KEY WORDS: involuntary confinement; old people; nursing homes; freedom; disability.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INTERNAMIENTO VOLUNTARIO PREVISTO EN EL ART. 763 LEC.- III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.- IV. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS DE CARÁCTER CERRADO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL.- V. RAZONES EN FAVOR DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DEL ART. 763 LEC AL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE ANCIANOS.- 1. La literalidad del precepto.- 2. La interpretación flexible de la expresión “trastorno psíquico”.- 3. La falta de determinación del tipo de centro en el que ha de realizarse el internamiento.- 4. La interpretación teleológica.- 5. La inconsistencia del argumento que remite la autorización judicial al ámbito de un juicio de incapacitación.- VI. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En el Derecho español, no existe una regulación del supuesto, cada vez más frecuente, del internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, sin duda, porque tradicionalmente se ha considerado el cuidado de los mayores una labor esencialmente familiar. Sin embargo, la prolongación de la vida de las personas, el aumento de enfermedades que afectan a sus capacidades cognitivas y volitivas (un ejemplo paradigmático lo constituye el Alzheimer), así como la ruptura de la fortaleza de los lazos familiares en un contexto social de incorporación de la mujer al trabajo, obliga a plantearse muy seriamente la necesidad de establecer normas a este respecto.

Entre tanto, el problema que ha de dilucidarse es si, en ausencia de una legislación específica sobre la materia, ha de aplicarse el único precepto existente sobre internamientos involuntarios en nuestro Derecho, esto es, el art. 763 LEC, precepto, que, por lo demás, es excesivamente parco, planteando, además, su carácter de ley ordinaria (no orgánica) problemas de constitucionalidad.

La STC (Pleno) 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado, así, inconstitucional el inciso del párrafo primero del art. 763.1 LEC, según el cual “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial”, así como también el inciso del párrafo segundo del art. 763.1 LEC, que establece “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”. La razón es clara: la

posibilidad de internar a alguien sin su consentimiento, sea de modo ordinario (con previa autorización judicial) o extraordinario (con ratificación judicial posterior, en casos de urgencia) afecta a su derecho fundamental a la libertad personal, por lo que “sólo puede regularse mediante ley orgánica”. No obstante, el TC matiza que “A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable”. “Estamos, por consiguiente -añade el TC-, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”.

Hasta el momento el legislador ha hecho caso omiso al requerimiento del TC¹, de modo que sigue vigente el art. 763 LEC, cuyos aspectos procesales han sido, en cambio, considerados constitucionales por la referida sentencia (siguiendo, así, la doctrina expresada por las SSTC 129/1999, de 1 de julio, y 131/2010, de 2 de diciembre respecto al hoy derogado art. 211 CC, precedente del art. 763 LEC, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, posteriormente modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), porque “establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica”².

II. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INTERNAMIENTO VOLUNTARIO PREVISTO EN EL ART. 763 LEC.

¹ Véanse a este respecto las severas críticas de LASARTE ÁLVAREZ, C.: “El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)”, *Diario La Ley*, 20 de noviembre de 2012, Sección Tribuna.

² En cualquier caso, a la vista de la doctrina jurisprudencial citada, es incorrecta la tesis seguida por el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229), que considera inaplicable el art. 763 LEC al internamiento de ancianos en centros geriátricos, por haber sido declarado inconstitucional, argumentando que, si bien el TC no ha procedido a una declaración de nulidad del mismo, “esa no declaración de nulidad lo que afecta es a las situaciones jurídicas creadas previamente al amparo de dicha norma, no a las situaciones futuras, en las cuales no cabe solicitar al juez la aplicación de una norma declarada inconstitucional”. Este argumento, además de contradecir claramente la jurisprudencia del TC, llevado hasta sus últimas consecuencias, conduciría al absurdo de considerar que los internamientos de personas con trastornos psíquicos en centros psiquiátricos (y no sólo de ancianos en centros geriátricos) posteriores a la STC (Pleno) 132/2010, de 2 de diciembre, podrían realizarse sin autorización judicial, porque la norma que lo exige carece de rango de Ley Orgánica.

El art. 763 LEC regula el internamiento, “por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela”, exigiendo, en todo caso, la autorización judicial, con el fin de salvaguardar el derecho a la libertad personal garantizado por el art. 17.1 CE.

Hay que tener en cuenta que este control judicial previo o inmediatamente posterior al momento en que se realiza (en los casos de urgencia), que hoy se considera una garantía imprescindible en orden a impedir restricciones indebidas la libertad personal, no se produce en nuestro Derecho hasta la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que lo introduce en la redacción que dio al hoy derogado art. 211 CC (precedente del art. 763 LEC), pues hasta entonces estaba vigente el viejo Decreto republicano de 3 de julio de 1931, que contemplaba un régimen del internamiento involuntario de carácter administrativo, que tenía lugar, a petición de los familiares, apoyada por informe médico, o por resolución del Gobernador Civil. El control judicial sólo se producía *a posteriori*, si se cuestionaba la medida³.

El art. 763 LEC contempla dos tipos de internamiento involuntario: el ordinario, que presupone la autorización judicial previa, y el extraordinario o excepcional, cuando “razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, en cuyo caso el responsable del Centro Médico donde se haya realizado tendrá que comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, la cual denegará o ratificará la medida en el plazo, también máximo, de 72 horas.

El precepto, en su número tercero, establece sólidas garantías procesales, respecto de cuyo cumplimiento la jurisprudencia del TC se muestra rigurosa⁴: “Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley”. “En todo caso –se añade-, la decisión que el

³ Sobre la regulación establecida en este precepto y, en general, respecto de la evolución histórica de la regulación de los internamientos involuntarios en el Derecho español, véase BARRIOS FLORES, L. F.: “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, Ene-Jun. 2012, pp. 31-56.

⁴ Véase a este respecto STC 141/2012, de 12 de julio.

tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación”⁵.

En particular, respecto a las condiciones fijadas para el internamiento excepcional por razones de urgencia, la STC 141/2012, de 12 de julio, observa que “a) Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la ‘urgencia’ o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad. b) La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad”⁶.

⁵ El Juez, antes de decidir sobre la autorización o ratificación del internamiento, ha de tener en cuenta la consolidada doctrina del TC (trasunto de la del TEDH), según la cual ha de cumplir tres condiciones mínimas: “a) haberse aprobado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo” (SSTC 104/1990, de 4 de junio; 129/1999, de 1 de julio; y STC 141/2012, de 12 de julio).

⁶ La referida sentencia, además, de apreciar que el auto judicial de ratificación de la medida del internamiento de una persona afectada por un trastorno bipolar, no había cumplido el plazo máximo de las 72 horas del art. 763.1.II LEC y de que no se había garantizado el derecho a la defensa de la persona internada, consideró que el mismo no había sido suficientemente motivado. Dice, así, que “Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión”. La reciente STC 22/2016, de 5 de febrero, insiste en el derecho a la asistencia jurídica de la persona sometida al procedimiento del art. 763 LEC. Dice, así, que “para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle

Por último, el art. 763.4 LEC establece controles médicos y judiciales a fin de no prolongar más allá de lo estrictamente razonable el internamiento, en los siguientes términos.

En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

La cuestión que se suscita es si la regulación explicada se debe aplicar al internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, esto es, si se debe encomendar a las familias la decisión de internar en este tipo de centros a personas mayores que sufran un trastorno psíquico, médicamente constatado, que les impida autodeterminarse sobre esta cuestión o si, por el contrario, ha de encomendarse al juez la decisión sobre este extremo con respeto a todo el sistema de garantías procesales establecidos en el art. 763 LEC, cuestión ésta que no está resuelta jurisprudencialmente de manera definitiva, existiendo al respecto fallos contradictorios de los Tribunales de

de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma ley”. Concretamente, la referida sentencia estimó el recurso de amparo presentado por el Ministerio Fiscal contra el auto que había ratificado el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, sin asistencia letrada, que ella misma había solicitado.

instancia, que, sin embargo, parecen decantarse de manera paulatina en favor de dicha aplicación.

En un primer momento, en efecto, la jurisprudencia se manifestó en contra de esta aplicación, básicamente, por considerar que el precepto estaba pensado para el internamiento en centros psiquiátricos de personas que padecieran enfermedades mentales, con la finalidad de ser tratadas de sus dolencias y conseguir su recuperación, pero no, para el ingreso en centros geriátricos de personas mayores que tuvieran mermadas sus facultades mentales de manera permanente e irreversible, porque, en este caso, el internamiento cumplía una función asistencial, ajena a la finalidad pretendida por el art. 763 LEC, suponiendo además una innecesaria complicación procedimental, sobre todo, por la exigencia legal de realizar controles judiciales semestrales respecto de personas ancianas que nunca iban a recuperar sus facultades mentales, con las consiguientes molestias para las mismas.

Las emblemáticas SSAP de Barcelona (Sección 16^a) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151) (recaídas en juicios penales) dicen, así, que “La motivación del ingreso [en centros geriátricos] es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos [...] Y es que el planteamiento de estas cuestiones como ‘privaciones de libertad’ no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del tratamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente”. Más adelante, observa: “Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que estar siendo controladas cada seis meses como única forma legal de regularizar una continuidad que es evidente desde el primer día y cuya alternativa (que se fuera el residente) es absurda en estos casos”⁷.

⁷ En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 1^a) de febrero de 1999 (AC 1999, 4388): “Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo [763 LEC], conduce siempre a la misma conclusión: las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial”.

Sin embargo, esta posición, seguida por otros fallos posteriores⁸, está cediendo paulatinamente ante otra mayoritaria, que me parece correcta, la cual considera que debe aplicarse el art. 763 LEC a este clase de internamientos, porque no es posible ingresar a ninguna persona, que carezca de capacidad natural de entender y de querer en un establecimiento cerrado, sin autorización judicial, por suponer siempre dicha medida una limitación de su derecho fundamental a la libertad personal, tesis ésta, que actualmente es mayoritaria en la doctrina dominante⁹.

Así, los también emblemáticos Autos de la AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) afirman que “Lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir sobre el internamiento y de que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria [...] Que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto. Y ello en el entendimiento, como es lógico, de que cuando se habla de internamiento, lo es con referencia a establecimientos en los que existen barreras, físicas o personales, que impidan su abandono voluntario y libre. No cabe hablar de internamiento- y, por tanto, de necesidad de régimen de garantías- si no se dan estas condiciones y el sujeto puede entrar y salir del establecimiento según su voluntad y conveniencia”; y concluyen: “Puede decirse que el sistema de garantías protectoras de la libertad de las personas, la necesidad del control judicial, en definitiva, entra en juego y se hace preciso desde el momento en que concurren estos dos factores: internamiento en régimen cerrado que

⁸ Como los Autos de la Audiencia Provincial de la Rioja de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 721), de 13 de abril de 2000 (JUR 2000, 191488), de 2 de junio de 2000 (JUR 2000, 224936), de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 110480) y de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 113446), los Autos de la AP de Vizcaya (Sección 3ª) de 20 de enero de 2003 (JUR 2003, 121535), (Sección 4ª) de 28 de enero de 2003 (AC 2003, 101), (Sección 5ª) de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 159) y de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003, 38077) , el Auto de la AP de Zaragoza (Sección 5ª) de 20 de julio de 2006 (JUR 2006, 224763) o el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229).

⁹ Véase, así, entre otros, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “Sobre el internamiento involuntario de los ancianos no incapacitados en centros geriátricos”, *Diario La Ley*, 6 de noviembre de 2012, Sección Tribuna, y la doctrina citada en la nota a pie de página, núm. 22, de dicho trabajo; como también posteriormente, BERENGUER ALBALADEJO, Mª. C.: “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica”, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, p. 283, nota 54, y p. 285; y ROMERO COLOMA, Mª. A.: “Los internamientos forzosos o no voluntarios: evolución legislativa y problemática actual”, *Diario La Ley*, 31 de enero de 2014, Sección Doctrina.

comporta la privación de libertad deambulatoria y que no sea voluntario (porque se actúa contra la voluntad del sujeto o porque no está en condiciones de prestarlo)”.

IV. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS DE CARÁCTER CERRADO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL.

A mi parecer, una cosa es clara, no es posible ingresar a ninguna persona sin su consentimiento en un establecimiento cerrado, porque dicho internamiento, cualquiera que sea su finalidad (terapéutica o asistencial) implica siempre una privación de libertad, que debe ser decidida por el propio afectado y, si éste no está en condiciones de discernimiento, por el juez en su beneficio: se trata de una decisión de carácter personalísimo, que no puede ser adoptada por sus familiares, ni siquiera, aunque, por haber sido incapacitado, fueran sus representantes legales; y esto no es así, porque lo diga el art. 763 LEC, sino porque es una exigencia constitucional, que deriva de la consagración en el art. 17 CE del derecho fundamental a la libertad personal.

Lo dicho es plenamente predicable respecto del ingreso no consentido de ancianos en centros geriátricos, sin que sea posible admitir la categoría del *internamiento avoluntario*, a la que en cierta jurisprudencia de instancia se ha hecho referencia para justificar la inaplicación del art. 763 LEC, como una especie de *tertium genus* entre el internamiento voluntario y no voluntario.

Hay que volver a hacer referencia a las SSAP de Barcelona (Sección 16^a) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151), que sitúan la cuestión, al referirse a “la actividad de centros y residencias geriátricas que acogen a personas de edad avanzada que, con frecuencia, padecen minusvalías de diverso tipo e ingresan sin mostrar voluntad o la pierden con posterioridad y permanecen en la residencia períodos de duración no definida”. Contra el parecer del Ministerio Fiscal, que había considerado este supuesto como un caso de privación del derecho fundamental a la libertad, afirman: “Cabe ya inicialmente constatar que la aceptación por parte del residente de su situación, expresa o tácita (ingreso ‘voluntario’) puede convalidar la posible duda sobre privación de libertad [...] y que la inexistencia de manifestación expresa de voluntad (la ‘avoluntariedad’) no equivale a manifestación de voluntad contraria a la entrada o permanencia del anciano en el centro pues de la mera actitud pasiva ciertamente cabe predicar una ‘base de voluntariedad’ [...] En general no cabe pues decir que se acoge a la persona mayor contra su voluntad sino que no consta su oposición a la resolución que adoptan los familiares”.

Creo que el llamado *internamiento voluntario* es una categoría falaz, porque el ingreso en un centro geriátrico, o es voluntario, o no lo es. Cuando se utiliza esta categoría parece hacerse referencia a un internamiento tácitamente consentido por el anciano, que, por esta causa, no necesitaría ser autorizado judicialmente. Ahora bien, se olvida la circunstancia de que, si la persona mayor carece de capacidad para apreciar las consecuencias del acto, es imposible que lo consienta, ni de manera expresa, ni de manera tácita, además de que el ingreso en un establecimiento de carácter cerrado es una medida, de tal gravedad, que el responsable del centro ha de exigir el consentimiento expreso del anciano, si éste puede prestarlo y, en caso contrario, ha de recabar autorización judicial, bien para internarlo, bien para continuar su internamiento, si éste se inició voluntariamente, cuando el interno se hallaba en plenas condiciones mentales para adoptar tal decisión¹⁰. Hay que recordar que el art. 14.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, en sus letras a) y b), obliga a los Estados a garantizarles que disfruten del “derecho a la libertad” y a que “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente”. Así mismo, el art. 4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, en sus letras g) y h), les reconocen los derechos a “decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial” y al “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”¹¹.

V. RAZONES EN FAVOR DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DEL ART. 763 LEC AL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE ANCIANOS.

Una vez sentada la premisa de que el internamiento no voluntario en un

¹⁰ Comparto, pues, la tesis, expuesta por RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “Sobre el internamiento”, cit., según la cual el concepto de *voluntariedad* es “un término creado *ad hoc* y que conforma una presunción de conformidad carente de sentido y poco garantista de los derechos de los ciudadanos”.

¹¹ En el ámbito de la legislación autonómica el art. 45.1 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de Atención y protección a las personas mayores, dispone que “ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso”. La expresión de “incapacidad presunta” remite, sin duda, a la redacción del derogado art. 211 CC, dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y debe entenderse referida a los ancianos que, por razón de un trastorno psíquico, no puedan prestar, por sí mismos, el consentimiento para el internamiento en cualquier centro cerrado. En el mismo sentido se orienta el art. 5.4 del Decreto catalán 145/1990 de 3 de mayo, por el cual se definen los establecimientos y servicios de acogida residencial para las personas de la tercera edad, según el cual “En caso de que del informe médico se desprenda la existencia de una presunta causa de incapacidad, será necesaria la autorización judicial previa al ingreso”.

centro geriátrico debe ser autorizada judicialmente, surge la cuestión de determinar el procedimiento que ha de seguirse y, más concretamente, ante la inexistencia de una regulación específica sobre la materia, si es aplicable el procedimiento del art. 763 CC.

1. La literalidad del precepto.

Un sector de la jurisprudencia ha entendido que dicho procedimiento no puede aplicarse, porque el legislador no estaba pensando en este supuesto cuando promulgó la norma.

En este sentido se pronunciaron las SSAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151), respecto del art. 211 CC (precedente, como se ha dicho del art. 763 LEC): “Los antecedentes históricos y legislativos del art. 211 se hallan en el Decreto 3 julio 1931 (que a su vez derogó los Decretos 2 y 18 mayo 1855) siempre en la línea de los ingresos psiquiátricos, de manera que el art. 211 CC no puede referirse, por sus antecedentes históricos, a la nueva realidad social de la geriatría. Tanto los trabajos prelegislativos (Comisión General de Codificación) como las discusiones parlamentarias (cfr. ‘ad exemplum’ la intervención del diputado señor P. R., Diario de Sesiones del Congreso de 5 de mayo de 1982) se refieren a los ingresos psiquiátricos (‘manicomios’), en línea con la interpretación del art. 5 del Convenio de Roma y nunca a los centros geriátricos”.

Desde mi punto de vista, el hecho de que el legislador no contemplara una hipótesis al redactar una norma no significa que no pueda aplicársele, si encaja dentro de la redacción y de la finalidad perseguida por la misma, cosa que creo que sucede en el caso que nos ocupa.

2. La interpretación flexible de la expresión “trastorno psíquico”.

Hay que observar que el art. 763.1 LEC se refiere al internamiento, “por razón de *trastorno* psíquico”, expresión ésta, que es lo suficientemente amplia para abarcar, no sólo las estrictas enfermedades psiquiátricas, sino también otras circunstancias o padecimientos que provocan un déficit cognitivo-volitivo que impide a una persona decidir por sí misma la adopción de una medida que lo beneficia. Es, por ello, que se entiende que es necesaria la autorización judicial a través del procedimiento regulado en dicho precepto para el internamiento de toxicómanos o drogodependientes; y también, según la jurisprudencia más reciente, de ancianos con enfermedades tales como la

demencia senil o el Alzheimer¹².

Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545) y de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) exponen: “El trastorno psíquico a que la ley se refiere no debe limitarse a la enfermedad mental, sino también a aquellas deficiencias y enfermedades seniles que se traducen en trastornos psíquicos padecidos frecuentemente por personas de la tercera edad, a las que ya hemos hecho referencia, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, o la enfermedad de Parkinson y otros trastornos mentales orgánicos caracterizados por el deterioro de la memoria acompañado, en algunos casos, de disminución de otras capacidades cognoscitivas con déficit de la capacidad de juicio y pensamiento, deficiencias que registra el DSM-IV. No hay razón alguna para no extender a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías judiciales que establece el art. 763 de la LEC”.

Los referidos Autos consideraron procedente autorizar el internamiento (o, mejor dicho, ratificar el ya realizado, con carácter de urgencia, que es el caso más frecuente) en los siguientes supuestos: síndrome de demencia con déficit cognoscitivo grave¹³; trastorno bipolar junto con las lesiones cerebrales, que implicaban cierto déficit o deterioro cognitivo, ya que la paciente presentaba alteraciones de la memoria (olvidos frecuentes), orientación, lenguaje y capacidades ejecutivas, siendo dependiente para casi todas las actividades de la vida diaria, así como para todas las actividades instrumentales, ya que no era responsable de su medicación, siendo incapaz de manejar dinero y de cuidar una casa¹⁴; falta de autogobierno o de capacidad para prestar el consentimiento, refiriéndose el informe médico acompañado en la solicitud a un padecimiento consistente en deterioro cognitivo tipo Alzheimer avanzado, que determina un deterioro cognitivo de grado severo y necesidad de ayuda en todas las actividades de la vida diaria¹⁵; desorientación en tiempo y espacio, deterioro cognitivo grave que provoca a una anciana de 89 años importantes lagunas de memoria (reciente y remota) e incapacidad para mantener una conversación coherente y para manejar dinero y documentos¹⁶.

¹² BERENGUER ALBALADEJO, Mª C.: “Los internamientos”, p. 276.

¹³ Auto de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074).

¹⁴ Auto de la AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545).

¹⁵ Auto de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190).

¹⁶ Auto de AP de Pontevedra (Sección 6ª) 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612).

El Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª) de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012, 124471) constata que el internamiento previsto en el art. 763 LEC “comprende también el meramente asistencial, ya que los trastornos psíquicos a los que se refiere esta norma pueden venir originados, no sólo por una enfermedad de carácter psiquiátrico, sino también por una patología degenerativa o incluso de un trastorno físico que tenga

3. La falta de determinación del tipo de centro en el que ha de realizarse el internamiento.

El art. 763 no precisa en qué tipo de centro ha de realizarse el internamiento, salvo para aclarar en su número 2 que “El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”. Esta redacción obedece, como ya he dicho, a la finalidad en la que estaba pensando el legislador al regular la norma (centros psiquiátricos), pero del mismo modo en que es posible aplicar el procedimiento en él previsto para internar al menor en otro tipo de establecimientos (por ejemplo, de desintoxicación o de tratamiento de trastornos alimenticios, como anorexia o bulimia), no parece que deba haber ningún obstáculo para aplicarlo al ingreso de personas mayores en establecimientos geriátricos.

Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612), observan: “Atento a la situación que en aquel momento se le planteaba al legislador, es probable que en la redacción del art. 763 de la LEC tuviera presente los internamientos en centros psiquiátricos. Pero ha de hacerse notar que a lo largo del texto del apartado 1 del citado precepto solo se habla de ‘centro’, sin otro aditamento restrictivo. Solo en el apartado 2, y en relación con los menores, se habla de establecimiento de salud mental”; y añade: “Debe advertirse que, desde una perspectiva más amplia, el propio legislador está admitiendo internamientos en centros diversos, no estrictamente psiquiátricos, para los que también concibe la necesidad de autorización o control judicial; véase si no el art. 271 del CC que exige autorización judicial para que el tutor pueda internar al tutelado en un establecimiento de salud

consecuencias psíquicas, siendo lo decisivo que el régimen del centro de internamiento prive al afectado por la medida de su facultad deambulatoria y limite su libertad personal”. Concretamente, ratificó el internamiento de una persona anciana con un deterioro cognitivo grave.

Igualmente, los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 29 de junio de 2102 (JUR 2013, 147223) y de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 149948) entienden que “El trastorno psíquico a que se refiere el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a aquellas deficiencias o patologías seniles que padecen frecuentemente personas de la tercera edad, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, la enfermedad de Parkinson, y otras alteraciones caracterizadas por el deterioro de la memoria, la reducción del control emocional o de la motivación, y la disminución de la capacidad cognoscitiva. No hay razón objetiva para no hacer extensivas a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías del mentado art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; y añaden: “En resumen, no se trata de exigir la intervención judicial garantista por el hecho de que la persona de que se trate tenga una edad avanzada, sino porque el deterioro de sus facultades mentales no le permite prestar el consentimiento necesario”.

mental o de educación o formación especial”¹⁷.

En realidad, como ha sido constatado por parte de la jurisprudencia de instancia, dado que el ingreso ha de ser siempre en un establecimiento adecuado al estado del interno, el centro geriátrico en que ingrese una persona con facultades mentales mermadas ha de proveer al tratamiento de la deficiencia que provoque dicha merma, por lo que no estaremos ante un internamiento meramente asistencial¹⁸.

4. La interpretación teleológica.

El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, no sólo entra del tenor del art. 763 LEC, interpretado flexiblemente, sino que, además, se ajusta plenamente a la finalidad pretendida por la norma, que es la

¹⁷ El Auto de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª) de 8 de mayo de 2009 (JUR 2009, 372053) precisa que el art. 763 LEC “sólo exige que el internamiento lo sea con motivo de un trastorno psíquico, sin que limite el establecimiento de recepción a los hospitales psiquiátricos, pudiendo serlo en un hospital o residencia geriátrica que cuente con los medios médicos hospitalarios especializados al efecto”. Del mismo modo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 24 de enero de 2012 (JUR 2012, 106056) afirma que “será precisa dicha intervención judicial en los casos en que el internamiento tenga un objetivo, no de curación y tratamiento de la enfermedad, sino asistencial, y además con carácter indefinido, en un Centro destinado a tal fin, cual acaece con las residencias de ancianos, o las destinadas a individuos que, por sus minusvalías, necesitan, de modo ineludible, de la atención permanente de terceras personas, en orden a la cobertura de sus necesidades básicas que, por unas u otras razones, ya no pueden ser satisfechas, fuera de dicho entorno residencial, por sus parientes más próximos”.

¹⁸ Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección única) de 27 de marzo de 2000 (AC 2000, 4094) afirma que “avanzando en el examen literal del precepto transcrito, encontramos que no cataloga la naturaleza del centro de internamiento sino que viene referido a internamiento por razón de trastorno psíquico; es decir fundamenta su razón de ser en la etiología y no en la denominación que más o menos discrecionalmente se otorgue al centro, con independencia y más allá del ‘fraude de etiquetas’ que con frecuencia se utiliza”. Pero, además, que, cuando la persona anciana tenga un trastorno psíquico, el internamiento “aunque obedezca en mayor o menor medida a una finalidad asistencial implica también necesariamente una finalidad terapéutica o al menos paliativa de su enfermedad mental; y así los exámenes, cuidados y supervisiones médicas que a tal fin se realizan y que determinan el parte que incluye la documentación que acompaña a la demanda”.

Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) observan que “Por lo demás, de los geriátricos cabe afirmar que son a la vez centros de internamiento asistencial que, en ocasiones, proporcionan asistencia clínica, de ahí su carácter mixto. Por otro lado, cuando se habla de establecimiento de salud mental, debe darse cabida en este concepto a todos los servicios destinados a atender a las personas que padecen todo tipo de deficiencia que comporta la imposibilidad de decidir por sí mismos”.

de evitar que pueda internarse en un establecimiento cerrado a una persona que no se halle en condiciones de decidirlo por sí misma, sin autorización judicial, faltando la cual se podría incurrir en un delito de detención ilegal¹⁹. Resultaría un tanto absurdo una interpretación rigorista del precepto para excluir la aplicación del procedimiento y, en consecuencia, permitir ingresos de ancianos con trastornos psíquicos sin las garantías procedimentales que en él se regulan para impedir privaciones indebidas de libertad²⁰.

La autorización judicial se requerirá, no sólo para el internamiento del anciano o para la ratificación del realizado sin previa autorización por vía de urgencia (que, como he dicho antes es el supuesto más frecuente), sino también para que una persona que entró voluntariamente en un centro geriátrico, pueda seguir permaneciendo en él, una vez que haya perdido la

¹⁹ Véanse a este respecto las extensas consideraciones de COUTO GÁLVEZ, R., MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *La protección jurídica de ancianos*, Colex, Madrid, 2007, pp. 117-180.

²⁰ Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) exponen que “Lo que, a la postre, se pretende y está en juego no es sino el internamiento en establecimiento cerrado de persona que no está en condiciones de consentir o decidir por sí misma sobre su ingreso y permanencia en el centro, lo que da lugar a que ese internamiento sea decidido por terceros sin o contra su voluntad, y ello, quíerose o no, supone una privación de libertad y como tal se hace acreedora de las garantías que establece el art. 17.1 de la CE y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y bajo tal perspectiva debe ser interpretado el art. 763 de la LEC, único instrumento legal que en nuestro ordenamiento jurídico regula los internamientos no voluntarios de personas que carecen de conocimiento y entendimiento para decidir sobre su propio ingreso”.

Los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 29 de junio de 2102 (JUR 2013, 147223) y de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 149948) afirman que “Lo realmente decisivo no es el tipo de establecimiento (terapéutico o asistencial) donde se produce el ingreso y la pérdida de libertad de movimientos, sino el hecho de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir acerca del referido internamiento en centros en los que existan barreras físicas o personales que impidan su abandono voluntario y libre”.

El Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª) de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012, 124471) observa que, “Si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mayor motivo se ha de exigir cuando no lo tiene o si el que padece es de signo degenerativo, ya que siendo necesario el control judicial para el internamiento en un centro psiquiátrico con la finalidad de prestar un tratamiento curativo, temporal o provisional, a esta clase de enfermedades, mucho más lo será si el internamiento se hace en un establecimiento geriátrico, con un fin meramente asistencial y por tiempo indefinido. Es evidente que esta clase de internamiento, cuando se da una situación de privación de la libertad de la persona que no está capacitada para decidir por sí misma, no difiere, en sus condiciones esenciales, de la contemplada en el art. 763 de la LEC, lo que justifica la intervención judicial”.

facultad de decidir por sí misma, como consecuencia de un trastorno psíquico sobrevenido²¹.

El Auto de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) de 10 de octubre de 2012 (JUR 2013, 135332) se refiere, así, a una persona que con el “paso del tiempo ha sufrido un deterioro en sus facultades psíquicas que han transformado su internamiento en involuntario, sin que por razones de su estado se encuentre en condiciones de decidir dicho internamiento por sí misma”; y observa que “cualquier alteración psicológica que implique un libertad de movimiento de una persona por causa de la necesidad de tratar ese trastorno, bien sea para su curación o para su tratamiento asistencial, pues la ley no distingue pero el espíritu y finalidad de la norma no puede ser otra que evitar que se pueda producir esa privación de libertad sin el control de la autoridad competente, que es la judicial”.

El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 47201) observa que “En un geriátrico puede haber ingresado un anciano voluntariamente, y por la evolución ‘tranquila’ o paulatina de la enfermedad mental llegar a perder la conciencia, con lo que se haría preciso la autorización judicial, que, además afectando a un ya ingresado de antes, se asimilaría al caso de urgencia que exige la inmediata intervención judicial”. En este caso, se trataba de una anciana con desorientación ocasional, significativo trastorno de memoria, inestabilidad emocional, importantes incoherencias en la comunicación e incapacidad de alimentarse y asearse por sí sola, por lo que concedió la autorización solicitada.

En el ámbito de la legislación autonómica el art. 212-6 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña establece que “Si una persona que consintió su propio internamiento por razón de trastorno psíquico ya no está en condiciones de decidir su continuación porque las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de forma significativa, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación”.

Así mismo, deberá acudirse al procedimiento del art. 763 LEC para regularizar aquellos supuestos en que, conforme a una práctica habitual pasada, se internaba en centros geriátricos a personas mayores carentes de plenas facultades mentales sin la preceptiva autorización judicial, tal y como – respectivamente- hicieron los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 29 de junio de 2102 (JUR 2013, 147223) y de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 149948), respecto de una persona diagnosticada de demencia y Alzheimer, cuyo ingreso se remontaba a tres años atrás, y

²¹ Véase, en este sentido, entre otros, ROMERO COLOMA, Mª A.: “Los internamientos forzosos”, cit.

respecto de otra, que sufría un importante deterioro de sus capacidades cognitivas y funcionales, así como una grave desorientación espacio-temporal, la cual había sido internada hacía más de siete años.

5. La inconsistencia del argumento que remite la autorización judicial al ámbito de un juicio de incapacitación.

No es convincente el argumento utilizado por alguna jurisprudencia para rechazar la aplicación del art. 763 LEC al internamiento no voluntario de personas mayores en centros geriátricos, consistente en afirmar que el único cauce adecuado es el de instarse la incapacitación de las mismas y, en su caso, solicitar, como medida cautelar, su ingreso en el marco del procedimiento de incapacitación.

En este sentido se orienta el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229). Respecto del caso de que conoce, dice así: “En el presente supuesto se trata de una persona de edad, con una serie de limitaciones físicas, y psíquicas, con un cierto deterioro cognitivo, más lo que no puede entenderse es que estemos en presencia de un Internamiento judicial, autorizado o ratificado, cuanto tal medida ni va a solucionar el problema, pues la enfermedad no va a mejorar, ni va a paliar la situación irreversible que le es propia, no viniendo condicionado el internamiento por una enfermedad en concreto y por una decisión médica que lo justifique, sino y al parecer, por razones asistenciales que son extrañas a la presente resolución, debiendo obtenerse la respuesta a través de los procesos declarativos de incapacidad, en los que se valore su capacidad para controlar y dirigir su persona y bienes, con adopción de medidas de protección adecuada, pudiendo, si fuese necesario el Ministerio Fiscal instar medidas cautelares, pero no el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Sin embargo, no se entiende la razón por la cual el internamiento no voluntario de un anciano en un centro geriátrico, en particular, cuando la medida tiene que ser adoptada urgentemente, deba requerir la previa iniciación de un procedimiento de incapacitación. Es claro que el derecho fundamental a la libertad personal de las personas mayores se salvaguarda mejor exigiendo, desde ya, la autorización o ratificación judicial del ingreso, y ello, sin perjuicio de que, simultánea o posteriormente, pueda instarse la incapacitación del anciano internado (no son cosas incompatibles).

En realidad, este problema es el mismo que se pueda plantear en relación con la necesidad de internar urgentemente a enfermos mentales en centros psiquiátricos, aun cuando no estén incapacitados (serían, por ejemplo, los

casos de síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o de *delirium tremens*)²². Hay que recordar que en la redacción del derogado art. 211 CC, dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se hablaba del internamiento del “presunto incapaz”, expresión ésta que, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sustituyó por la de persona que “por razón de trastorno psíquico”, “no esté en condiciones de decidirlo por sí mismo” [el internamiento], que es la que ha pasado al art. 763 LEC, precisamente, para desvincular el procedimiento de internamiento forzoso del de incapacitación. Como ha sido observado, el internamiento forzoso es “una medida que puede adoptarse tanto antes del procedimiento de incapacitación, como durante el mismo, como en la propia sentencia de incapacitación, como al margen totalmente de dicho proceso”²³.

VI. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

Por último, es de reseñar que la tesis de que el ingreso no voluntario de ancianos en centros geriátricos debe ser autorizada judicialmente es ya defendida por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 3/1990, de 7 de mayo, respecto al derogado art. 211 CC (precedente del art. 763 LEC), que dice así: “viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas. Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica. Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico que, en consecuencia, debe primar sobre cualquier condición, siempre, claro es, que se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente; en este supuesto, es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar por este último durante el tiempo que dure el internamiento, sin que puedan imponerse al internado más restricciones que las derivadas del reglamento de régimen interno, que deberá estar aprobado por la Autoridad administrativa correspondiente, y las derivadas del respeto mutuo que exige la convivencia con otras personas. En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código Civil, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la

²² Citados por ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La incapacitación en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 274.

²³ BERENGUER ALBALADEJO, M^a C.: “Los internamientos”, cit., p. 276.

autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia. Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado. En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la autoridad judicial para que ésta, al igual y previos los trámites previstos en el artículo 211 del Código Civil, dicte la correspondiente autorización judicial”.

ÍNDICE

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL HONOR EN EL CONVENIO
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: DE UNA RESTRICCIÓN
LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A UN DERECHO
HUMANO AUTÓNOMO.

THE LEGAL STATUS OF HONOUR IN THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: FROM A LEGITIMATE
RESTRICTION ON FREEDOM OF EXPRESSION TO AN
AUTONOMOUS HUMAN RIGHT.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 29 - 58.

Fecha entrega: 10/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

DR. JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART
Profesor Asociado del Departamento de Derecho Internacional
Público de la Universidad de Valencia
Abogado
Jorge.Climent@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo vamos a estudiar cuál ha sido la evolución en la concepción del honor por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y demás órganos del Consejo de Europa. Así pues, podremos observar cómo ha pasado de ser considerado una simple restricción legítima a la libertad de expresión del artículo 10.2 CEDH, a un derecho humano autónomo, manifestación del derecho más amplio a la protección de la vida privada del 8 CEDH.

PALABRAS CLAVE: honor, libertad de expresión, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: In this article we will study what has been the evolution in the concept of honour by the European Court of Human Rights and other organs of the Council of Europe. So, we can see how it has gone from being considered a simple legitimate restriction on freedom of expression in Article 10.2 ECHR, to an autonomous human right, a manifestation of the broader right to protection for privacy in Article 8 ECHR.

KEY WORDS: honour; freedom of expression, European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL HONOR: PROBLEMAS CONCEPTUALES.- III. LA PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN COMO UNA RESTRICCIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- IV. EL DERECHO AL HONOR COMO UN DERECHO HUMANO AUTÓNOMO.- V. EL OBJETO DEL DERECHO AL HONOR CONFORME LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- VI. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR: UNA OBLIGACIÓN DE DOBLE FAZ POR PARTE DEL ESTADO.- VII. ¿LA PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN COADYUVA A LA FORMACIÓN DE UNA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE?- VIII. EL DERECHO DE RÉPLICA.- IX. EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE LOS JUICIOS PARALELOS.- X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Tratar la cuestión del derecho al honor siempre resulta complicado, por diversos motivos. El primero porque, como a continuación veremos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo cual siempre contraviene la tan necesaria y deseada seguridad jurídica. Además, y en el caso concreto de la evolución legislativa de los órganos del Consejo de Europa (tanto de la Asamblea Parlamentaria como del Comité de Ministros) y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se da un problema añadido, y es que hacen referencia a la reputación y al honor como conceptos distintos, pero sin establecer ningún elemento que los diferencie. En segundo lugar, porque este trabajo lo vamos a centrar exclusivamente en la naturaleza jurídica del honor. Esto significa que vamos a hacer un análisis exclusivo de cuál ha sido la evolución de su estatus jurídico a lo largo de estos años en el ámbito del Consejo de Europa. No vamos a analizarlo desde el punto de vista del clásico conflicto entre este derecho y la libertad de expresión, que suele ser lo habitual y también, por qué no decirlo, lo más interesante.

No obstante, creemos que este estudio puede ser de utilidad, pues podremos comprobar cómo para los distintos órganos del Consejo de Europa, el honor¹ ha pasado de tener naturaleza jurídica de simple restricción legítima de la libertad de expresión a derecho humano fundamental con carácter autónomo.

En las siguientes líneas se señala la posibilidad de que incluso el honor pueda coadyuvar en la formación de una opinión pública libre, dado que solo la

¹ O reputación, conforme literalmente se expresa en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

información fidedigna² puede servir para la formación de dicha opinión pública. Las noticias abiertamente falsas, insidiosas, sesgadas o tergiversadas, lesionan el honor de la persona a la que se refieren y distorsionan la percepción que la ciudadanía pueda tener de ella. Al fin y al cabo, lo que la mayoría de los ciudadanos podamos saber sobre esa persona será lo que los medios hayan publicado. En casos como estos, los *mass media* no solo no habrán servido para la formación de la opinión pública, sino justo para lo contrario, para su deformación. Precisamente, para corregir, en alguna medida, esta situación, trataremos el derecho de rectificación y de réplica, y por último haremos una referencia particular a los juicios paralelos, por su trascendencia, respecto del tema que nos ocupa.

II. EL HONOR: PROBLEMAS CONCEPTUALES.

Con carácter previo al desarrollo legislativo y jurisprudencial de los diferentes órganos del Consejo de Europa, merece hacer una breve mención a los problemas conceptuales con los que nos vamos a encontrar, cuando nos refiramos al término “honor”.

Debemos partir de una idea básica: estamos ante un concepto jurídico indeterminado, es decir, no existe una definición legal del honor. Intentar definirlo es una de las tareas más complejas ante las que nos podemos encontrar³. El lugar o el tiempo en el que lo encuadremos van a resultarnos absolutamente fundamentales para la determinación de su significado⁴.

² Utilizamos el término “información fidedigna” porque es el que emplea el TEDH en su cuasi inabarcable jurisprudencia. En España, nuestra Constitución (CE) hace referencia a la “información veraz” (art. 20 CE), pero con ambos adjetivos nos estamos refiriendo a la misma realidad.

³ PLAZA PENADÉS, J: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 31: “la búsqueda de una delimitación jurídica del concepto honor es empresa ardua y difícil, debido, sobre todo, a la diferente importancia y significación que el honor ha tenido en las diversas sociedades a lo largo de la historia.

A esta primera dificultad, hay que añadir una segunda, basada en el hecho de que la palabra honor es multívoca, y posee en el lenguaje ordinario gran riqueza semántica, como prueba la confusión y, por ende, el uso indistinto que se produce en el lenguaje ordinario con otras palabras que tienen significación afín, como, por ejemplo, honra, fama, dignidad o público aprecio”.

⁴ MOLINER NAVARRO, R: “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en AAVV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 24: “La primera cosa que debemos tener presente al aproximarnos al concepto es que el honor está vinculado esencialmente a las circunstancias del tiempo y lugar (...) Resulta evidente, pues, que el significado del honor ha ido experimentando importantes variaciones en función no solo del momento histórico, sino también de los diferentes contextos culturales.”

Además, dicha complejidad se incrementa por la existencia de diversos conceptos que se suelen confundir con el honor⁵.

La doctrina distingue entre dos concepciones del honor, una objetiva o trascendente (la heteroestima) y otra subjetiva o inmanente (la autoestima)⁶. Con la concepción objetiva nos referiremos a la apreciación que los demás tienen de nosotros, mientras que con la subjetiva, estamos haciendo mención a la estima que tenemos de nosotros mismos.

La concepción objetiva resulta un tanto compleja, puesto que se suele confundir con otros términos, como la fama, no siendo exactamente lo mismo. Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por fama, entenderemos la “opinión que las gentes tienen de alguien”⁷, con independencia de que esa opinión sea buena o mala. Sin embargo, en la definición de honor hay un elemento sustancial que lo diferencia. Así pues, dicho diccionario entiende por honor, la “gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”⁸. Por tanto, el honor sería equivalente única y exclusivamente a buena y merecida fama, o, dicho de otro modo, que dicha fama se corresponde con la realidad, siendo que solo esta merecería el amparo legal del derecho al honor. Habría una correspondencia entre la proyección que los demás perciben de nuestra personalidad y lo que nosotros realmente somos.

SALVADOR CODERCH lo describe de un modo magistral: “Hay lesiones a la fama –difamaciones en sentido vulgar- que no solo están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, sino que además no lesionan el derecho al honor porque no lo afectan: El criminal ingeniosamente disfrazado de ciudadano honorable y bien reputado no es difamado (en sentido jurídico, aunque sí y solo en el vulgar) por el periodista que lo desenmascara”⁹.

En consecuencia, el derecho al honor no puede ser utilizado para proteger una simple apariencia, una falsedad, una imagen construida sin una

⁵ Resulta muy interesante el análisis conceptual que realiza MOLINER NAVARRO, R: “El derecho al honor”, cit., pp. 41 a 45. Para esta profesora, los conceptos honor, fama, honra y prestigio, aun cuando muy cercanos entre sí, no estarían, en puridad, refiriéndose a lo mismo.

⁶ PLAZA PENADÉS, J: *El derecho al honor*, cit., pp. 33 y 34: “con la delimitación de ese doble carácter, inmanente y trascendente, se pretende señalar que los ataques al honor se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad personal y familiar, como en el ambiente social o profesional en el que cada persona se mueve”.

⁷ Diccionario de la RAE, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=fama>

⁸ Diccionario de la RAE, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=honor>

⁹ SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 26.

correspondencia real detrás, una hipocresía, en definitiva. Como indica LÓPEZ PEREGRÍN, el derecho al honor “puede acabar protegiendo reputaciones solo aparentes, ya que existen, por ejemplo, personas tenidas por honradas que, en realidad, no lo son”¹⁰. Así pues, sigue indicando dicha autora que: “si se divulgan hechos ciertos no habría ataque al honor, pues no hay honor que proteger, si acaso solo una apariencia de honor: si se divulgan hechos ciertos contrarios a la buena fama de una persona no la perjudican, sino que revelan que tal fama no era merecida. Por eso, dicha conducta es lícita, con independencia de los motivos e intenciones de quien divulga los hechos realmente acaecidos: solo si se utilizan expresiones insultantes, o si se ataca a la intimidad habrá una intromisión ilegítima, respectivamente, en el honor o la intimidad”¹¹.

Por tanto, en este punto discrepamos de la tesis de la “verdad aparente” recogida por MOLINER NAVARRO, según la cual: “el honor de una persona quedaría protegido incluso en el caso de que esta aparentase ser mejor de lo que es (...) Es innegable, por ello, que el concepto de honor formado a partir de un enfoque fáctico puede ser absolutamente divergente respecto al verdadero proceder del individuo (...) La verdad de lo que se afirme sobre una persona carece de relevancia en lo relativo a su honor, ya que lo que se protege jurídicamente en esta materia es la simple apariencia, sea o no acorde con la realidad”¹².

Esta tesis supone negar la búsqueda de la verdad como objetivo deseable de toda sociedad. Se sacrifica la verdad en favor de un derecho basado en incertezas (cuando no, directamente en falsedades levantadas para aparentar lo que no se es).

En contestación a lo anterior, suscribo las palabras de SALVADOR CODERCH, cuando indica que “la verdad es condición de la libertad y la mentira no tiene protección constitucional (...) No es cierto que la verdad esté limitada por el honor, pues este no se puede fundamentar en el fraude y la mentira sino solo en la virtud del hombre honrado”¹³. Y los medios han tenido un papel fundamental en la búsqueda de la verdad objetiva, y en el desmantelamiento de esas “verdades aparentes”.

La concepción subjetiva del honor viene referida a la autoestima. Si bien es cierto que, como indica SALVADOR CODERCH, “la difamación puede causar, al afectado por ella, angustia, perjuicios emocionales, daños psicológicos o

¹⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN: *La protección penal del honor de las personas jurídicas y de los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 71.

¹¹ *Ibidem*, pág. 88 y 89.

¹² MOLINER NAVARRO, R: “El derecho al honor”, cit., p. 30.

¹³ SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar?*, cit. p. 26.

morales”¹⁴, también lo es que se trata de una concepción de estimación compleja. Así lo revela MOLINER NAVARRO, cuando indica que “parece claro que el honor no puede ser confiado, en cuanto a su existencia se refiere, al arbitrio de una persona, de forma que haya de ser esta la que determine, conforme a sus actos u opiniones, si goza y participa de ese derecho y en qué medida”¹⁵. Además, nos encontraríamos ante situaciones en las que se daría una “contradicción entre la elevada opinión que alguien pueda tener sobre sí mismo y la mala reputación de que pueda gozar a raíz de comportamientos censurables anteriores o viceversa”¹⁶. El derecho al honor no existe para proteger la hipersensibilidad de la persona, y mucho menos, se puede dejar en manos de cada cual la determinación de cuándo nos encontramos ante una lesión de tal derecho¹⁷.

Coincidimos con MOLINER NAVARRO, en la necesidad de la concurrencia de ambos criterios, el objetivo y el subjetivo, para que podamos considerar lesionado el honor¹⁸. De hecho, creemos que, para que de verdad nos podamos encontrar ante una lesión del honor, primero, deberá ser apreciado así por el afectado (aspecto inmanente), y luego, además, la manifestación deberá ser objetivamente vejatoria. Si la persona referida no se siente lesionada en su dignidad, ya no cabe hacer valoración objetiva alguna. Por tanto, el requisito subjetivo es condición necesaria, pero no suficiente, puesto que, además, se deberá estimar objetivamente que dicha expresión lesiona el honor de la persona referida.

III. LA PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN COMO UNA RESTRICCIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La primera sorpresa que nos encontramos al estudiar la regulación normativa que recoge el CEDH, es que el derecho al honor, como tal, no merece un reconocimiento explícito por parte del mismo. Si acudimos al propio texto, comprobaremos que no se habla de honor sino de reputación y, además, no viene incorporado como derecho, sino como uno de los límites, de las restricciones legítimas a la libertad de expresión¹⁹. Así lo reconoce también la

¹⁴ SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción: Difamación y libertad de expresión”, en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (coord. por P. SALVADOR CODERCH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 57.

¹⁵ MOLINER NAVARRO, R: “El derecho al honor”, cit., p. 32.

¹⁶ *Ibidem*, p.32.

¹⁷ *Ibidem*, p. 32: “Tampoco es sostenible un concepto exclusivamente subjetivo del honor, pues la propia personalidad del sujeto haría variar la calificación jurídica del hecho dependiendo exclusivamente de su propia consideración de sí mismo”.

¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹ Art. 10.2 CEDH: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o

propia doctrina²⁰.

En la práctica, ello ha supuesto que la mayoría de la jurisprudencia con la que nos vamos a encontrar tenga su origen en demandas, principalmente de los medios de comunicación, contra sentencias de los Estados que han aplicado la protección de la reputación como restricción legítima a la libertad de expresión de aquellos.

Para comprobar si la medida restrictiva estatal era legítima, el TEDH ha utilizado el “test de Estrasburgo”, es decir, ha comprobado si la limitación llevada a cabo por el Estado resultaba compatible con el CEDH, siendo sus requisitos los siguientes: que la limitación venga impuesta por ley; que esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH (en este caso, la protección de la reputación); y que la medida sea necesaria en una sociedad democrática. Los dos primeros no van a resultar problemáticos; no así el tercero, que es en el que se fundamentan la mayoría de las Sentencias.

El TEDH interpreta el término “necesaria” como “necesidad social imperiosa”, es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática, cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir.

No obstante, como a continuación veremos, la literalidad del CEDH, entendiendo la protección de la reputación como una simple restricción legítima de la libertad de expresión, ha sido ampliamente superada.

sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

²⁰ Por todos, CATALÀ I BAS, ALEXANDRE H.: “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, 2001, núm. 62, p. 13: “El derecho al honor no aparece entre los derechos garantizados por el Convenio de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH) sino que simplemente se recoge como mero límite a la libertad de expresión, en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH bajo el término “reputación ajena”. Ha sido desde esa dimensión de límite a esta libertad desde la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) ha ido elaborando una jurisprudencia sobre el derecho al honor que merece ser estudiada por su importancia”.

IV. EL DERECHO AL HONOR COMO UN DERECHO HUMANO AUTÓNOMO.

En este apartado vamos a analizar cómo tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el TEDH han situado el honor bajo el paraguas del artículo 8 CEDH²¹, como manifestación de la protección a la vida privada. De este modo, el honor adquiere el estatuto de derecho humano, al mismo nivel que la libertad de expresión. Ello no es una cuestión menor, puesto que gracias a esta exégesis, aquel que considere que su honor no ha sido debidamente amparado por los tribunales internos, podrá acudir al TEDH, por presunta conculcación del artículo 8 CEDH. Con carácter previo a esta interpretación, dicha posibilidad la tenía vetada.

Queremos puntualizar que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hace referencia al honor y a la protección de la reputación de manera diferenciada, pero sin establecer distinción definitoria alguna. Ello conllevará que no sepamos si con ambos conceptos se están refiriendo a una misma realidad, o a una realidad diferenciada.

Ya en 1970, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, preocupada por las posibles lesiones en la vida privada que se podían producir desde los medios de comunicación de masas, dictó la Resolución 428 (1970), de fecha 23 de junio de 1970 sobre los medios de comunicación de masas y los derechos humanos²².

Este texto se centra en los problemas que se pueden dar cuando dos derechos, el de la libertad de expresión y el de protección de la vida privada, entran en conflicto. Este organismo parte de una idea básica: el ejercicio de la libertad de expresión (en un sentido amplio) no puede conllevar la destrucción de los bienes jurídicos amparados por la privacidad del ser humano. Así pues, por muy importante que sea el ejercicio de aquella libertad pública, que, además de un derecho individual, es una garantía institucional de la democracia, la misma está limitada por el respeto a la privacidad de los terceros.

Así mismo, la Asamblea define qué se debe entender por derecho a la

²¹ Artículo 8.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

²² Resolución 428 (1970) de la Asamblea Parlamentaria sobre los medios de comunicación de masas y los Derechos Humanos, de fecha 23 de junio de 1970, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>

protección de la vida privada y qué bienes jurídicos abarcaría: consiste esencialmente en el derecho a vivir la propia vida como uno quiera, con una injerencia mínima, y con ello se está refiriendo al respeto a la vida familiar y hogareña, a la integridad física y moral, al honor y a la reputación, a evitar ser objeto de informaciones distorsionadas, a la no revelación de hechos irrelevantes y embarazosos, a la no publicación de fotografías privadas no autorizadas, a la protección contra el uso indebido de las comunicaciones privadas, a la protección contra la divulgación de la información entregada o recibida de forma confidencial. Por tanto, ya en 1970 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se mostró a favor de reconocer el derecho al honor y a la reputación como parte del derecho a la protección de la vida privada.

La Asamblea también se manifiesta respecto del problema particular referido a la privacidad de las personas en la vida pública. Así pues, comienza señalando que la frase “donde comienza la vida pública, la vida privada termina” es insuficiente para justificar esta situación. Para este organismo, a las figuras públicas se les debe seguir reconociendo su derecho a la protección de su vida privada. La única salvedad se daría respecto de aquellos aspectos que puedan tener un impacto en temas públicos.

También se muestra especialmente preocupada por los intentos de obtener información por medio de los (ya entonces) modernos dispositivos técnicos (las escuchas telefónicas, los micrófonos ocultos, el uso de ordenadores, etc.) que infringen el derecho a la privacidad, así como por la existencia incontrolada de bases de datos que acumulan información referida a la vida privada de las personas.

Termina, esta resolución, afirmando que el derecho a la privacidad que ofrece el artículo 8 del CEDH no solo debe proteger a una persona contra la injerencia de las autoridades públicas, sino también contra la injerencia de personas o instituciones privadas, incluidos los medios de comunicación.

Podemos concluir, por tanto, que ya en 1970 el Consejo de Europa se mostraba preocupado por la situación de desprotección jurídica que percibía de la privacidad frente a la libertad de expresión en los Estados miembros.

Como suele suceder con casi todo avance legislativo, fue necesario un previo episodio luctuoso, como la muerte de la Princesa Diana de Gales, para que, en 1998, el Consejo de Europa, a través de su Asamblea Parlamentaria, dictara la Resolución 1165 (1998), de fecha 26 de junio de 1998, sobre el

derecho al respeto de la vida privada²³. El Consejo mostraba su preocupación sobre el hecho de que la vida privada de los personajes públicos se hubiese convertido en una mercancía muy lucrativa para ciertos medios de comunicación.

Esta Resolución tiene una importancia mayúscula por el debate que se produjo con carácter previo. Así pues, dos son las posiciones que se encontraron respecto a la necesidad de otorgar una mayor protección frente a los abusos que podía conllevar un ejercicio torticero de la libertad de expresión. Aquellos que entendían que era totalmente imprescindible negociar y adoptar un convenio ad hoc, y aquellos que entendían que era absolutamente innecesario, habida cuenta que el CEDH y la mayoría de las legislaciones internas de los Estados miembros ya reconocían y protegían suficientemente la vida privada. Finalmente se impuso esta última opción.

Además, esta Resolución también resulta fundamental por las siguientes cuestiones:

En primer lugar, porque sitúa ambos derechos, la libertad de expresión y la protección de la vida privada, al mismo nivel, negando cualquier jerarquización entre los mismos, y, además, califica a los dos como fundamento de toda sociedad democrática. Reconoce, expresamente, que, en demasiadas ocasiones, los medios de comunicación cometen violaciones del derecho al respeto de la vida privada, considerando que sus lectores tienen derecho a saberlo todo de los personajes públicos. Si bien es cierto que algunos hechos de la esfera íntima de las personas públicas, y más en concreto de los políticos, pueden tener un interés para los ciudadanos que son también electores, ello no puede servir de excusa para desproveerlos, con carácter general, de su derecho al respeto a su vida privada.

En segundo lugar, porque determina quiénes entrarían en la categoría de personas públicas, entendiendo por tales las que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos y, de una forma más general, todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien sea política, económica, artística, social, deportiva u otra.

Precisamente, con base en dicha exégesis expansiva, el TEDH se ha manifestado a favor de considerar el derecho al honor (y la protección de la reputación) como parte de dicho derecho a la protección de la vida privada²⁴.

²³ Resolución 1165 (1998) de la Asamblea parlamentaria, sobre el derecho al respeto de la vida privada, de fecha 26 de junio de 1998, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang=en>

²⁴ STEDH (Sección 2ª) 29 junio 2004, caso Chauvy y otros contra Francia (TEDH 2004, 47). Apartado 70: “El derecho a la reputación de las personas cuestionadas en el libro, derecho que, como elemento de la vida privada, pertenece al ámbito del artículo 8 del

Por resultar fundamental para comprender esta consideración de la protección de la reputación como derecho humano incardinable en el artículo 8 CEDH, y no como una mera restricción de la libertad de expresión, nos vemos obligados a citar el voto particular del Magistrado Sr. D. Loucaides, en la STEDH por la que se resuelve el caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia²⁵, pues es el mayor y mejor fundamento jurídico en favor del reconocimiento del derecho al honor como un derecho humano autónomo, y no como una simple restricción de la libertad de expresión. Así pues, empieza el Magistrado, Sr. Loucaides, afirmando que:

“No se puede negar la importancia de la libertad de expresión, sobre todo de los medios de comunicación: se trata de un elemento esencial de toda sociedad democrática. Ha de saberse aún si la protección que se le otorga puede, en cualquier circunstancia, llegar a privar a las víctimas de declaraciones difamatorias de todo recurso efectivo.

Durante muchos años, la jurisprudencia del Tribunal se ha desarrollado a partir de la premisa según la cual mientras la libertad de expresión constituye un derecho explícitamente garantizado por el Convenio, el deseo de protección de la reputación constituye simplemente un motivo admisible de restricción del derecho en cuestión, no pudiendo esta restricción considerarse un atentado legítimo a la libertad de expresión salvo si es ‘necesaria en una sociedad democrática’ y, en otras palabras, si corresponde a una ‘necesidad social imperiosa’, si es ‘proporcional al fin legítimo perseguido’ y si ‘los motivos invocados para justificarla son pertinentes y suficientes’. Además, al igual que en el caso de los otros derechos garantizados por el Convenio, toda excepción a la libertad de expresión debe interpretarse de manera estricta y limitada. Corresponde al Estado demostrar que existían unos motivos ‘pertinentes y suficientes’ para vulnerar esta libertad.

Debido a este enfoque, la jurisprudencia en materia de libertad de expresión ha dado pruebas, ocasionalmente, de una sensibilidad excesiva, y ha concedido al derecho a la libertad de expresión una sobreprotección respecto al derecho a la reputación, considerándose la libertad de expresión un valor

Convenio, cuyo respeto este garantiza”.

STEDH (Sección 3ª) 21 septiembre 2010, caso Polanco Torres y Movilla Polanco contra España (TEDH 2010, 95). Apartado 40: “En la jurisprudencia del Tribunal se reconoce que el derecho de una persona a la protección de su reputación está amparado en el artículo 8 como elemento del derecho al respeto de la vida privada”.

STEDH (Sección 3ª) 19 junio 2012, caso Tanasoica contra Rumania (TEDH 2012, 58). Apartado 37: “Por otro lado, el derecho a la protección de la reputación es un derecho que está incluido, como elemento de la vida privada, en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio”.

²⁵ STEDH (Gran Sala) 22 octubre 2007, caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia (TEDH 2007, 71). Opinión Concordante del Magistrado Sr. Loucaides.

prioritario que permite en muchos casos privar a las víctimas de difamación de un recurso apropiado para el restablecimiento de su dignidad.

Este enfoque me parece no conciliarse con la interpretación correcta del Convenio. Debería siempre considerarse que el derecho a la protección de la reputación forma parte integrante del derecho al respeto de la vida privada que garantiza el artículo 8 del Convenio (...)

Habría sido inexplicable no prever la protección directa de la reputación y dignidad de las personas en un Convenio de los Derechos Humanos redactado tras la Segunda Guerra mundial con el fin de mejorar la protección personal de los individuos tras la experiencia odiosa del nazismo. El Convenio protege explícitamente unos derechos de menor importancia, como el del respeto de la correspondencia. Resulta pues difícil admitir que el valor humano fundamental que constituye la dignidad de la persona²⁶ no goza de una protección directa por el Convenio, sino que es simplemente reconocida, bajo ciertas condiciones, como un motivo válido para restringir la libertad de expresión. La dignidad de la persona requiere una protección más amplia y directa contra las acusaciones difamatorias, que pueden destruir a las personas. Por otra parte, son legión los ejemplos de casos trágicos. Reitero a este respecto lo que dije a la sazón en mi opinión disidente anexa al informe de la Comisión en el asunto *Bladet Tromsø A/S y Pal Stensaas* contra Noruega (9 julio 1998):

‘La prensa constituye actualmente un medio importante y poderoso de influencia en la opinión pública. Las impresiones que puede suscitar la publicación de un artículo en la prensa son de ordinario más determinantes que la realidad, porque mientras esta no sea probada, prevalece la impresión. Y puede que la realidad no se descubra jamás o que, si lo es, sea demasiado tarde para reparar el perjuicio causado por la impresión inicial. La prensa ejerce, en efecto, un poder importante y debe someterse a las mismas restricciones que las que se aplican en el ejercicio de todo poder: debe abstenerse de abusos, obrar de forma equitativa y respetar los derechos ajenos’.

Admitir que el respeto de la reputación constituye un derecho fundamental autónomo cuya fuente es el propio Convenio, conduce inevitablemente a una protección más efectiva de la protección de la reputación de las personas frente a la libertad de expresión.

²⁶ Cita efectuada por el propio Magistrado en su voto concordante: “Se puede citar a este respecto a Shakespeare: ‘Mi querido señor, en el hombre y en la mujer, el buen nombre es la joya más inmediata a sus almas. Quien me roba la bolsa, me roba una porquería (...); pero el que me hurta mi buen nombre (...) me deja pobre de verdad’ (Otelo, acto III, 3ª escena)”.

En el curso de los últimos años, el Tribunal ha reconocido explícitamente que la protección de la reputación es un derecho que pertenece al campo de aplicación del derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio (...), incluso si no hay una jurisprudencia extensa sobre este nuevo enfoque y si no ha sido invocada en otros asuntos relativos a la relación entre la libertad de expresión y la difamación. Toda declaración difamatoria se considera atentatoria a un derecho garantizado por el Convenio y solo puede considerarse justificada si corresponde a una restricción admisible en el ejercicio del derecho en cuestión. Dicho de otro modo, debe estar prevista por la Ley, corresponder a una necesidad social imperiosa y ser proporcional al fin perseguido, en síntesis, ser necesaria en una sociedad democrática. Es así más difícil defender una declaración difamatoria a efectos de protección de un derecho garantizado por el Convenio si se considera atentatoria a un derecho reconocido por el Convenio, en lugar de una restricción necesaria a la libertad de expresión.

Cuando están en conflicto dos derechos garantizados por el Convenio, no se puede neutralizar uno en beneficio del otro adoptando un trámite absolutista. Los dos derechos deben ejercitarse y subsistir de forma armoniosa, debiendo hacerse las consideraciones necesarias atendiendo a las circunstancias de la causa.

No debe interpretarse que el principio establecido por la jurisprudencia según el cual debe reconocerse al ejercicio de la libertad de expresión una mayor amplitud en los ámbitos del discurso o del debate político, de la discusión sobre cuestiones de interés general o, como en el presente caso, de la formulación de críticas dirigidas contra políticos, autoriza la publicación de cualquier declaración no comprobada. Este principio significa simplemente, en mi opinión, que en los ámbitos mencionados anteriormente, y en lo que respecta a los políticos, cabe tolerar cierta exageración en las alegaciones de hecho, incluso cierto efecto ofensivo. Pero no significa que la reputación de los políticos se halle a merced de los medios de comunicación o de los comentaristas políticos, o que esta reputación no merezca la misma protección jurídica que para otra persona. La reputación es un valor sagrado para todos, incluidos los políticos, y está protegida como derecho fundamental del ser humano por el Convenio, en beneficio de todos los justiciables sin excepción”.

Tal es la sabiduría de sus palabras, que nada más tenemos que añadir al respecto. En cualquier caso, dichas reflexiones merecerían estar grabadas en el frontispicio de todos los medios de comunicación.

Por tanto, debemos entender que, en el momento actual de la jurisprudencia, el derecho a la protección de la reputación merece ser considerado como un

derecho humano, amparado por el artículo 8 CEDH, y al mismo nivel que el derecho a la libertad de expresión, y no como una simple restricción de esta, del art. 10.2 CEDH²⁷. Por tanto, la técnica de la ponderación de derechos será la adecuada para resolver cada caso concreto.

Podemos avanzar, incluso, que el propio concepto de derecho al honor, tal cual lo entendemos en España, es decir, como derecho de la personalidad²⁸, ha sido reconocido también expresamente así en la más reciente jurisprudencia del TEDH²⁹. No obstante, en ocasiones, el TEDH, al igual que hace la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cita a la reputación y al honor como si fuesen conceptos diferenciados, sin definir ninguno de los dos, ni indicar cuál sería el elemento que los distingue³⁰.

²⁷ STEDH (Sección 3ª) 19 junio 2012, caso Tanasoica contra Rumania (TEDH 2012, 58). Apartado 39: “En casos como el del presente asunto, el Tribunal considera que, en principio, el resultado de la demanda no debería variar según cuál sea la manera en la que tal demanda haya sido planteada, esto es, bien sea desde la perspectiva del artículo 10 del Convenio, por el periodista que publicó el artículo litigioso o, bien sea desde la perspectiva del artículo 8, por la persona a la que hacía referencia ese artículo. En efecto, estos derechos merecen ser, a priori, respetados por igual”.

²⁸ El tema de los derechos de la personalidad ha dado lugar a una amplísima bibliografía civilista española al respecto. Nos limitaremos a señalar que toda la doctrina acepta el derecho al honor como el ejemplo paradigmático de derecho de la personalidad, junto con el resto de derechos que protegen de la esfera moral del individuo. Ello se explica porque los bienes jurídicos que protegen estos derechos suponen la manifestación más evidente de la propia dignidad del ser humano.

Merece destacarse que, en todo caso, como señala GARCÍA RUBIO, M. P.: “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo II (coord. J. SOLÉ REINA), Civitas, Navarra, 2013, p. 597: “No existe un concepto normativo de derechos de la personalidad ni en el ordenamiento español ni en ningún otro.” Por tanto, tendremos que acudir a definiciones doctrinales. De las distintas existentes, y sin desmerecer a las demás, citaremos la de BUSTOS PUECHE, J. E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 38: “Podrían definirse los derechos de la personalidad como categoría especial de derechos subjetivos que, fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia entidad e integridad, en todas sus manifestaciones espirituales y físicas”.

²⁹ STEDH (Sección 5ª) 13 enero 2011, caso Hoffer y Annen contra Alemania (TEDH 2011, 7). Apartado 46: “Vulneraron los derechos de personalidad del médico de una forma particularmente seria, y hubiera podido esperarse que expresasen su crítica de forma que dañase en menor medida el honor del médico”.

³⁰ STEDH (Sección 1ª) 4 octubre 2007, caso Sánchez Cárdenas contra Noruega (TEDH 2007, 64). Apartado 38: “Además, el Tribunal señala que la citada descripción del comportamiento del demandante en un fallo judicial categórico podía probablemente ser de gran trascendencia por la manera en que lo estigmatizaba y podía tener un gran impacto en su situación personal, así como en su honor y en su reputación”.

STEDH (Sección 3ª) 21 septiembre 2010, caso Polanco Torres y Movilla Polanco contra España (TEDH 2010, 95). Apartado 40: “El Tribunal ha juzgado ya que la reputación de una persona forma parte de su identidad personal y su integridad moral, que pertenecen a su vida privada, incluso en el marco de una crítica en el contexto de un debate político (...) Las mismas consideraciones se aplican al honor de una persona”.

Entendemos que la depuración conceptual llegará con el avance jurisprudencial. Al fin y al cabo, su consideración como derecho autónomo es relativamente reciente.

V. EL OBJETO DEL DERECHO AL HONOR CONFORME LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Como ya hemos visto, el TEDH sitúa el derecho al honor dentro del ámbito de protección del artículo 8 del CEDH. Para el TEDH, la garantía que ofrece este artículo está destinada principalmente a asegurar el libre desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes³¹.

Debemos tener en cuenta que el objeto de protección de este artículo es la vida privada, la cual, a su vez, abarca distintos bienes jurídicos dignos de protección, entre los cuales se encuentran el honor y la reputación de la persona. En diferentes sentencias, el TEDH ha apuntado que el honor y la reputación forman parte de la integridad personal y, por ello, se situaría dentro del ámbito de la “vida privada” de las personas. Así mismo, cabe destacar que el TEDH también ha utilizado otros conceptos, además del de integridad personal, como identidad personal o integridad psicológica³². En cualquier caso, entendemos que, en realidad, y a pesar del uso de múltiples nombres, que nos pueden llevar a la confusión, con la protección del honor lo que se está protegiendo es la dignidad de la persona.

Cabe añadir que el propio TEDH ha afirmado que no toda evaluación externa que se haga de una persona, aun cuando pueda afectar a su reputación, tiene que afectar necesariamente a su integridad personal. Solo en aquellos casos en que la ofensa fuese tan grave que pudiera socavar su integridad personal, entonces sí que nos encontraríamos ante un ataque a la “vida privada” merecedora de la protección jurídica del TEDH³³.

³¹ STEDH (Sección 3ª) 24 junio 2004, caso Von Hannover contra Alemania (TEDH 2004, 45). Apartado 50: “Además, la esfera de la vida privada, tal como la concibe el Tribunal, cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes”.

³² STEDH (Sección 1ª) 15 noviembre 2007, caso Pfeifer contra Austria (JUR 2007, 333961). Apartado 35: “La Corte considera que la reputación de una persona, incluso si esa persona es criticada en el contexto de un debate público, forma parte de su identidad personal e integridad psicológica y, por lo tanto, también se encuentra dentro del ámbito de su ‘vida privada’. En consecuencia, se aplica el artículo 8”.

³³ STEDH (Sección 3ª) 21 septiembre 2010, caso Polanco Torres y Movilla Polanco contra España (TEDH 2010, 95). Apartado 40: “Para que se aplique el artículo 8, la publicación

Esta no es una cuestión menor, puesto que el TEDH está limitando dicho amparo a aquellos ataques a la reputación, que sean de tal gravedad, que supongan un menoscabo a la integridad personal (entiéndase dignidad). Solo en tales casos, el TEDH reconocería la existencia de una vulneración del artículo 8 CEDH. Ello resulta lógico si entendemos que este derecho debe conjugarse con otro de carácter también fundamental y básico en toda sociedad democrática, como es el derecho a la libertad de expresión (en sentido amplio). Aceptar que cualquier afección a la reputación conlleve, de suyo, una lesión de la integridad personal, y, por tanto, el amparo del artículo 8, supondría tanto como silenciar, de facto, a los medios de comunicación. El miedo a poder ser demandados, por cualquier información que pudiese comprometer a un tercero, conllevaría su autocensura. Es evidente que ese perverso efecto disuasorio (“chilling effect”) resulta totalmente incompatible con el rol de guardián público (“public watchdog”) que tiene encomendada la prensa en todo sistema democrático. El problema se dará entonces en determinar cuándo la afección de la reputación pueda ser de tal gravedad como para lesionar la integridad personal del individuo. Nos encontramos ante un concepto ambiguo, cuya determinación dependerá de la casuística.

VI. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR: UNA OBLIGACIÓN DE DOBLE FAZ POR PARTE DEL ESTADO.

El TEDH ha entendido que la protección de la reputación conlleva dos obligaciones de distinta naturaleza para con los Estados: La primera, de carácter negativo, supone que las autoridades públicas deban abstenerse de cometer injerencias arbitrarias en el honor de las personas; la segunda, de carácter positivo, implicaría la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto al honor de las personas, incluso en la esfera de las relaciones de los particulares entre sí³⁴. Esto supone que el Estado se convierte en el garante

susceptible de empañar la reputación de una persona debe constituir un atentado a su vida privada de tal gravedad que se vea comprometida su integridad personal”. STEDH (Sección 3ª) 19 junio 2012, caso Tanasoica contra Rumania (TEDH 2012, 58). Apartado 37: “Por otro lado, el derecho a la protección de la reputación es un derecho que está incluido, como elemento de la vida privada, en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH (...) Sin embargo, para que el artículo 8 resulte aplicable, el ataque contra la reputación personal debe alcanzar un cierto nivel de gravedad y haberse llevado a cabo de manera que se haya menoscabado el disfrute personal del derecho al respeto de la vida privada”.

³⁴ STEDH (Sección 3ª) 14 enero 2014, caso Lavric contra Rumanía (JUR 2014, 11188). Apartado 30:” El Tribunal reitera que, aunque el objeto del artículo 8 es proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no solo obliga al Estado a abstenerse de llevar a cabo tales injerencias. Además de esta obligación principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada y familiar, incluso en la esfera de las

de este derecho, siendo que el incumplimiento en su cometido es precisamente lo que permite, a quien considere que su honor no ha sido debidamente amparado, accionar ante el TEDH.

VII. ¿LA PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN COADYUVA A LA FORMACIÓN DE UNA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE?

Está plenamente consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina que la libertad de expresión, además de tener naturaleza jurídica de derecho subjetivo, también supone una garantía institucional de la opinión pública libre, sostén del pluralismo político y, en consecuencia, del sistema democrático representativo.

El concepto nuclear, para entender la libertad de expresión como garantía del pluralismo político, consustancial a la democracia, es el de opinión pública. Como indica BUSTOS PUECHE, a la libertad de expresión se le reconoce esa dimensión “en la medida en que contribuye decisivamente a la formación de la opinión pública, presupuesto fáctico de la democracia: solo unos ciudadanos bien informados de las cosas que atañen a la vida pública están en condiciones de formar opinión sobre la res pública, sus gobernantes, los problemas de la sociedad, opinión que les permitirá la participación reflexiva y ponderada en los asuntos de incumbencia general y, señaladamente, la elección más acertada de sus gobernantes”³⁵. Coincidiendo con este autor, podemos concluir, por tanto, que la base de la formación de una opinión pública libre es, precisamente, una ciudadanía bien informada. Solo disponiendo de una información fidedigna y plural previa, estaremos en condiciones, en primer lugar, de conformar nuestra propia opinión individual, y en segundo lugar, de expresarla en foro público. Recordemos, en este punto, que por opinión pública se entiende el juicio de valor que efectúa el público, sobre temas de interés público, y manifestadas en el foro público. Si la información que se nos transmite, contraviniendo la deontología profesional, es abiertamente falsa, insidiosa, sesgada o tergiversada, la premisa de la que partiremos para conformar nuestra opinión individual será errática, y, en consecuencia, la opinión pública devendrá deformada³⁶.

relaciones de los individuos entre sí.”

³⁵ BUSTOS PUECHE, J. E.: *Manual sobre bienes*, cit., p. 133 y 134.

³⁶ En relación con esta cuestión, existen abundantes textos, pero nosotros nos referiremos a tres, una monografía académica, un ensayo y una novela: La monografía académica, es la del profesor en el Goldsmiths College, de la Universidad de Londres, CURRAN, J.: *Medios de comunicación y Poder*, Editorial Hacer, Barcelona, 2005; el ensayo es de SERRANO, P.: *Desinformación. Cómo los medios ocultan el mundo*, Península, Barcelona, 2009; y la novela es del maestro ECO, U.: *Número Cero*, Lumen, Barcelona, 2015. La lectura de la obra del intelectual italiano nos ha servido de inspiración para la redacción del presente artículo.

Precisamente en relación con lo anterior, ha empezado a ser considerada la tesis en virtud de la cual se entiende que el derecho al honor también coadyuva a la formación de una opinión pública libre. Pensemos que si la afectada por dicha desinformación es una persona (normalmente pública), se darán tres consecuencias indeseables: la primera, la lesión de la reputación de ese sujeto; la segunda, la lesión del derecho a recibir información fidedigna, de cada uno de los ciudadanos; y la tercera, la deformación de la opinión pública, puesto que la incorrecta percepción que la ciudadanía tendrá de ese individuo será la que los medios le hayan transmitido. Al fin y al cabo, la mayoría de la ciudadanía solo conocerá a esa persona por lo que los medios informen u opinen sobre ella. Esa es la razón por la que se les conoce a los mass media como constructores de la realidad. En ese caso, no solo no estarían cumpliendo la función social que les es propia, esto es, la formación de una opinión pública libre, sino que precisamente estarían sirviendo para lo contrario, es decir, para deformar dicha opinión pública, puesto que la información que están suministrando está viciada.

En este sentido, merece traer a colación, de nuevo, las palabras del Magistrado Sr. Loucaides, en el voto particular efectuado a la STEDH por la que se resuelve el caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia³⁷:

“El argumento principal que milita a favor de la protección de la libertad de expresión, incluso en caso de declaraciones difamatorias, es el apoyo a la libertad de debate de las cuestiones públicas. Pero el argumento opuesto es igualmente poderoso; la supresión de las declaraciones difamatorias, además de proteger la dignidad de las personas, disuade de las declaraciones falsas y mejora la calidad en conjunto del debate público, produciendo un efecto disuasorio en el periodismo irresponsable. Además, los debates necesarios corren el riesgo de no producirse si los potenciales participantes saben que no dispondrán de ningún recurso en caso de que se formulen contra ellos acusaciones difamatorias. La prohibición de las palabras difamatorias obstaculiza también la desinformación de los medios de comunicación de masas y protege de forma efectiva el derecho del público a una información fidedigna. Además, las acusaciones falsas contra funcionarios públicos o candidatos a cargos públicos pueden disuadir a las personas competentes de ambicionar un puesto en la Administración pública, perjudicando así el proceso político en lugar de favorecerlo”.

En virtud del anterior argumento, expuesto magistralmente por el Magistrado Sr. Loucaides, podemos llegar a la conclusión de que la protección de la reputación también sirve, precisamente, para la formación de una opinión pública libre.

³⁷ STEDH (Gran Sala) 22 octubre 2007, caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia (TEDH 2007, 71). Opinión Concordante del Magistrado Sr. Loucaides.

VIII. EL DERECHO DE RÉPLICA.

En relación directa con lo expuesto en el epígrafe anterior, cabe traer a colación el derecho de réplica. Podemos definirlo como el derecho de acceso a los medios de comunicación, por parte de aquellas personas o entidades que consideran que una información que se está dando sobre ellas es incierta, o se trata de un juicio de valor que tiene carácter difamatorio, y que les puede dañar su reputación.

El mismo, como a continuación veremos, puede ser considerado como un derecho trifronte: primero, como tutela inmediata del honor de los afectados por una noticia; segundo, como manifestación de la libertad de expresión del propio afectado, y tercero, como garantía del pluralismo informativo, consustancial a la opinión pública³⁸.

Respecto a su nomenclatura, cabe señalar que existen dudas, habida cuenta que también se utiliza el nombre de derecho de rectificación. Siguiendo al Magistrado del TEDH, David Þór Björvinsson³⁹, podemos concluir que el objeto del derecho de rectificación se refiere a los hechos; mientras que el objeto del derecho de réplica se refiere a las opiniones. Esta distinción también ha sido recogida por la doctrina, haciéndose eco de las distintas

³⁸ FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008: “La doctrina ha señalado tradicionalmente tres fundamentos principales para el reconocimiento del derecho de rectificación: a) este derecho funciona como un instrumento de defensa o tutela de la personalidad del individuo; b) la facultad de rectificar constituye una manifestación de las libertades de expresión y de información; y c) el derecho de rectificación coadyuva a la satisfacción del derecho de todos a recibir una información veraz y plural” (p. 87).

“La persona afectada debe poder expresarse y contradecir al medio, con el fin de defender su honor o su reputación (...) En el ámbito de las imputaciones o acusaciones mediáticas, tan severas como las judiciales en las sociedades modernas, es esencial que quien sea atacado a través de un medio de comunicación, pueda rápidamente defenderse de las acusaciones de que sea objeto, y esa es la facultad que el legislador garantiza reconociendo el derecho de rectificación” (p. 88 y 89).

“La rectificación no solo constituye una garantía jurídico- subjetiva de la libertad del individuo a dar su versión, sino que también es una garantía jurídico-objetiva, en cuanto que contribuye al proceso democrático de la libre formación de la opinión pública (...) En la actualidad este derecho se observa más bien como una medida que desarrolla las libertades de comunicación en sus dos vertientes: la activa, es decir, como facultad de informar, y la pasiva, la que garantiza el derecho a recibir información veraz y plural.” (p. 94)

³⁹ ÞÓR BJÖRGVINSSON, D.: “The right of reply”, en AAVV: *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, p. 163: “Este derecho (de réplica) a menudo se distingue del derecho de rectificación, el cual se limita a señalar la información errónea publicada anteriormente”.

regulaciones estatales de este derecho⁴⁰. No obstante, el TEDH y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, suelen utilizar el término derecho de réplica para referirse a ambos objetos indistintamente. Esta falta de delimitación conceptual ha merecido la crítica del Magistrado citado previamente⁴¹.

Ya en 1974, concretamente, el 2 de julio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución sobre el derecho de réplica (Resolución (74) 26)⁴². Así pues, ya entonces, el Consejo de Europa se mostró preocupado por la situación en la que quedaba aquel sobre el cual los medios podían publicar falsedades o incertezas, o comentarios difamatorios. Por esta razón, entendió que los medios tenían que facilitar el acceso de quien fuese aludido, para que pudiese replicar con su palabra. Además, con ello se conseguía otro fin legítimo, cual es que la población tuviese acceso a diferentes fuentes (incluido el propio afectado por la noticia), garantizando así que se reciba una información plural y completa. Adjunto a la resolución, se acompañó un apéndice⁴³ que establecía las reglas para ejercer este derecho. Cabe destacarse que si bien la resolución sí que hace referencia a la posibilidad de ejercer ambos derechos, el de rectificación y el de réplica en el sentido antedicho, en el apéndice se hace referencia exclusivamente al derecho de rectificación sobre hechos inciertos y no a un derecho de réplica sobre juicios de valor que se puedan entender difamatorios.

⁴⁰ FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación*, cit., pp. 83 y 84: “En el llamado sistema amplio o francés este derecho tiene un ámbito de ejercicio muy extenso. La réplica o respuesta puede abarcar tanto a los hechos de que es objeto una información, como a las opiniones o juicios de valor vertidos por el medio de comunicación. En este modelo, el derecho incluye tanto la posibilidad de desmentir, corregir, esclarecer informaciones de hechos (‘rectificar’), como la de contestar, rechazar o rebatir opiniones o juicios de valor (‘replicar’). De este modo, el afectado puede, de todas formas, responder a la alusión realizada a través del medio: a la de carácter fáctico, mediante su versión de los hechos, y a la de carácter crítico o valorativo, mediante sus propios argumentos.

En el modelo restringido o alemán, por su parte, la rectificación es posible ejercitarla exclusivamente frente a aquellas informaciones divulgadas a través de los medios de comunicación que contengan afirmaciones o narraciones de hechos, sin admitir la posibilidad, como ocurre en el modelo amplio, de replicar una opinión, una idea o un juicio de valor”.

⁴¹ PÓR BJÖRGVINSSON, D.: “The right of reply”, cit., p. 175: “La distinción efectuada en la jurisprudencia entre rectificación y réplica es muy poco clara y necesita ser objeto de una mayor precisión”.

⁴² Resolución (74) 26), del Comité de Ministros, sobre el derecho de réplica, adoptada el 2 de julio de 1974, disponible en:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res\(1974\)026_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res(1974)026_EN.asp)

⁴³ Anexo a la Resolución (74) 26), del Comité de Ministros, sobre el derecho de réplica, adoptada el 2 de julio, disponible en:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res\(1974\)026_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res(1974)026_EN.asp)

Así pues, en este apéndice al que hemos hecho referencia, se establecen como requisitos, para poder ejercer este derecho de rectificación, los siguientes:

La solicitud de publicación de respuesta se debe dirigir al medio dentro de un plazo razonablemente breve (sin que se especifique qué debe entenderse por tal).

La longitud de la respuesta no debe exceder de lo necesario para corregir aquella información que contiene los hechos que se consideran inexactos.

La respuesta se debe limitar a una corrección de los hechos impugnados.

La respuesta no debe constituir un delito ni contrariar los derechos de un tercero.

El individuo afectado debe demostrar la existencia de un interés legítimo.

Por otra parte, se establece una serie de obligaciones, tanto para el medio en cuestión como para los Estados miembros del Consejo de Europa, cuales son las siguientes:

La publicación de la respuesta debe hacerse en un plazo razonable y se le debe dar, en la medida de lo posible, importancia análoga a la que se le dio a la información que contenía hechos que se afirman inexactos.

Con el fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho de réplica, cada medio deberá indicar qué persona estará encargada de atender las solicitudes de publicación de réplicas, así como quién se encargará de la publicación efectiva de la respuesta.

A fin de garantizar este derecho, los tribunales internos tendrán las atribuciones necesarias para ordenar la inmediata publicación de la respuesta, a petición del afectado.

Este derecho de réplica fue objeto de otra resolución, esta vez, la Recomendación 1215 (1993), de fecha 1 de julio de 1993, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la ética del periodismo⁴⁴. Mediante la misma, se recomendaba al Comité de Ministros que instara a los Gobiernos para que, entre otros, reconocieran el derecho de réplica de los

⁴⁴ Recomendación 1215 (1993), de la Asamblea Parlamentaria, sobre la ética del periodismo, de fecha 1 de julio de 1993, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15249&lang=en>

ciudadanos a los que se haga referencia expresa en los medios de comunicación.

Referido exclusivamente a los perjudiciales efectos que se pueden dar con los juicios paralelos, el 10 de julio de 2003, el Comité de Ministros adoptó la Recomendación (2003)13, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales. Así pues, en el apéndice⁴⁵ a dicha resolución se recomienda a los Estados que garanticen el derecho a la corrección o a la réplica de todos aquellos que hayan sido objeto de información incorrecta o directamente difamatoria, derivada de un proceso penal. Se indica también que el derecho de rectificación debe estar disponible con respecto a los comunicados de prensa, que contengan información errónea, emitidos por las autoridades judiciales o policiales.

El Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, recoge también, en su artículo 8 (tanto en el original⁴⁶, como en su versión modificada por el Protocolo de Enmienda⁴⁷), el derecho de réplica.

Para el TEDH (también para la Comisión), el derecho de réplica, como expresión del derecho a la información, es totalmente compatible con el CEDH, pues supone una garantía del pluralismo en la información que merece ser respetada. Al fin y al cabo, gracias a este derecho, el público puede acceder a una mayor cantidad de fuentes de información, lo cual va a coadyuvar a una mejor formación de la opinión pública. Además, con la misma se garantiza, a quien se considere lesionado en su honor, una vía rápida para dar a conocer a la ciudadanía una versión distinta de los hechos.

⁴⁵Anexo a la Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de 10 de julio de 2003, disponible en:

<https://search.coe.int>

⁴⁶ BOE nº 96, de 22 de abril de 1998, disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/1998/04/22/pdfs/A13384-13394.pdf>

Artículo 8. Derecho de réplica.

“1. Cada Parte transmisora se asegurará de que toda persona física o jurídica, cualquiera que fuere su nacionalidad o su lugar de residencia, pueda ejercer un derecho de réplica o tener acceso a otro recurso jurídico o administrativo equiparable con respecto a emisiones transmitidas o retransmitidas por organismos o con ayuda de medios técnicos que dependan de su jurisdicción en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3. Cuidará en particular de que el plazo y las modalidades previstas para ejercer el derecho de réplica sean suficientes para permitir el ejercicio efectivo del derecho de réplica. El ejercicio efectivo de este derecho o de otros recursos jurídicos o administrativos equiparables deberá estar asegurado tanto desde el punto de vista de los plazos como por lo que se refiere a las modalidades de aplicación.”

⁴⁷ BOE nº 92, de 17 de abril de 2002, disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/2002/04/17/pdfs/A14497-14504.pdf>

Debe quedar claro que con el ejercicio del derecho de rectificación no se está obligando al medio a retractarse de lo ya publicado, ni a modificar su línea editorial, sino a transmitir lo manifestado por quien se considere afectado por la noticia⁴⁸. Y la negativa a publicar la réplica del perjudicado por la información, según el TEDH, supone una conculcación de los deberes y obligaciones de los profesionales del medio⁴⁹.

⁴⁸ Decisión de la Comisión 12 julio 1987, caso Ediciones Tiempo SA contra España (JUR 2009, 215928).

Apartado 1: “La Comisión señala que, en este caso, esta injerencia estaba prevista por la Ley Orgánica 2/84, reguladora del ejercicio del derecho de rectificación cuyos principios se inspiran en la Resolución (74)26 sobre el derecho de rectificación –situación del individuo hacia la prensa– adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 2 de julio de 1974.

Por otro lado, la Comisión constata que la finalidad perseguida por la orden judicial era la de proteger la reputación y los derechos ajenos. En efecto, el derecho de rectificación trata de proteger a cualquier individuo contra ciertas informaciones u opiniones difundidas por los medios de comunicación que por su naturaleza podrían atacar contra su vida privada, su honor o su dignidad.

En cuanto a si la injerencia era necesaria, la Comisión considera que, en una sociedad democrática, el derecho de rectificación constituye una garantía de pluralismo en la información cuyo respeto debe ser asegurado.

Constata que, en consecuencia, la medida judicial incriminada era proporcionada a la finalidad perseguida, al no haber sido la sociedad demandante obligada a modificar el contenido del artículo y pudiendo haber insertado de nuevo su versión de los hechos al publicar la rectificación de la persona perjudicada”.

Apartado 2: “La Comisión considera que la reglamentación en materia de derecho de rectificación trata de proteger el interés del público a recibir informaciones de diferentes fuentes, y de garantizar así la posibilidad de disponer de una información lo más completa posible (...)

Teniendo en cuenta el hecho de que una rectificación, para ser efectiva, debe ser objeto de una difusión inmediata, la Comisión considera que la veracidad de los hechos relatados en la rectificación no podría ser objeto, en el momento de su publicación, de un control profundo”.

⁴⁹ STEDH (Sección 4ª) 29 julio 2008, caso Flux contra Moldavia (nº 6) (JUR 2008, 237462).

En este caso, el medio en cuestión se negó a publicar una réplica, por considerar que el lenguaje utilizado en el mismo era inapropiado. Para el TEDH, dicha negativa no fue más que una excusa incompatible con las obligaciones y deberes consustanciales a la profesión periodística.

Apartado 29: “Además, cuando el director y el personal editorial del periódico escolar solicitaron el derecho a publicar una réplica, esta fue rechazada basándose en que la misma se consideraba ofensiva. Teniendo en cuenta los términos de la réplica publicados en el Jurnal de Chişinău, la Corte considera que el lenguaje utilizado no era ofensivo. El director acusaba ciertamente al periódico demandante de falta de profesionalidad, pero tal reacción era normal y proporcionada en el contexto del primer artículo.”

STEDH (Sección 2ª) 5 julio 2005, caso Melnychuk contra Ucrania (<http://hudoc.echr.coe.int>).

En este caso, el medio también se negó a publicar una réplica, por considerar que el lenguaje utilizado en ella era inapropiado. Pero además, es importante destacar que el propio medio le concedió la oportunidad de que volviese a remitir el texto omitiendo las

Este derecho de réplica encaja perfectamente con otra de las obligaciones deontológicas de todo profesional de la información, cual es la de contrastar la noticia con el propio interfecto. El TEDH entiende que, con carácter previo a la publicación de una noticia que pueda afectar a la reputación de un tercero, es uno de los deberes del profesional de la información haber dado la oportunidad al afectado de dar su versión de los hechos⁵⁰. Por tanto, la obligación de requerir la opinión de la persona a la que se refiere la noticia se da ex ante a su publicación, y la obligación de publicar su réplica se daría ex post.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el TEDH ha incardinado el derecho de réplica en el artículo 10 CEDH, como una manifestación más de la libertad de expresión, y no tanto como derecho a la protección de la reputación y del derecho honor, del artículo 8 CEDH⁵¹. Al fin y al cabo, lo que se garantiza

expresiones oprobiosas, optando el reclamante por no hacerlo. Es, precisamente por ello, por lo que el TEDH, entendió que no se había lesionado el derecho a la libertad de expresión del reclamante.

Apartado 2: “A este respecto, el Tribunal señala que la parte demandante pudo presentar su réplica a la prensa y que la negativa a su publicación se basaba en el hecho de que el reclamante había ido más allá de la simple respuesta a las críticas que se habían hecho de su libro, y había hecho comentarios obscenos y abusivos. Por otra parte, se desprende del expediente que se invitó al solicitante a modificar su respuesta, pero no lo hizo (...). El Tribunal no encuentra elementos de arbitrariedad en las decisiones de los tribunales internos. En consecuencia, se concluye que se alcanzó un justo equilibrio entre los intereses en conflicto y que no hubo incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 10.”

⁵⁰ STEDH 26 abril 1995, caso Prager y Oberschlick contra Austria (TEDH 1995, 12).

Apartado 37: “En opinión del Tribunal, el señor Prager tampoco podría invocar su buena fe ni el respeto a las reglas de la ética periodística. Las investigaciones llevadas a cabo por él no parecen, en efecto, suficientes para apoyar alegaciones tan graves. Basta a este respecto señalar que, según el mismo demandante ha confesado, no asistió a ninguna audiencia penal presidida por el Juez J; además, no dio a este magistrado ninguna ocasión de expresarse con respecto a los reproches que le hacía”.

STEDH (Sección 4ª) 29 julio 2008, caso Flux contra Moldavia (nº 6) (JUR 2008, 237462).

Apartado 29: “Se observa que, a pesar de la gravedad de las acusaciones formuladas contra el director, contenidas en la carta anónima publicada el 4 de febrero de 2003, el periodista no hizo ningún intento de contactar con él y pedirle su opinión al respecto. Tampoco parece, del texto del artículo, que el periodista realizara ningún tipo de investigación sobre los asuntos mencionados en la carta anónima”.

⁵¹ STEDH (Sección 4ª) 3 abril 2012, caso Kaperzynski contra Polonia (JUR 2012, 122977).

Apartado 66: El Tribunal es de la opinión de que la obligación legal de publicar una rectificación o réplica puede ser visto como un elemento normal del marco legal que regula el ejercicio de la libertad de expresión en los medios. No puede, por tanto, ser considerado como excesivo o irracional. De hecho, el Tribunal ya ha declarado que el derecho de réplica, como un elemento importante de la libertad de expresión que es, se inscribe en el ámbito del artículo 10 de la Convención. Esto se desprende de la necesidad, no solo de poder oponerse (el afectado) a la información falsa, sino también de garantizar la pluralidad de opiniones, especialmente sobre asuntos de interés general, como el debate literario y el político”.

con este derecho es la oportunidad del afectado de expresarse públicamente sobre un tema que le atañe directamente, con independencia de que lo publicado le afecte en su honor o no. Ello no obstante, en la práctica, lo normal es que este derecho se ejerza precisamente por aquellos que entienden que una información pueda afectarles en su reputación.

Respecto de todo cuanto acabamos de señalar, creemos oportuno terminar trayendo a colación, de nuevo, el voto particular del Magistrado Sr. Loucaides efectuado a la STEDH por la que se resuelve el caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia:

“No hay que perder de vista el hecho de que los medios de comunicación de masas son en la actualidad empresas comerciales con un poder incontrolado y virtualmente sin límites y más interesadas en la publicación de noticias jugosas y sensacionalistas que en la difusión de informaciones útiles para el público, en una misión de vigilancia respecto a los posibles abusos de los poderes públicos o en la realización de otros objetivos idealistas (...) deben estar sometidas a una limitación respecto a la necesidad de proteger el respeto debido a la verdad y la dignidad de las personas. Tal restricción debe comprender la obligación de investigar antes de publicar alegaciones de carácter potencialmente difamatorio y la de ofrecer a las personas afectadas por la publicación de las palabras difamatorias la ocasión de reaccionar y ofrecer su propia versión”⁵².

IX. EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE LOS JUICIOS PARALELOS.

Los juicios paralelos suponen el ejemplo paradigmático de cómo puede quedar totalmente en entredicho el honor de una persona, en este caso, del procesado, mientras un asunto se encuentra sub judice. No obstante, los juicios paralelos no solo afectarían a la reputación de la persona enjuiciada, sino que también podrían suponer un ataque al principio de autoridad e imparcialidad de poder judicial y, a la vez, un menoscabo en el derecho a la presunción de inocencia de los procesados⁵³.

El Consejo de Europa también se ha mostrado preocupado por el asunto. Así pues, como hemos indicado en el epígrafe anterior, el 10 de julio de 2003,

⁵² STEDH (Gran Sala) 22 octubre 2007, caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia (TEDH 2007, 71). Opinión Concordante del Magistrado Sr. Loucaides.

⁵³ Sobre el tema de los juicios paralelos también han corrido litros de tinta. Aquí nos limitaremos a analizarlos desde lo resuelto en el ámbito del Consejo de Europa.

el Comité de Ministros aprobó la Recomendación (2003) 13⁵⁴, en virtud de la cual se establecía un apéndice con una serie de principios relativos al suministro de información sobre los procedimientos penales a través de los medios⁵⁵. Merece ser objeto de felicitación, pues demuestra una clara voluntad por proteger los derechos a un juicio justo, a la presunción de inocencia y al honor de aquel que está siendo procesado. Se podrá criticar que son unas recomendaciones de carácter muy genérico, dejando, en manos de los propios Estados, el modo de hacerlas efectivas. De la lectura global de la Recomendación, podríamos concluir que el Comité de Ministros intenta que encajen y se complementen los bienes jurídicos en juego (información, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y honor) sin que el respeto de alguno de ellos conlleve el detrimento del resto.

Así pues, entendemos que resultan merecedores de ser destacados los siguientes principios:

Se reconoce, con carácter general, que el público tiene derecho a ser informado sobre temas penales, reconociéndoseles a los periodistas (sin ningún tipo de discriminación entre ellos) el estatuto de comunicadores oficiales de informaciones cuyo origen en encuentre en las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y en la Administración de Justicia.

La cobertura mediática de los asuntos penales en marcha tendrá tres límites muy claros: el recto funcionamiento de la Administración de Justicia, la presunción de inocencia, y el respeto al honor de las partes en el proceso.

Cuando dicha cobertura pueda poner en riesgo la equidad del proceso, por actuar en él jueces legos o jurados, la misma podrá ser limitada. Lo mismo cabe señalar cuando la información pueda acabar lesionando el derecho del acusado a un juicio justo.

La presunción de inocencia actúa como un verdadero límite a la hora de informar sobre procedimientos penales sub iudice, y ello porque los Estados democráticos se han valido de un proceso profesionalizado, como es el

⁵⁴ Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de 10 de julio de 2003, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

⁵⁵ Apéndice a la Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de fecha 10 de julio de 2003, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

judicial, en virtud del cual, y con todas las garantías que le son propias, a una persona se le puede encontrar culpable o inocente de los cargos que se presenten contra él. Así pues, solo los jueces y tribunales tienen esa capacidad para juzgar. No la tienen ni los medios, ni la sociedad en su conjunto. Reconocemos que este es un tema muy espinoso. Nosotros, en consonancia con el Consejo de Europa, abogamos porque se pueda informar pero, a la vez, entendemos que los medios deben actuar aquí con el máximo respeto a la deontología profesional y, en ningún caso, deben presentar al procesado como presunto culpable a la sociedad, puesto que en ese caso, además de estar deformando a la opinión pública, estarían socavando uno de los principios fundamentales en el Estado democrático, cual es el de la presunción de inocencia, amén de provocarle un daño al procesado en su reputación, de muy difícil reparación aunque luego fuese declarado inocente. Entendemos, por tanto, que el problema no se encuentra tanto en la posibilidad de informar, sino en el cómo se informa. Si se presentan los hechos de un modo aséptico y con escrupuloso respeto a la ética profesional que se le presupone al periodismo, no debería haber problema en el encaje de los derechos en juego. Ahora bien, si en lugar de ello se opta por el sensacionalismo, por presentarlo como culpable, por dar a entender que la única posible sentencia justa sería la condenatoria, entonces es obvio que la libertad de información se estaría instrumentalizando, por intereses espurios, se estaría lesionando el honor del procesado, se estaría deformando a la opinión pública, se estaría intentando presionar a la administración de justicia y, por tanto, sería reprobable que dicha actuación pretendiese obtener el amparo legal del art. 10.1 CEDH.

En relación con lo anterior, y a la vista de los múltiples escándalos de corrupción en los que se ha visto envuelta la clase política española, creemos que la labor pedagógica de los medios es fundamental. Atendiendo al criterio expuesto, podremos concluir que la ciudadanía tiene derecho a conocer todos los datos que tengan interés público, relativos a cualquier proceso abierto contra un representante político, que esté siendo juzgado por un delito relacionado con su gestión pública. Ello es así porque cabe distinguir claramente entre lo que es la responsabilidad penal que, efectivamente, le corresponderá determinar a los jueces y magistrados, de la responsabilidad política, que esa sí que le corresponde a toda la ciudadanía. Así pues, resulta indiferente que el político pueda, tras el proceso penal, ser declarado culpable o inocente, porque lo relevante, para ventilar la responsabilidad política, no será que esté o no condenado, sino cómo ha gestionado la res pública y, para ello, será fundamental tener acceso a todos los datos relativos al proceso, que tengan relación directa con su gestión pública.

El honor también actúa como límite, en este caso, de dos modos. El primero, como ya hemos visto, facilitando un derecho de rectificación o réplica a

quien se considere lesionado en el mismo por información incorrecta o difamatoria. Es muy importante destacar que no solo se reconoce este derecho frente a los propios medios de comunicación, sino incluso directamente frente a las autoridades judiciales o servicios policiales que han emitido la noticia. El segundo, y ya adelantándose a lo que ahora se conoce como “derecho al olvido”, se prevé el derecho a que, una vez cumplida la sentencia, se deba proteger su identidad, a fin de facilitar la reinserción social del reo. Solo cuando el propio penado haya consentido expresamente la revelación de su identidad o, de manera muy excepcional, cuando haya un interés público que lo justifique, se podrá obviar ese deber de protección de su identidad. Lo contrario supondría, de facto, una condena social perpetua. Podemos concluir, por tanto, que la Recomendación del Comité de Ministros consigue, con bastante acierto, fijar en primer lugar, los bienes jurídicos en juego, y, en segundo, modular un sistema en el que la protección de uno de ellos no suponga una conculcación de los otros. En todo caso, reconocemos la extrema dificultad de un objetivo tan deseable como necesario.

Respecto de la jurisprudencia del TEDH, cabe destacar que la misma se ha centrado más en los riesgos que pueden conllevar estos juicios paralelos para la autoridad e independencia judicial, así como para el derecho a un proceso equitativo, que para el derecho al honor, pero ello se excede del objeto del presente artículo. No obstante sí que merece ser citado que el TEDH ha entendido, evidentemente, que, realizar manifestaciones en las que se acusa a una persona de la comisión de un delito, sin que haya habido condena judicial, no están amparadas por la libertad de expresión⁵⁶.

XI. CONCLUSIONES.

De todo lo anterior, podemos concluir que:

La protección de la reputación viene configurada por el artículo 10.2 CEDH como una restricción legítima de la libertad de expresión.

La jurisprudencia del TEDH, basada en las resoluciones de los órganos del Consejo de Europa, ha incardinado la protección de la reputación y del honor, como un derecho humano autónomo, manifestación del derecho a la protección de la vida privada del artículo 8 CEDH. Y como tal, cada Estado que forma parte del Consejo de Europa no solo debe abstenerse de cometer

⁵⁶ STEDH (Sección 1ª) de 27 junio 2000, que resuelve el caso Constantinescu contra Rumanía. TEDH 2000, 145. Apartado 73: “En opinión del Tribunal, el término “ocultadoras” (delapidatori), que designa a personas reconocidas culpables del delito de ocultación, ofendía a las tres profesoras, ya que estas no habían sido condenadas por un Tribunal”.

injerencias arbitrarias en el honor de las personas, sino que además, debe adoptar las medidas destinadas a asegurar el respeto a dicho bien jurídico, incluso en la esfera de las relaciones de los particulares entre sí. Esta interpretación conlleva que si el afectado entiende que el Estado no le ha protegido debidamente su derecho al honor, pueda acudir al TEDH por presunta conculcación del artículo 8 CEDH.

Además de ser un derecho individual, la protección de la reputación también coadyuva a la formación de una opinión pública libre, en tanto disuade de publicar, con absoluto desprecio a la deontología profesional, información abiertamente falsa, insidiosa, sesgada o tergiversada. Solo la información fidedigna y plural puede ser considerada la base de la recta formación de las opiniones individuales, y, por extensión, de la opinión pública.

En relación con la conclusión anterior, cabe destacar que con el derecho de réplica no solo se articula una vía rápida para proteger, en la medida de lo posible, el honor de la persona, sino que, además, se permite a la ciudadanía acceder a más fuentes de información, con lo que se facilita una mejor formación de la opinión pública. Con este derecho no se obliga al medio a cambiar su posición frente a una noticia, sino simplemente a publicar la contestación o la versión de los hechos que pueda dar la persona afectada por la misma.

Y, por último, dado que los juicios paralelos pueden suponer que el honor de una persona quede totalmente en entredicho, a la prensa se le debería exigir que actúe con el mayor y más escrupuloso respeto a la deontología profesional cuando informe sobre procedimientos judiciales.

LIBERTAD DE LOS HIJOS EN LA FAMILIA: DEBERES DE LOS
HIJOS Y DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES.
SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

CHILDREN'S FREEDOM IN THE FAMILY: CHILDRENS' DUTIES
AND PARENTS' RIGHT OF CORRECTION. SITUATION IN
SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 59 - 74.

Fecha entrega: 31/01/2016
Fecha aceptación: 07/02/2016.

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
Catedrática Acreditada de Derecho Civil
Universidad de Alicante
E.Algarra@ua.es

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Catedrático Acreditado de Derecho Civil
Universidad de Alicante
J.Barcelo@ua.es

RESUMEN: En este trabajo se analiza la regulación de los deberes de los hijos y el derecho de corrección de los padres tras las últimas reformas legislativas, para determinar si sigue existiendo ese *ius corrigendi* pese a su eliminación formal del Código civil español, aunque no de otras legislaciones forales.

PALABRAS CLAVE: relaciones familiares; deberes de los hijos; derecho de corrección de los padres.

ABSTRACT: In this paper we study the regulation of children's duties and the parents' right of correction after the last legislative reforms, to determine if continues existing this *ius corrigendi* despite the formal elimination from the Spanish civil code, though not of other statutory legislations.

KEY WORDS: familiar relations; children's duties; parents' right of correction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS HIJOS.- III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES.- 1. La eliminación formal del derecho de corrección en el Código Civil español y su mantenimiento en algunos Derechos Forales.- 2. Derecho de corrección de los progenitores y delimitación de su contenido.- IV. CONCLUSIONES: RAZONES PARA ENTENDER QUE SUBSISTE EL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES.

I. INTRODUCCIÓN.

La protección de los menores y el reconocimiento de un ámbito de actuación y autonomía en el ejercicio de sus derechos y en sus relaciones con los demás es una constante en los ordenamientos jurídicos desde hace ya décadas, y el Derecho español no es una excepción. Esta protección se produce tanto a título individual como en el ámbito familiar y en las relaciones paterno-filiales, en las que el interés superior del menor y el respeto a su personalidad ha de presidir siempre cualquier actuación en relación con su persona.

El art. 39 de la Constitución Española, en la regulación de los principios rectores de la política social y económica establece que los poderes públicos aseguran la protección de la familia y la protección integral de los hijos, señalando expresamente que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este sentido, conviene tener presente la ratificación por España de Tratados Internacionales en relación con la protección de los menores y, muy especialmente, la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, pues en atención a la misma se modificó, como veremos, el art. 154 CC español, eliminando formalmente el derecho de corrección de los padres. Sin embargo, dicho derecho se ha mantenido en otros Derechos del territorio nacional, generando un problema de interpretación sobre si existe o no actualmente en el Derecho español un derecho de corrección de sus padres respecto a sus hijos menores sometidos a patria potestad, así como cuál es el contenido y límites de ese *ius corrigendi*.

Por otra parte, no obstante el reconocimiento pleno a los menores -como no podría ser de otro modo en las actuales concepciones de los derechos de la infancia y la adolescencia- de la titularidad de derechos, así como de una capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos y libertades, en atención a su edad y grado de madurez, también los menores tienen deberes. Por tanto, la libertad del menor en general y en la familia en particular, y el

reconocimiento del libre desarrollo de su personalidad en todos los ámbitos de su vida y por tanto también en el familiar, no es plena ni absoluta, sino que viene acompañada de los deberes que le alcanzan y que ha de cumplir.

Si hacemos un breve recorrido por la legislación española de los últimos años, tanto estatal como autonómica¹, encontramos diversas normas de protección de la infancia y de la adolescencia, en las que a los menores se les reconocen un conjunto de derechos y libertades, así como un ámbito de actuación que tiende a ser cada vez más amplio. Pero a su vez, también se recogen los deberes de los menores, de entre los que nos interesa destacar sus deberes en el ámbito familiar y en las relaciones paterno-filiales en relación con los deberes de los padres, pues ese tema presenta un importante punto de conexión con la existencia del derecho de corrección como uno de los mecanismos de los que disponen los padres para que los hijos cumplan tales deberes y, sobre todo y muy especialmente, para cumplir ellos mismos con su deber de educarlos y proporcionarles una formación integral.

II. LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS HIJOS.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, ha introducido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), un nuevo Capítulo III, en el Título I, con la rúbrica “Deberes del menor” (art. 9 bis a quinquies), regulando los deberes de los menores en general, así como en los ámbitos familiar, escolar y social. Como señala el Preámbulo de la citada Ley 26/2015, la introducción de este nuevo Capítulo está “en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, en el que, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se le reconoce con corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo

¹ En este sentido, cabe mencionar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia; la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, de Aragón; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, sobre atención y protección a la infancia y la adolescencia; la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Navarra, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña; la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia, de Galicia. Además de las anteriores, cabe citar los arts. 154 y 155 CC español; la ley 63 de la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra; el art. 236-17 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia y el art. 58 y 65.1 d) del Código del Derecho foral de Aragón (aprobado por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón).

titulares de derechos, sino también de deberes”. Así, el art. 9 bis.1 de la LOPJM establece, con carácter general, que “los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social”.

Los deberes relativos al ámbito familiar, que son los que para este trabajo interesan especialmente, se recogen en el art. 9 ter, que dispone lo siguiente: “1. Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares. 2. Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo”.

La existencia de deberes de los menores en el ámbito familiar no es una novedad en la legislación civil, en la que los distintos Códigos tradicionalmente han recogido los deberes de los hijos al regular las relaciones paterno-filiales, estableciendo al tiempo que unas obligaciones de los padres, también unos deberes de los hijos. En esta línea, conviene recordar el art. 155 CC español, que no ha sido modificado desde su promulgación, y que dispone que “Los hijos deben: 1º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”. En el ámbito de la legislación foral, cabe hacer referencia también a las normas navarras, catalanas y aragonesas. Así, la ley 63 del Fuero Nuevo de Navarra, en su inciso final, dispone que “los hijos, por su parte, deben obedecer a los padres en tanto permanezcan bajo su potestad, respetarlos siempre y contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella”. El art. 236-17.3 del Código civil de Cataluña establece que “los progenitores y los hijos deben respetarse mutuamente. Los hijos, mientras están en potestad parental, deben obedecer a los progenitores, salvo que les intenten imponer conductas indignas o delictivas”. Y el art. 58 del Código del Derecho Foral de Aragón regula esta materia disponiendo lo siguiente: “1. Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia. 2. El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares”.

De estas regulaciones, tiene especial interés para el tema que nos ocupa lo relativo a los deberes de obediencia y respeto, al alcance de los mismos y a la relación de estos deberes con el derecho de corrección de los padres. Conviene destacar, en primer término, que el deber de respeto de los

menores hacia sus progenitores se recoge en todas las normas citadas; sin embargo, no sucede lo mismo con el deber de obediencia, que no recoge ni la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ni la legislación foral aragonesa.

Los deberes de obediencia y respeto tienen un alcance temporal distinto, así como un contenido diferente².

El deber de obediencia alcanza a los hijos mientras permanezcan bajo la patria potestad de los padres, por lo que se extingue con la patria potestad, y en consecuencia, sólo alcanza a los hijos menores de edad no emancipados. En cuanto a su contenido, los hijos deben cumplir los mandatos y órdenes lícitas que reciban de sus padres en el ejercicio de sus facultades. El deber de obediencia, lógicamente, está limitado, pues no puede exigirse frente a órdenes que no respeten la dignidad del hijo o los bienes y derechos de su personalidad (por ejemplo, pretendiendo la imposición al hijo de creencias religiosas o ideas políticas). En este sentido, el art. 236-17.3 del Código civil de Cataluña señala expresamente que los hijos deben obediencia, salvo que se les intente imponer conductas delictivas o indignas.

El deber de respeto es ilimitado en el tiempo, pues los hijos deben respetar a los padres siempre, no sólo cuando están bajo su potestad. En consecuencia, este deber de respeto para con sus padres acompaña al hijo durante toda su vida. Los hijos deben respeto, no sumisión, por tanto, deben a sus padres atención, deferencia, consideración y reconocimiento, pero es verdad que en grado superior a la que se dedicaría a cualquier otra persona, pues en virtud del especial vínculo que une a padres e hijos, el respeto debido entre ellos debe ser mayor que el que las reglas de educación y cortesía imponen respecto a los demás. Ciertamente, y aunque esto sería lo deseable en las relaciones familiares, tampoco hay que llamarse a engaño, pues es precisamente en su seno donde muchas veces, por desgracia, el respeto puede faltar entre sus miembros.

Precisamente al hilo de lo apuntado, cabe plantear qué consecuencias prevé el ordenamiento jurídico para los casos en los que haya un incumplimiento por parte de los hijos de los deberes que les corresponden, especialmente, cuando son menores sujetos a la potestad de sus progenitores, pues no hay que olvidar que corresponde a éstos, en el ejercicio de su potestad, educarlos y proporcionarles una formación integral y precisamente, para poder cumplir ese derecho-deber, los padres han de contar con mecanismos que amparen su actuación y que la enmarquen dentro de los límites en que los padres

² Sobre el tema, QUESADA SÁNCHEZ, A.: “Los hijos a la luz del art. 155 CC: no todo son derechos” (<http://noticias.juridicas.com/articulos>)

pueden ejercer su potestad.

Lógicamente, la actuación de los progenitores no debe limitarse a imponer a sus hijos obediencia y respeto sin más, sino a todos los deberes que implica el ejercicio de la potestad, entre los que se incluye en primer término, educarlos y proporcionarles una formación integral, además de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, representarlos y administrar sus bienes (dentro de los márgenes de actuación que se reconozcan al propio menor en función de su madurez). La cuestión planteada es determinar qué mecanismos asisten a los padres en esa tarea educativa y formativa, que incluye que los hijos obedezcan las instrucciones de sus padres y los respeten.

El problema que se plantea de inmediato es la coercibilidad de estos deberes de los hijos y su posible exigencia, cuando son menores, mediante el ejercicio del derecho de corrección, especialmente, por la regulación dispar que actualmente existe en el Derecho español, donde el derecho de corrección se ha eliminado formalmente del art. 154 CC, pero se ha mantenido en otras legislaciones forales, como veremos. Sin embargo, sí que se contempla en todos los Códigos civiles, salvo en la legislación navarra, la posibilidad de que los padres recaben el auxilio de la autoridad, en casos extremos.

III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES.

La potestad de corrección de los padres respecto a sus hijos menores de edad sujetos a patria potestad (el *ius corrigendi* o derecho de corrección)³ ha sido

³ Sobre el tema en el Derecho español: ALGARRA PRATS, E.: “La corrección de los hijos en el Derecho español”, *AC*, núm. 5-2010, pp. 45 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V.: “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, *PJ*, núm. 33, 1994, pp. 45 y ss.; CUENCA GARCÍA, M. J.: “La violencia habitual en el ámbito familiar”, *RJC*, 1998, núm. 4, pp. 9 y ss.; ROMERO RODRÍGUEZ, M.: “El delito de malos tratos habituales y el derecho de corrección: ¿una causa de justificación?”, *Anuario de Justicia de Menores*, 2004, pp. 233 y ss.; ID.: “Derecho de corrección sobre los hijos. Artículo 154.2 del Código civil”, *La Toga: Revista Online del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla* (<http://latoga.es/detallearticulo.asp?id=110606135127&nro=154&Mayo/Junio> 2005); FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E.: “El derecho de corrección”, en AA.VV.: *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coords. BOLDOVA y RUEDA), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 205 y ss.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.: “El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica”, en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (dir. por LASARTE ÁLVAREZ), Uned-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 641 y ss.; AGUILERA RODERO, J.: “Análisis del contenido personal de la patria potestad en el progenitor”, *AC*, núm. 12, 2008, pp. 1229 y ss.; DE TORRES PEREA, J. M.: “Reforma de los arts. 154 y 260 CC: El derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia”, *Diario La Ley*, núm. 6881, 12-02-08, referencia D-41, *La Ley*, 869/2008; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “Notas urgentes sobre la abolición del *ius corrigendi*”, en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, Navarra, 2008, pp. 803 y ss.; UREÑA

objeto de importantes cambios en los últimos años, que se han traducido en la interpretación y delimitación de su contenido, así como en su regulación en el ámbito civil. En nuestro país, el derecho de corrección se ha eliminado formalmente en el Código civil español, pero se ha mantenido en algunos Derechos forales. Esta circunstancia plantea la cuestión de clarificar si en nuestro Derecho la posibilidad de los padres de corregir a sus hijos menores en el ejercicio de la patria potestad va a depender de la norma civil aplicable, existiendo en unos casos y en otros no; o si, por el contrario, pese a la desaparición formal del derecho de corrección en el Código civil, los padres siguen ostentando ese derecho, que deben ejercer, eso sí, dentro de los límites marcados por la legislación civil y penal.

El problema que subyace en el debate de si hay que mantener o no el *ius corrigendi* expresamente recogido en la legislación civil es que este derecho se ha entendido en algunos casos sólo como correctivo físico o como castigo corporal a los menores, de ahí las críticas al mismo y su eliminación formal en algún caso. Sin embargo, esa interpretación es reduccionista de su contenido, pues el derecho de corrección es mucho más amplio, rico y variado, y no puede entenderse sólo como la posibilidad de aplicar a los hijos correctivos físicos. El derecho de corrección de los padres ha estado ligado siempre a la educación de los hijos menores sujetos a patria potestad; que haya cambiado el modo de entender su ejercicio y su contenido no significa que deba desaparecer, pues los progenitores siguen teniendo el derecho-deber de educar a sus hijos y de proporcionarles una formación integral, y en esa tarea, es inevitable y necesaria la corrección. Cuestión distinta es cuál deba ser su contenido y límites.

1. La eliminación formal del derecho de corrección en el Código Civil español y su mantenimiento en algunos Derechos Forales.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, modificó el art. 154 CC, en un doble sentido: por un lado, introdujo la obligación de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad, y por otro lado, eliminó el último inciso del precepto, que

MARTÍNEZ, M.: *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008; DEL CASTILLO CODES, E.: “Aspectos penales de la corrección de menores”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 72, septiembre, 2009; HURTADO YELO, J.: “Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia”, *AJA*, núm. 788, 17 de diciembre de 2009; SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, L.: “Derecho de corrección de los padres y derecho penal”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 28, septiembre, 2009, pp. 73 y ss.; ROXIN, C.: “La calificación jurídico-penal de la corrección paterna”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 233 y ss.; DARRIBA FRAGA, G.: “El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 130 y ss.

disponía que los padres, en el ejercicio de su potestad, “podrán también corregir moderada y razonablemente a los hijos”. La redacción anterior a la modificación de 2007 vino dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que eliminó la facultad de castigar, dejando sólo la facultad de corregir, e introdujo un límite adicional a esa facultad de corrección que debía ser no sólo moderada, sino también razonable.

La Exposición de Motivos de la Ley 54/2007 señala que con la reforma de estos artículos⁴, además de mejorarse la redacción de los mismos, se da respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que había mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, lo que supuso la adhesión a un acuerdo universal de respeto y garantía de los derechos de la infancia y el compromiso de desarrollar y perfeccionar los mecanismos de garantía de los derechos de los niños, sumándose así a una tendencia generalizada de proteger y respetar los derechos de los menores, incluyendo la eliminación de cualquier posibilidad de castigo físico.

Nuestro legislador optó por introducir el respeto a la integridad física y psicológica de los hijos, como uno de los criterios que debe presidir el ejercicio de la patria potestad, y por eliminar, sin más, toda referencia a la potestad de corrección de los progenitores en el art. 154 CC español.

Recientemente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, ha vuelto a modificar la redacción del art. 154 CC, introduciendo algunas precisiones en la misma⁵, pero manteniendo la eliminación del derecho de corrección, que desde el año 2007 ha desaparecido formalmente del Código civil español.

Sin embargo, en otras normas civiles del territorio español se mantiene y

⁴ La Ley 54/2007 modificó también el art. 268 CC, eliminando la facultad de corrección de los tutores.

⁵ La Ley 26/2015 da una nueva redacción al art. 154 CC, haciendo referencia a los progenitores, en lugar de a los padres (aunque esta modificación ya se había introducido con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio); identificando la patria potestad como responsabilidad parental; indicando que la patria potestad se ejercerá con respeto a los derechos, integridad física y mental de los hijos (antes no se hacía mención a los derechos y se hablaba de integridad psicológica); y haciendo referencia a la función de los progenitores para recabar el auxilio de la autoridad (antes se decía en el ejercicio de su potestad y ahora se dice en el ejercicio de su función).

reconoce el derecho de corrección de los padres.

En la legislación navarra, la ley 63 (modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra) establece entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad sobre los hijos menores “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación”. Cabe destacar que en la redacción del precepto, la facultad de corrección no es un añadido final, sino que se inserta y forma parte de los deberes y facultades de la patria potestad al mismo nivel que velar, tener en compañía, alimentar, educar y procurar la debida formación a los hijos. La facultad de corrección debe mantenerse dentro de los límites de lo razonable y moderado.

En Cataluña, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, recoge el derecho de corrección en su art. 236-17.4, que dispone que “Los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad”. Esta potestad de corrección de los padres ya se recogía en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña (art. 143.3), cuyo texto se correspondía íntegramente con el de la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre (art. 13.3). Se reconoce la potestad de corrección, pero enmarcada dentro de unos límites, que en la legislación catalana debe ser no sólo razonable y moderada, sino también proporcionada; y debe respetar plenamente la dignidad del menor.

En Aragón, el Código del Derecho foral de Aragón (aprobado por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), dispone en su art. 65.1 d) que “El padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerle nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos”. El contenido del precepto se corresponde literalmente con lo que disponía el art. 62.1 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón. El Derecho aragonés da un paso más en la delimitación del derecho de corrección, prohibiendo expresamente a los progenitores la imposición de sanciones humillantes o que atenten contra los derechos de los hijos menores.

2. Derecho de corrección de los progenitores y delimitación de su contenido.

La reforma del art. 154 CC y la eliminación del derecho de corrección ha despertado diversas opiniones en la doctrina, que probablemente obedecen a

concepciones distintas y en principio irreconciliables entre sí del derecho de corrección. Quienes ponen el acento en el contenido amplio del derecho en cuanto a la formación y educación de los hijos, pero sin comprender siempre ni necesariamente el correctivo físico ni el castigo físico o sólo el muy leve o insignificante, no justifican ni entienden la supresión del derecho de corrección del art. 154 CC. Por contra, quienes consideran que el derecho de corrección comprende sólo el correctivo físico, es normal que entiendan y justifiquen su supresión en aras de eliminar por completo lo que podría considerarse violencia o maltrato hacia los menores, pero se encuentren con el problema de dar solución a las conductas llamadas “insignificantes”, aunque impliquen un correctivo físico.

Opinamos que en España los progenitores ostentan un derecho de corrección respecto a sus hijos menores. Ello no supone anclarse en posiciones anticuadas respecto a la concepción y ejercicio de la patria potestad, pues evidentemente, no puede defenderse bajo ningún concepto el empleo de la violencia o el maltrato hacia ninguna persona, mayor o menor, pero es que esto ya venía siendo así desde antes de la reforma de 2007, pues desde hace años, la interpretación y aplicación que se ha hecho del derecho de corrección no ha amparado el castigo físico desproporcionado, ni siquiera, en muchas ocasiones, tratándose de un correctivo físico aislado. Por otra parte, no puede caerse en la visión reduccionista de entender que la corrección no es más que el castigo físico, pues su contenido no es sólo ni necesariamente ese, y sus posibilidades de ejercicio son mucho más amplias y abiertas, y así debe ser, para que la labor educativa y formativa de los padres sea verdaderamente beneficiosa y enriquecedora para los hijos. Llamamos la atención sobre el hecho de que normas civiles recientes y posteriores a la reforma del Código de 2007, siguen manteniendo el derecho de corrección de los padres, encuadrado en los límites de la proporcionalidad, moderación, razonabilidad y respeto a la dignidad del menor. Y no tendría sentido entender que en España, dependiendo de la legislación civil que se aplique, tendrán o no los padres ese derecho de corrección⁶ reconocido como parte integrante de su deber de educar a los hijos, deber que, por cierto, sí se recoge en todas las legislaciones del territorio español.

La doctrina española coincide en afirmar que la patria potestad se concibe

⁶ Puede verse en esta línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de julio de 2009 (JUR 2009, 417555), que no condena por propinar dos cachetes y coger fuerte del brazo, aplicando la legislación catalana; argumenta que en el art. 154 CC ha desaparecido la mención del derecho de corrección, pero hay que tener en cuenta que en Cataluña rige el Código de Familia y aplicando el art. 143.3, la mencionada conducta es atípica penalmente, no humilla ni veja a la menor y por su insignificancia puede considerarse dentro del derecho de corrección que asiste a los padres en la educación de sus hijos.

actualmente como una potestad o función para actuar en beneficio y defensa de los sujetos a dicha potestad y que los Derechos modernos conciben la patria potestad como una función que debe desarrollarse en interés del menor. Tras la reforma de 2007, cabría pensar que la potestad de los padres de corregir moderada y razonablemente a sus hijos ha desaparecido por completo del Código civil, ya que ha sido expresamente eliminada, lo cual puede entenderse en el sentido de que el legislador ha tenido una clara voluntad de eliminar esa potestad de los padres. Esta interpretación sería posible si tenemos en cuenta que sí se ha mantenido la posibilidad de recabar el auxilio de la autoridad, que antes también estaba. Sin embargo, esta interpretación dejaría a los padres sin la posibilidad de corregir nada ni de ninguna manera, lo cual sería impensable desde el punto de vista del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la patria potestad, pues entre ellas, está la de educar y proporcionar a los hijos una formación integral, lo que no puede lograrse sin corregir: los padres deben tener instrumentos y apoyos jurídicos para cumplir sus deberes y ejercitar sus derechos. Pensamos que sigue existiendo el derecho de corrección de los padres. En algunos casos, porque la legislación lo reconoce expresamente; en el caso del art. 154 CC el que se haya eliminado y ya no se mencione expresamente no quiere decir que no exista, porque no es un derecho de los padres cuya existencia dependa del reconocimiento legal, sino que forma parte de los derechos incluidos en la patria potestad, como mecanismo para poder cumplir los deberes que ésta impone. En definitiva, si los padres han de educar y proporcionar a los hijos una formación integral, han de poder corregir.

Cuestión distinta es que la corrección deba ejercerse dentro de los límites que marca la legislación civil (y en su caso, penal) y que la interpretación de lo que es proporcionado, moderado y razonable, o de cómo deben ejercerse los deberes y facultades que implica la patria potestad, no permita a los padres el castigo físico o un trato que menoscabe la integridad y dignidad del menor.

Hemos de partir de la base de que el art. 154 CC en su actual redacción, señala que la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Por otro lado, hay que tener presente la nueva redacción dada en 2015 al art. 2 LOPJM, que realiza un esfuerzo por concretar ese concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor y dicta normas que indudablemente van a tener una influencia directa en la aplicación de los preceptos relativos a la patria potestad.

Los límites concretos y propios del derecho de corrección se centran en la proporcionalidad, la moderación y la razonabilidad. La doctrina civil no se

había ocupado mucho de concretar estos límites ni de profundizar en el significado y aplicación práctica de los mismos, dejando esta tarea más a las aportaciones de la doctrina penal y, sobre todo, de la jurisprudencia, pues en circunstancias normales, la aplicación de la norma civil no planteaba mayores problemas⁷. En cualquier caso, que la corrección sea proporcionada, moderada y razonable debe interpretarse atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, y atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC), por lo que debe estar presente en todo momento la protección del menor y de su interés superior y la idea de que la corrección sólo puede amparar aquellas medidas que tengan finalidad educativa. Precisamente, la idea de una corrección razonable va ligada a su finalidad educativa, esto es, ligada a lo que se corrige, sin que pueda amparar imposiciones que no son propiamente educativas; por otra parte, la idea de una corrección moderada va ligada a su modo de ejercicio, esto es, a cómo se corrige, pues no puede amparar conductas correctoras que pongan en peligro la integridad física y mental del menor.

Los titulares del derecho de corrección son única y exclusivamente los padres que ejercen la patria potestad. En el ámbito penal, también se entiende que el derecho de corrección sólo lo tienen los padres y que no existe un derecho de corrección sobre los hijos ajenos⁸. Sujetos pasivos del derecho de corrección son los hijos menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad; no existe un derecho de corrección sobre los hijos mayores de edad⁹, aunque continúen viviendo en el domicilio familiar y sigan teniendo un deber de respeto hacia sus progenitores.

IV. CONCLUSIONES: RAZONES PARA ENTENDER QUE SUBSISTE EL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES.

Cabe concluir que en la actualidad sigue existiendo en España un derecho de corrección de los progenitores respecto a sus hijos menores sujetos a patria potestad, bien reconocido expresamente, bien derivado de su inescindible relación con el derecho-deber de educar, en el caso del Código civil español, donde la reforma de 2007 se limitó a eliminarlo formalmente. El objetivo de la reforma fue, con mayor o menor fortuna, evitar que pudiera entenderse

⁷ Ampliamente sobre esta cuestión, ALGARRA PRATS, E.: “La corrección de los hijos en el Derecho español”, cit., pp. 70 y ss. y 86 y ss.

⁸ Puede verse en esta línea la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2015 (ROJ 4577, 2015), que condena al acusado por propinar una bofetada a la hija de su esposa, integrada en su núcleo de convivencia familiar. Entiende el alto Tribunal que “no se encontraba en el ejercicio de la patria potestad, dado que ésta le correspondía a su esposa, por lo que no puede ampararse en el derecho de corrección”.

⁹ SAP Madrid 23 enero 2006 (JUR 2006, 90041).

que en nuestro Derecho hubiera algún resquicio jurídico que permitiera justificar el castigo físico a los menores, pues se entendía que así podía derivarse de la potestad de corrección reconocida a los padres. Pero nuestro legislador no optó por prohibir expresamente el castigo físico o reconocer que los menores tienen derecho a una educación sin violencia, sino que se limitó a eliminar el derecho de corrección, sin más.

Hay diversos argumentos para entender que sigue existiendo el derecho de corrección.

En primer lugar, nuestro Derecho ha reconocido tradicionalmente esta facultad de corrección a los padres, facultad que se mantiene en otros Derechos civiles especiales o forales también recientemente reformados, por lo que no es un vestigio histórico y anticuado que se pueda eliminar sin más con su simple supresión formal.

En segundo lugar, nuestra doctrina, tradicionalmente y casi de manera unánime, ha entendido que la corrección es un derecho-deber ligado al derecho-deber de educación. Y ese derecho-deber de educación se sigue manteniendo en la actual regulación de la patria potestad, también en el art. 154 CC, junto con el de procurarles una formación integral; con lo cual, si la corrección está ligada a la educación y a la formación integral de los hijos, sigue existiendo aquella potestad, necesaria para cumplir estos derechos-deberes. Si atendemos al contenido de los mismos conjuntamente, bien pronto se advierte que los derechos-deberes de educar y proporcionar una formación integral necesariamente implican corregir a los hijos, entendiendo por tal advertir, amonestar y reprender con el ánimo de enmendar lo errado. No puede entenderse el correctivo físico como la única forma posible de educar y como el único contenido posible del derecho de corrección que, insistimos, tiene un contenido mucho más amplio, ligado a enseñar no sólo conocimientos científicos, sino también transmitir valores y principios morales.

En tercer lugar, cabe argumentar que la reforma del art. 154 CC no ha eliminado la potestad de los padres de recabar el auxilio de la autoridad, que antes también se recogía. Comentando la anterior redacción del precepto, se señalaba en la doctrina que esta posibilidad de los padres de recabar el auxilio de la autoridad debía considerarse subsidiaria y excepcional, aunque en el precepto se hable primero de esta posibilidad y después de la potestad de corrección; es decir, que corresponde a los padres la actuación primera e inmediata en la educación y en ejercicio de esta labor, en la corrección del hijo cuando así sea necesario. Tendría poco sentido entender que ahora, como se ha eliminado formalmente el derecho de corrección, los padres no pueden ejercer el mismo en su labor de educar y formar, pero sí pueden

reclamar el auxilio de la autoridad ante cualquier problema con la educación de sus hijos. Cabe seguir entendiendo en la actualidad que el reclamo del auxilio de la autoridad es una medida excepcional y subsidiaria que ha de ser utilizada ante situaciones de cierta gravedad, pero que no puede sustituir a la potestad de corrección de los padres.

En cuarto lugar, conviene recordar que no se ha modificado el art. 155 CC, que impone a los hijos el deber de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre, y puede entenderse, razonablemente, que la falta del deber de obediencia por parte de los hijos puede implicar la corrección por parte de los padres y la posibilidad de exigir su cumplimiento. Además, que los menores tienen unos deberes que han de cumplir, también en el ámbito familiar, es una realidad que el legislador ha reflejado recientemente con la modificación de la LOPJM, incorporando un precepto en el que se regulan los deberes de los menores.

Finalmente, no debe descartarse el argumento del esfuerzo que hace un sector de la doctrina y la jurisprudencia para, tras las reformas de los Códigos civil y penal, justificar la no aplicación de sanciones civiles y, sobre todo, penales, a supuestos de correctivos físicos de escasa entidad¹⁰. Ciertamente, se centran sólo en este aspecto del derecho de corrección, que como se ha señalado reiteradamente no es el único, pero es indicativo de que, si de alguna manera se quiere justificar que este tipo de conductas de los padres no tengan las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de las mismas, sobre todo, en el ámbito penal, es porque, en el fondo, hay que aceptar que el

¹⁰ Así, en el ámbito penal, doctrina y jurisprudencia entienden que por aplicación de los principios de insignificancia e intervención mínima del Derecho penal, no serían condenables conductas que hayan podido implicar un correctivo físico de muy escasa entidad al menor; no porque esté amparado el castigo físico a menores, que obviamente está penado en nuestro Derecho, sino porque se trata de conductas que no deben tener trascendencia penal ni implicar la imposición de sanciones en atención a los mencionados principios. Los tribunales son muy estrictos, exigiendo que se trate de un correctivo físico de muy leve intensidad, sin utilizar ningún instrumento y sin causar lesiones. Puede verse SAP Barcelona 10 marzo 2008 (JUR 2008, 142920). En otro caso, si no se dan las circunstancias apuntadas, la tendencia es a condenar penalmente; como señala la STS (Sala Segunda) de 8 de noviembre de 2015 (ROJ 4577, 2015), que condena al acusado por propinar una bofetada a la hija de su esposa, integrada en su núcleo de convivencia familiar, “la función actual del Derecho Penal no se reduce al efecto intimidatorio, sino que influye positivamente en el arraigo social de la norma. La prevención general positiva atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, asegurando las reglas que posibilitan la convivencia social, como instrumento idóneo para defender los valores comunitarios básicos y reforzar el respeto al Ordenamiento jurídico, reafirmando la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas. Desde esta perspectiva la violencia intrafamiliar contra los menores no constituye, salvo supuestos de insignificancia que no resultan aplicables al caso enjuiciado, un comportamiento que pueda ser ignorado por la norma penal, manteniendo en todo caso el respeto al principio de proporcionalidad”.

derecho de corrección sigue existiendo y lo que se ha querido con las reformas, civil y penal, ha sido, con mayor o menor fortuna, eliminar cualquier resquicio que permitiera amparar legalmente un posible castigo físico al menor, aunque con ello se haya tenido que eliminar cualquier otra modalidad de corrección y suprimir del art. 154 CC la mención de ese derecho de corrección.

ÍNDICE

TRUST: LE PRETESE DEI CREDITORI DEL DISPONENTE

TRUST: CLAIMS OF THE SETTLOR'S CREDITORS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 75 – 107.

Fecha entrega: 16/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

DRA. DANIELA DI SABATO
Professore Ordinario di Diritto Privato e Diritto dei Contratti
Seconda Università degli Studi di Napoli

RESUMEN: L'articolo pone l'attenzione sulla libertà del debitore di disporre dei propri beni e, quindi, anche di destinarli stabilmente ad uno scopo determinato mediante la costituzione di un *trust*. Dopo aver affrontato il tema della segregazione patrimoniale derivante dalla costituzione del *trust*, viene esaminata la questione della lesione degli interessi dei creditori del disponente ed individuati i possibili strumenti a disposizione dei medesimi per far valere le loro ragioni.

PALABRAS CLAVE: debito; credito; *trust*; responsabilità patrimoniale; segregazione; azioni esecutive.

ABSTRACT: The article focuses on the freedom of the debtor to dispose of assets and, therefore, also to allocate them permanently to a specific purpose by setting up a trust. Then, it deals with the assets segregation resulting from the establishment of the trust and focuses on the damages suffered by settlor's creditors and on their possible claims.

KEY WORDS: debit; credit; trust; responsibility; segregation; creditor's lawsuits.

SUMARIO: I. TRUST DESTINAZIONE STATICA E DESTINAZIONE DINAMICA.- II. RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE E SEGREGAZIONE.- III. LA SEGREGAZIONE DEL PATRIMONIO DEL TRUST.- IV. LA TUTELA DEI CREDITORI DEL DISPONENTE E LA REVOCATORIA SEMPLIFICATA ALLA LUCE DELL'ART. 2929 BIS C.C.- V. AZIONI A TUTELA DEI CREDITORI DEL DISPONENTE.

I. TRUST DESTINAZIONE STATICA E DESTINAZIONE DINAMICA.

I provvedimenti giurisprudenziali nei quali i giudici valutano la legittimità di questo o quel *trust* implicano la considerazione della fattibilità, in astratto, dell'operazione nel nostro ordinamento¹. Questi precedenti, probabilmente in modo molto più efficace delle numerosissime pagine d'inchiostro che illustre dottrina ha dedicato a questo argomento, consentono di affermare che il nostro ordinamento ha infine metabolizzato l'istituto e che la temuta reazione di rigetto che poteva ingenerarsi in considerazione della presunta estraneità dello stesso alle tradizioni radicate nella nostra cultura e nella nostra legislazione non vi è stata. Si è giunti ad uno stadio di evoluzione tale per cui si possono probabilmente affrontare tematiche specifiche relative al *trust* prescindendo dalla questione preliminare circa l'ammissibilità in astratto di una simile operazione economica nel nostro ordinamento. Se fino a qualche tempo fa si dibatteva sulla riconoscibilità del *trust* e gli argomenti addotti a favore o contro erano di tale portata da involgere qualsiasi *trust*; oggi finalmente si discute circa la possibilità di considerare la legittimità dello specifico programma negoziale in considerazione della meritevolezza e non solo dell'operazione voluta dalle parti.

¹ Senza alcuna pretesa di completezza si segnalano le decisioni di merito che hanno affermato l'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento ed il superamento delle ricorrenti argomentazioni contrarie basate sulla tassatività delle deroghe alla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. e sulla presunta violazione del principio di tipicità dei diritti reali. Trib. Bologna 1 ottobre 2003; Trib. Bologna 3 dicembre 2003; Trib. Parma 21 ottobre 2003; Trib. Napoli 1 ottobre 2003; Trib. Roma 4 marzo 2003; Trib. Verona 8 gennaio 2003; Trib. Milano 8 ottobre 2002; Trib. Milano 20 ottobre 2002; Trib. Firenze 23 ottobre 2002; Trib. Perugia 16 aprile 2002; Trib. Pisa 22 dicembre 2001; App. Firenze 9 agosto 2001; Trib. Perugia 26 giugno 2001; Trib. Bologna 18 aprile 2000. Tutte consultabili in www.il-trust-in-italia.it. Più recentemente si vedano, tra le tante, Trib. Genova 18 febbraio 2015; Trib. Forlì 5 febbraio 2015, in *Foro It.*, 2015, I, 2535; Trib. Reggio Emilia 14 marzo 2011; Trib. Reggio Emilia 27 agosto 2011; Trib. Urbino 11 novembre 2011; Trib. Milano 17 luglio 2009; Trib. Trieste 19 settembre 2007, *ivi*; . Per ulteriori riferimenti vedi *La giurisprudenza italiana sui trust, Quaderni della rivista Trust e attività fiduciarie*, Milano, 2011. In definitiva si può dire, parafrasando le parole di uno dei più illustri studiosi del *trust* in Italia, che la giurisprudenza non si è sottratta alla sfida e la ha brillantemente affrontata. Vedi. LUPOI, M.: "La sfida dei trust in Italia", *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 51 ss.

Gli argomenti che sorreggono la tesi della legittimità sono efficacemente riassunti dalla giurisprudenza in materia. La Cassazione² in una recente sentenza relativa a un *trust* liquidatorio si basa sulla considerazione, ovvia ma che non è stata sempre considerata scontata, che la legge di ratifica della Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985³ ha riconosciuto il *trust* nel nostro ordinamento. In conformità a quanto disposto dall'art. 2 della Convenzione, dunque, è possibile “costituire una separazione patrimoniale in vista del soddisfacimento di un interesse del beneficiario o del perseguimento di un fine dato”. I beni destinati al perseguimento di un fine definito vengono, in caso di *trust* dinamico, separati dal restante patrimonio del disponente ed intestati ad un soggetto diverso; i beni, peraltro, costituiscono una massa separata anche rispetto al patrimonio dell'intestatario detto *trustee*.

La Convenzione prevede uno “schema generale (se si vuole, la causa astratta) di segregazione patrimoniale”, si afferma anche che “quale strumento negoziale “astratto”, il *trust* può essere piegato invero al raggiungimento dei più vari scopi pratici; occorre perciò esaminarne, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione” (Cass. 10105/2014)⁴.

Le obiezioni sollevate contro l'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento, basate essenzialmente sulla inderogabilità delle disposizioni in materia di responsabilità patrimoniale e sulla tassatività delle deroghe alla universalità della stessa ai sensi dell'art. 2740 c.c., vengono superate dalla giurisprudenza sulla base di argomentazioni altrettanto solide. Da un lato, si afferma che numerose e diverse sono le circostanze nelle quali il nostro legislatore ha introdotto deroghe al principio della universalità della responsabilità patrimoniale ed ha legittimato altrettante ipotesi di separazione patrimoniale, dall'altro, si sottolinea che la legge di ratifica della Convenzione in materia di *trust* costituisce giustappunto una fonte legale in grado di legittimare la deroga.

E' possibile quindi la costituzione di c.d. *trust* interno, cioè istituito in Italia, coinvolgente soggetti quali il disponente ed il beneficiario entrambi residenti in Italia ed avente ad oggetto beni che si trovano sul territorio italiano. La legge applicabile sarà quella indicata nell'atto di costituzione, che, in mancanza di un'apposita normativa nel nostro ordinamento, non potrà che essere quella di un ordinamento straniero. La legge regolatrice, pertanto, costituisce l'unico elemento di estraneità, mentre gli altri elementi, soggettivo

² Cass., 9 maggio 2014 n. 10105, *Dir. Fall.*, II, 2014, pp. 606 ss.

³ Ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364.

⁴ Cass., 9 maggio 2014 n. 10105, cit.

ed oggettivo, sono connessi al nostro territorio⁵.

I soggetti coinvolti nell'operazione di *trust* sono generalmente il disponente, il beneficiario ed il gestore o *trustee*. E' essenziale l'esistenza di un patrimonio formato dai beni oggetto di destinazione e sui quali è impresso il vincolo. La struttura dell'operazione è tale da far emergere con evidenza la differenza tra il *trust* e l'atto di destinazione⁶. Quest'ultimo, infatti, rappresenta un momento fondamentale del *trust*, il quale peraltro non si esaurisce in esso, ma ha la funzione di costituire un'organizzazione diretta alla gestione dei beni finalizzata allo scopo⁷.

Se l'imposizione del vincolo di destinazione sui beni in dotazione è elemento essenziale del *trust*, non lo è la fuoriuscita degli stessi dal patrimonio del disponente: si può, infatti, verificare che il disponente, ponendo in essere un c.d. *trust* auto dichiarato, si limiti a destinare i propri beni ad un determinato scopo, estraneo alla propria sfera giuridica, senza trasferirli ad un terzo fiduciario, ma mantenendoli nel proprio patrimonio. In quest'ultimo caso si verifica quella che è stata definita una "destinazione statica" in contrapposizione con la "destinazione dinamica", che implica, invece, la circolazione dei beni assoggettati al vincolo, i quali vengono infatti acquistati dal terzo fiduciario⁸. La differenza ovviamente incide sulla struttura dell'atto di destinazione che nel primo caso è un atto unilaterale, mentre, nel secondo caso, l'effetto traslativo è necessariamente prodotto dall'accordo tra il disponente ed il terzo fiduciario che acquista la proprietà del bene con l'obbligo di rispettare il vincolo di destinazione.

In ogni caso, è un dato che l'effetto della destinazione di beni ad uno scopo cui vengono vincolati non necessariamente si accompagna ad un trasferimento. Il disponente, ove l'ordinamento glielo consenta, può accantonare parte del proprio patrimonio in vista di una determinata

⁵ Sul punto vedi tuttavia GATT, L.: "Il Trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni", *Nuova giur.civ.comm.*, 2013, pp. 622 ss.

⁶ Vi è anche chi sostiene che con l'art. 2745 *ter* è stato disciplinata "una forma di *trust di diritto italiano*". Così PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 205. Vedi sulle differenze intercorrenti tra atto di destinazione e *trust* da ultimo BONINI, R. S.: "Destinazione di beni ad uno scopo", Napoli, 2015, pp. 33 s.

⁷ Nel senso che l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. non si identifica con il *trust* ma "tra le due figure, al più, potrebbe ravvisarsi un rapporto di genere (atto di destinazione) a specie (*trust interno*)". QUADRI, R.: "L'art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contratto e Impr.*, 2006, p. 1717 ss., in part. p.1733; in senso conforme BIANCA, M.: "Il nuovo 2465 *ter*, Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice Tavolare di Trieste", *Giust.civ.*, 2006, II, p. 187. Cfr., inoltre, LUPOI, M.: "I trust al vaglio giurisdizionale in occasione della trascrizione di un trust auto dichiarato", *Notariato*, 2002, pp. 383 ss., secondo il quale "la Convenzione introduce una struttura segregativa: non, quindi, singole fattispecie".

⁸ La distinzione tra destinazione statica e destinazione dinamica richiama quella tra fiducia statica e fiducia dinamica, per la quale cfr. LIPARI, N.: "Negozio fiduciario", pp. 390 ss.; LIPARI, N.: "Fiducia statica e trust", *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, pp. 67 ss.

funzione: alla base di tale determinazione vi è l'intenzione di utilizzare i beni e trarne un beneficio diretto o indiretto che generalmente non è compatibile con la volontà di disfarsi dei beni stessi. Il trasferimento, quindi, si realizza solo ove le parti lo considerano conforme agli interessi da realizzare.

La disciplina dettata dall'art. 2645 *ter* c.c., che riconosce in determinate circostanze la trascrivibilità degli atti di destinazione aventi ad oggetto beni immobili, ha definitivamente aperto la strada alla possibilità di attribuire efficacia reale e non meramente obbligatoria al vincolo.

L'evoluzione compiuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza e -a questo punto si può dire- recepita in parte dallo stesso legislatore, induce a riflessioni profonde circa la possibilità di mantenere intatte le convinzioni radicate nella nostra cultura giuridica, non solo in tema di universalità della responsabilità patrimoniale, ma anche in materia di proprietà, di tipicità dei diritti reali, di fiducia⁹.

Tuttavia, questi temi, che richiederebbero ciascuno una trattazione dedicata, verranno solo lambiti ove necessario nello svolgimento del tema specifico cui sono dedicate queste brevi riflessioni. Ci si propone, infatti, di indagare il fenomeno del *trust* ponendosi dal punto di vista dei creditori del disponente che possono essere lesi nei loro diritti e nella possibilità di far valere gli stessi. A questi fini è opportuno sottolineare che legittimato alla destinazione dei beni è esclusivamente il proprietario degli stessi; dunque è la manifestazione di volontà negoziale di costui che può determinare la lesione degli interessi confliggenti dei creditori e di terzi. Il patrimonio costituito a seguito di *trust* auto dichiarato in capo al disponente ed il patrimonio costituito in capo all'acquirente fiduciario sono, infatti, aggregabili esclusivamente dai creditori i cui crediti afferiscono allo scopo cui esso è dedicato.

Certo è che un patrimonio è costituito da un insieme di beni suscettibili di valutazione economica presi in considerazione in modo unitario: è, quindi, indispensabile stabilire quale è l'elemento aggregante e quali beni lo compongono. Il più ricorrente elemento aggregante, anche quello più rassicurante, è dato dalla circostanza che il complesso variegato di beni e posizioni soggettive attive e passive sia riferibile ad un unico soggetto. In questo caso il criterio che l'ordinamento impiega per individuare i beni facenti parte del patrimonio di un soggetto è quello della titolarità: costituiscono il patrimonio di un soggetto l'insieme di posizioni soggettive attive e passive di cui questi sia titolare. L'attribuzione di un bene ad un determinato soggetto e, dunque, l'ingresso dello stesso nel suo patrimonio corrisponde generalmente all'uscita del medesimo bene dal patrimonio di un

⁹ Cfr. da ultimo D'AMICO, G.: "La proprietà «destinata»", *Riv. dir. Civ.*, 2014, pp. 525 ss.

altro soggetto. L'accrescimento del patrimonio di un soggetto corrisponde al depauperamento di un altro patrimonio giacché ha fonte in una vicenda traslativa.

La soggettività come elemento aggregante può svolgere una funzione appagante anche in riferimento a tutte le ipotesi in cui per effetto di un atto di autonomia privata o un atto di imperio si perviene alla costituzione di un patrimonio autonomo. L'atto di dotazione in favore di un ente, dotato o meno di personalità giuridica, determina una segregazione dei beni che ne sono oggetto rispetto al patrimonio del disponente e la creazione di un patrimonio riferibile ad un diverso soggetto. L'entificazione del patrimonio consente, a ben vedere, di ricondurre il fenomeno anche in questo caso in termini di trasferimento: i beni che sono destinati al perseguimento dello scopo dell'ente fuoriescono dal patrimonio del singolo ed entrano a far parte del patrimonio di un diverso soggetto¹⁰.

Tuttavia è un dato che la formazione di un patrimonio non sempre implica la nascita di un nuovo soggetto; l'elemento di aggregazione di un insieme di beni, infatti, può essere determinato dal vincolo di destinazione impresso agli stessi. In questo caso si verifica un depauperamento della massa di beni suscettibile di essere aggredita dai creditori che vantano pretese estranee allo scopo, senza che si compia alcuna vicenda traslativa e senza che muti la titolarità dei beni stessi.

Peraltro, la formazione di un patrimonio è sempre frutto di una precisa scelta dell'ordinamento anche quando deriva da un'operazione convenzionale.

Preso atto che ad un unico soggetto sono riferibili più patrimoni, deve anche riconoscersi che la lesione degli interessi dei creditori si può realizzare a prescindere dall'effetto traslativo tutte le volte che il debitore destina un bene di cui è titolare ad un determinato fine sottraendolo all'azione di quei creditori le cui pretese non sono sorte per il conseguimento dello stesso.

La distinzione tra patrimonio separato e patrimonio autonomo, per quanto non del tutto priva di interesse per altri aspetti, è poco rilevante sotto il

¹⁰ Sia consentito sul punto di limitarsi a rinviare alla dottrina più risalente; in particolare, tra i tanti, a FERRARA, F. sen.: "Patrimoni sotto amministrazione", *Riv.dir.comm.*, I, 1912, pp. 317 ss.; DONADIO, G.: "I patrimoni separati", Bari, 1940; PINO: "Il patrimonio separato", Padova, 1950; PUGLIATTI, S.: "Il rapporto giuridico unisoggettivo", *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, pp. 157 ss.; BASILE, M. FALZEA A.: voce "Persona giuridica", *Enc.dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p.234 ss., in part. p. 271ss. e più recentemente, senza alcuna pretesa di completezza, essendovi in materia dottrina copiosa, FERRI, G. Jr.: "Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento", *Riv.dir.comm.*, I, 1992, pp. 25 ss.; BIANCA, M.: *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; SALAMONE, L.: "Gestione e separazione patrimoniale", Padova, 2001; BIGLIAZZI GERI, L.: voce "Patrimonio autonomo", *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 280 ss.; DURANTE, V.: voce "Patrimonio", *Enc.giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 2.

profilo dell'effetto della segregazione, della responsabilità patrimoniale e, quindi, della lesione degli interessi dei creditori del disponente. In ogni caso, infatti, i beni oggetto di segregazione non sono distraibili dalla destinazione e, finché perdura il vincolo, sono sottratti alla garanzia patrimoniale generica dei creditori del disponente e aggredibili solo dai creditori che vantano un credito sorto in ragione dello scopo cui i beni stessi sono destinati¹¹. Se si pone l'attenzione al singolo atto dispositivo e si trascura di considerare l'operazione negoziale nel suo complesso, risulterà anche più evidente la distinzione tra una destinazione statica e una destinazione dinamica: diversa, come si è detto, è la struttura dell'atto di disposizione del quale i creditori potrebbero avere interesse a neutralizzare gli effetti. Nel primo caso l'atto lesivo degli interessi di cui i creditori ed i terzi sono portatori è un atto unilaterale, mentre nel caso di atto di destinazione accompagnato dal trasferimento dei beni è un contratto di cui è parte il fiduciante acquirente dei beni. Inoltre, la lesione degli interessi dei creditori deriva dalla traslazione dei beni dal patrimonio del debitore analogamente a quel che accade quando il debitore vende o dona i propri beni. In altri termini, l'effetto traslativo nella produzione del danno consistente nella diminuzione della garanzia patrimoniale ha una portata assorbente.

II. RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE E SEGREGAZIONE.

La diminuzione dell'aspettativa del creditore a veder soddisfatta la propria pretesa può essere conseguenza di un trasferimento di beni dalla sfera giuridica del debitore a quella di un terzo o della apposizione sui beni di un vincolo che li sottrae, in ogni caso, alla sua azione esecutiva. Il *trust* sia che si attui mediante il trasferimento di beni al fiduciario sia che si costituisca attraverso un atto unilaterale di apposizione del vincolo realizza una lesione dell'interesse del creditore del disponente. In caso di *trust* auto dichiarato, infatti, si produce l'effetto di modificare il regime della responsabilità patrimoniale del debitore che non sarà più governato dalle regole della illimitatezza e dell'universalità. Tale regime, che si pretende essere quello generalmente applicabile, ma che viene sovente smentito da innumerevoli eccezioni, implica che oggetto della garanzia generica offerta all'intera massa dei creditori siano i beni presenti e futuri del debitore. Ciascun creditore quindi dovrebbe poter aggredire *tutti* i beni che si trovano nel patrimonio del

¹¹ L'interesse dei creditori è ugualmente leso, peraltro, attraverso una infinita gamma di negozi ad es. conferimenti in società, vendita di beni, cessione dei crediti e ancora costituzione di una s.r.l. uni personale o una fondazione. Rispetto a questa eventualità per i creditori "fatte salve le limitate risorse del sistema revocatorio, non sussiste alcun controllo che eviti scambi rovinosi e depauperatori". In questo senso GAMBARO, A.: "Segregazione e unità del patrimonio", *Trust*, 2000, pp. 155 ss. In senso conforme, BULLO, L.: "Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6 del TUF: quale modello di segregazione patrimoniale?", *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 535 ss.

debitore a prescindere dal titolo in virtù del quale sono stati acquisiti.

E' fin troppo ovvio che la regola per cui anche i beni futuri potranno essere oggetto di esecuzione debba intendersi nel senso che costituiscono parte della garanzia patrimoniale anche i beni che il debitore acquista dopo il sorgere del vincolo obbligatorio, sui quali il creditore non aveva fatto inizialmente affidamento. In altri termini, i beni su cui di fatto può gravare l'esecuzione sono quelli esistenti al momento dell'avvio del procedimento esecutivo, compresi quelli entrati effettivamente nel patrimonio del debitore ed esclusi quelli che sono legittimamente usciti¹². La norma, dunque, da un lato, segna l'ampiezza della garanzia; dall'altro, implicitamente, esclude che l'assunzione di debiti possa determinare la paralisi del patrimonio, di cui il debitore continua a disporre liberamente. Per questo motivo la massa patrimoniale su cui effettivamente ricadrà l'esecuzione è in continuo divenire e non è definibile *a priori*.

Il debitore, quindi, è pienamente libero di disporre del proprio patrimonio e quindi anche, in conformità alla legge, di assegnare i beni ad una determinata destinazione.

Invero, la legittimazione a porre in essere un atto di destinazione di determinati beni ad uno scopo, affinché sia rilevante giuridicamente, presuppone un'espressa disposizione di legge che concede la separazione degli stessi dall'intero suo patrimonio. Al legislatore, infatti, è demandato il compito di stabilire le regole che governano la responsabilità patrimoniale non solo sotto il profilo processuale, con un'adeguata disciplina del procedimento di esecuzione individuale e concorsuale, bensì anche sotto il profilo sostanziale; l'autonomia privata è in tal caso limitata perché il debitore non può costituire situazioni di preferenza a favore di uno o più creditori se non nei casi previsti dalla legge¹³.

Peraltro, allo stato sono numerose le disposizioni di legge che espressamente prevedono la possibilità di costituire un patrimonio separato e che consentono al debitore di sottrarre una certa quantità di beni alla garanzia generica dei creditori per destinarli al soddisfacimento di quei crediti che

¹² Sul punto cfr. NICOLÒ, R.: "Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause legittime di prelazione", *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1945, p. 10; ROPPO, E.: "La responsabilità patrimoniale del debitore", *Trattato di diritto privato* Rescigno, 19, I, 2 ed., Torino, 1997, pp. 506 s., il quale, pur non negando che il creditore rimasto insoddisfatto possa sempre intraprendere una nuova azione esecutiva aggredendo altri beni, sottolinea che i beni futuri cui si riferisce l'art. 2740 c.c. non sono quelli entrati nel patrimonio del debitore dopo l'esecuzione, perché la norma non si riferisce all'azione esecutiva, ma alla responsabilità patrimoniale. In senso contrario RUBINO, D.: "La responsabilità patrimoniale", *Trattato di diritto civile* Vassalli, XIV, 1, Torino, 1949, p. 11.

¹³ Così, TUCCI, G.: voce *Garanzia*, III *Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 3.

sono sorti per il perseguimento dello scopo cui i beni medesimi sono destinati.¹⁴

L'esistenza di un patrimonio separato incide sulla consistenza oggettiva della garanzia patrimoniale generica offerta dal debitore: il patrimonio aggredibile da parte del creditore che vanta un credito estraneo allo scopo si riduce perché questi non può soddisfare le proprie ragioni aggredendo i beni oggetto di vincolo.

I numerosi interventi legislativi che di fatto hanno concesso al debitore la possibilità di segregare parte del proprio patrimonio e destinarlo al soddisfacimento dell'interesse di alcuni soltanto dei propri creditori, hanno sicuramente messo a dura prova l'articolo 2740 comma 1 c.c.; la regola della responsabilità patrimoniale universale viene tanto spesso smentita da determinare uno spostamento del baricentro verso un regime di specializzazione della responsabilità patrimoniale¹⁵. Tuttavia, non si deve per questo sottovalutare la portata dispositiva della norma nella parte in cui detta una regola essenziale per il funzionamento della responsabilità patrimoniale in virtù della quale i creditori possono far valere la loro pretesa attraverso due fasi logicamente e cronologicamente successive: l'individuazione del patrimonio suscettibile di esecuzione e l'attribuzione al singolo creditore del diritto di partecipare a diverso titolo e con diversa forza alla liquidazione dello stesso.

Il tema della segregazione patrimoniale attiene appunto alla prima fase nella quale si individua la massa di beni che il creditore può aggredire.

La destinazione dei beni ad un determinato scopo costituisce una modalità di godimento dei beni da parte del proprietario ed è generalmente del tutto indifferente per l'ordinamento giuridico¹⁶. L'utilizzazione dei beni da parte di

¹⁴ Sul punto SPADA, P.: "Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 847 ss., il quale sottolinea che con la destinazione ad uno scopo determinato il bene passa da un regime di appartenenza libera ad un'appartenenza funzionale. Cfr. inoltre, tra gli altri, LA PORTA, U.: "Cause traslative autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust", *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano, Quaderni del Notariato*, Milano, 2002, pp. 35 ss. Si rinvia, inoltre, al nostro *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, Napoli, 2003, pp. 107 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. DI SABATO, F.: Sui patrimoni destinati, *Riv. dir. impr.*, 2004, pp. 39 ss.; BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *Atti di destinazione e trust*, a cura di Vettori, G., Padova, 2008, p. 28; MORACE PINELLI, A.: "Atti di destinazione trust e responsabilità del debitore", Milano, 2007, p. 75; BONINI, R. S.: "Destinazione di beni ad uno scopo", cit., p. 11.

¹⁶ Nel senso che l'imposizione del vincolo attiene al potere di godimento del proprietario cfr. D'AMICO, G.: "La proprietà «destinata»", cit., p. 526. Sul punto vedi anche PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.", *Foro nap.*, 2014, p. 67 secondo il quale "il proprietario di un bene già percepisce le utilità dello stesso; un atto di *autodestinazione*, quindi, difficilmente può innovare la situazione giuridica del proprietario". Cfr. anche BONINI, R. S.: "Destinazione di beni ad uno scopo", cit., p. 10.

chi ne è legittimato implica, infatti, l'impiego degli stessi per lo svolgimento di una determinata attività, l'assegnazione ad essi di una funzione, la destinazione ad uno scopo o utilità. Anche nel caso in cui la destinazione ad uno scopo determinato coincide con il trasferimento ad altri del bene la limitazione attiene al potere di godimento dell'acquirente. Peraltro, la determinazione del soggetto legittimato a dedicare un bene alla realizzazione di un determinato scopo, come si è detto, assume rilievo giuridico solo quando trascende dalla sfera giuridica del soggetto ed assume quella *visibilità* all'esterno che il disponente, ove l'ordinamento glielo consente, gli vuole imprimere. La destinazione, in altri termini, è fenomeno giuridicamente rilevante solo nel momento in cui la si rende, in conformità alla legge, opponibile *erga omnes*, cioè quando è possibile determinare una separazione patrimoniale tra un certo quantitativo di beni ed il patrimonio di provenienza; se ciò non accade ci si trova al cospetto di un atto interno del titolare del bene del tutto irrilevante rispetto ai terzi; di un rapporto rilevante solo sul piano obbligatorio; di un mero trasferimento in capo a un soggetto che acquisisce la titolarità del bene senza limitazioni rilevabili sul piano reale. In questo senso si può dire che la conoscibilità della segregazione non può essere considerata come un requisito ulteriore che si aggiunge e rafforza gli effetti di una fattispecie già formata, al contrario essa costituisce un elemento essenziale e caratterizzante della medesima. In altri termini, una segregazione non opponibile, segregazione non è¹⁷.

In realtà, la disciplina delle fattispecie di segregazione patrimoniale è soprattutto una disciplina degli effetti rispetto ai terzi: la preoccupazione del legislatore consiste nel definire le modalità di costituzione del vincolo, il regime giuridico che, innanzitutto, ha lo scopo di rendere conoscibile l'esistenza dello stesso, la disciplina dell'amministrazione del patrimonio vincolato con l'intento di assicurare l'effettività della separazione e dell'eventuale scioglimento del vincolo.

Un equo contemperamento degli opposti interessi, infatti, porta ad escludere che possano essere sottratti all'azione dei creditori quei beni sui quali essi abbiano fatto legittimamente affidamento in mancanza di *visibilità* del vincolo di destinazione¹⁸.

In realtà, l'effetto della segregazione dei beni vincolati ad un determinato scopo consiste nella sottoposizione degli stessi ad un regime giuridico diverso

¹⁷Nel senso che l'effetto della separazione è funzionale alla attuazione della destinazione D'AMICO, G.: "La proprietà «destinata»", cit., p. 537.

¹⁸ Cfr. GAMBARO, A.: "Segregazione e unità del patrimonio", *Trust*, 2000, pp. 155 ss., il quale afferma che "nel suo aspetto interno il patrimonio di un qualunque soggetto si compone in base al principio consensualistico, mentre nei confronti dei creditori esso si compone in base al criterio della opponibilità". Sul punto cfr. anche PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza»", cit., p. 61.

da quello del patrimonio di provenienza¹⁹.

In definitiva, le fattispecie in cui la legge consente che parte dei beni del debitore, in quanto destinati ad un particolare scopo, vengano sottratti alla garanzia della massa dei creditori costituiscono limitazioni della responsabilità patrimoniale non perché determinati creditori vengono preferiti ad altri nel soddisfacimento delle proprie ragioni, bensì perché in questi casi la massa dei beni che il debitore offre a garanzia dei propri debiti subisce una oggettiva diminuzione. E' consentita, infatti, l'individuazione in termini oggettivi dei beni riservati al soddisfacimento di determinati crediti, quindi la capacità del creditore di veder soddisfatto il proprio interesse subisce una restrizione di carattere oggettivo, perché solo parte dei beni del debitore è destinata al soddisfacimento del suo interesse. Dunque, il regime della responsabilità patrimoniale, nei casi consentiti dalla legge, acquista carattere di specialità: l'esecuzione ai danni del debitore presuppone la determinazione delle masse patrimoniali e l'individuazione dei debiti afferenti alle stesse. Le obbligazioni contratte dal debitore nell'ambito dell'attività alla cui realizzazione è destinato il patrimonio separato ricadranno su questo; dei debiti contratti al di fuori di quest'attività il debitore risponderà con tutti i suoi beni esclusi quelli destinati allo scopo determinato che vengono sottratti alla massa dei creditori²⁰.

¹⁹ Cfr. sul punto BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione", cit., pp. 13 ss.

²⁰ Sul tema dei patrimoni separati la letteratura è copiosa. In tema di patrimoni delle s.p.a destinati ad uno specifico affare ex art. 2447 bis c.c., cfr., tra gli altri, ANGELICI, C.: "La riforma delle società di capitali", Padova, 2003, pp. 22 ss.; BUONOCORE, V.: "Il patrimonio ed i finanziamenti destinati ad uno specifico affare", *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, 2003, pp. 238 ss.; CAMPOBASSO, G. F.: "La riforma delle società di capitali e delle cooperative", Torino, 2003, pp. 37 ss.; DI SABATO, F.: "Sui patrimoni destinati", cit., pp. 39 ss.; FERRO – LUZZI, P.: "I patrimoni dedicati e i gruppi nella riforma societaria", *Riv. not.*, 2002, p. 273; GALGANO, F.: "Il nuovo diritto societario", *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, Padova, 2003, pp. 17 ss.; RABITTI BEDOGNI, C.: "Patrimoni dedicati", *Riv. not.*, 2002, pp. 1121 ss.; SALAMONE, L.: "Gestione e separazione patrimoniale", cit., pp. 100 ss.; SCHELESINGER, P.: "Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività", *Dir. prat. Soc.*, 2003, pp. 6 ss.; ZOPPINI, A.: "Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni", *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 545 ss. Il dibattito dottrinario sui patrimoni destinati è stato inoltre stimolato dalla previsione della possibilità di trascrizione di atti aventi per oggetto la destinazione di beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o altri enti o persone fisiche (art. 2645 ter c.c.). In tema ci permettiamo di rinviare al nostro "L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione", cit., pp. 80 ss. Cfr., inoltre, senza peraltro alcuna pretesa di completezza, i contributi di OPPO, G.: "Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter)", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 1 ss.; GAMBARO, A.: "Segregazione e unità del patrimonio", cit., pp. 155 ss.; GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 321 ss.; MESSINETTI, D.: "Il concetto di patrimonio separato e la c.d. «cartolarizzazione» dei crediti", *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 101 ss.; PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., pp. 162 ss.; GENTILI, A.: "Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 1 ss.; BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *ivi*, pp. 197 ss.; LUPOI, M.: "Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2745 ter c.c. quale frammento di trust", *Riv. not.*, 2006, p. 473; FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", *ivi*, pp. 614 ss.; DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata", *ivi*, pp. 945 ss.; QUADRI, R.: "L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", cit., pp. 1717 ss.; FUSARO, A.: "Le posizioni

La segregazione patrimoniale può derivare da una variegata tipologia di negozi diretti a realizzare diverse funzioni economico sociali²¹. Le diverse fattispecie possono essere accostate solo sotto il profilo effettuale, in quanto tutte realizzano una segregazione dei beni oggetto dell'atto di disposizione rispetto al patrimonio di provenienza, tuttavia esse sono ispirate da cause diverse²². La posizione che qualifica la causa di destinazione come una causa astratta, che, come abbiamo visto, viene talvolta richiamata anche dalla giurisprudenza²³, costituisce il punto di emersione della debolezza della costruzione che si basa sulla configurabilità di una causa di destinazione e, in ogni caso, appare forviante nella misura in cui potrebbe tradursi in un alleggerimento dell'indagine sulla meritevolezza della causa concreta della singola operazione negoziale.

III. LA SEGREGAZIONE DEL PATRIMONIO DEL TRUST.

La causa del *trust* deve essere individuata nella sottoposizione di una massa di beni ad una gestione separata: in caso di *trust* dinamico i beni vengono trasferiti ad un *trustee*, al quale, in base al rapporto di fiducia che lega al disponente, assicura il perseguimento dello scopo e la permanenza del vincolo; in caso di *trust* auto dichiarato è lo stesso disponente che assume la veste di *trustee*; i beni permangono nella sua sfera giuridica ma non possono più essere confusi con gli altri beni di sua proprietà. In entrambi i casi la gestione del patrimonio dedicato deve essere separata e deve essere palese e

dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c"., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Quaderni Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2007, pp. 30 ss.; ZOPPINI, A.: "Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica", *ivi*, pp. 337 ss.; MORACE PINELLI, A.: "Atti di destinazione", cit., pp. 125 ss.; ANZANI, G.: "Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter c.c.", *Nuova giur. civ. comm.* 2007, pp. 398 ss.; BULLO, L.: "Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c.", cit., p. 535 ss.; PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza»", cit., pp. 54 ss.; D'AMICO, G.: "La proprietà «destinata»", cit., pp. 525 ss.

²¹ Determinano, ad esempio, una limitazione della responsabilità patrimoniale consistente nella creazione di un patrimonio separato la responsabilità dell'armatore prevista dall'art. 275 del cod. nav., l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (art. 484 ss. c.c.), la separazione dei beni del defunto su richiesta dei creditori (art. 512 s.s. c.c.), la creazione di un fondo patrimoniale (art. 167 ss. c.c.), la cessione dei beni ai creditori (art. 1977 s.s. c.c.), le s.r.l. e s.p.a. unipersonali (art. 2325 e 2462 c.c.), i patrimoni destinati a uno specifico affare delle s.p.a. (art. 2447 *bis* c.c.), la destinazione di beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela previsti dall'art. 2745 *ter* c.c., i fondi comuni di investimento (art. 36, comma 6 del T.U.F), i fondi pensione (d.lg.18 febbraio 2000 n. 47), i crediti relativi alle operazioni di cartolarizzazione (l. 30 aprile 1990, n. 130); le somme ricevute dalla clientela dagli istituti di moneta elettronica (art. 114 *quinquies* del T.U.F. d.lg.1 settembre 1993, n. 385), ecc.

²² Come abbiamo avuto già occasione di dire in altra sede, non riteniamo, infatti, che possa essere individuata una causa di destinazione: la destinazione allo scopo costituisce piuttosto un effetto connesso a negozi che assolvono diverse funzioni economico sociali. Si rinvia per più approfondite argomentazioni al nostro "L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione", cit., p. 101 ss. In senso conforme si è espresso il Trib. Trieste 7 aprile 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 524, con nota di CINQUE, M.

²³Così Cass., 9 maggio 2014 n. 10105, cit.

visibile la sottoposizione dei beni ad un regime giuridico diverso dal patrimonio di provenienza.

Si potrebbe ricostruire l'intera vicenda riconducendo la costituzione del *trust* alla creazione di un patrimonio autonomo dedicato al perseguimento di un determinato scopo. Questo processo logico, che condurrebbe ad una entificazione dell'organizzazione segregativa implicherebbe il superamento del problema della visibilità della separazione e della gestione dedicata; inoltre si potrebbe qualificare in termini di trasferimento di beni al nuovo soggetto anche l'atto di dotazione del *trust* auto dichiarato²⁴. Sta di fatto che argomentazioni di tale portata non sono accettabili perché risentono di una concezione, che si ritiene, come si è già detto, non condivisibile, basata sul binomio soggettività – patrimonio. Inoltre, appiattare l'istituto del *trust* su una vicenda consistente nella creazione di un ente equivale a negare che esso possa avere ingresso nel nostro ordinamento e ciò, non solo è inaccettabile, ma anche contrario al dato normativo²⁵.

La fattibilità dell'operazione, peraltro, presuppone, in base a quanto siamo venuti sino ad ora dicendo, la possibilità per chiunque contratti con il debitore di percepire che i beni costituiti in *trust* non sono nella disponibilità di costui e quindi non sono aggredibili con azioni esecutive dirette a soddisfare i suoi creditori.

In Italia i *trust* sono generalmente di carattere immobiliare quindi il problema della tutela dei creditori e dei terzi viene assorbito da quello della trascrivibilità dell'atto istitutivo e degli atti di destinazione. In particolare, la tutela dell'interesse dei creditori del disponente, in caso di *trust* dinamico non è dissimile da quella che si attua in qualsiasi altro caso di trasferimento: il creditore, sussistendone i presupposti di legge, può dolersi del pregiudizio subito per il trasferimento di un bene al *trustee* così come può farlo in riferimento a qualsiasi altro atto di disposizione. L'operazione, infatti, si comporrà di un atto istitutivo del *trust*, che è un negozio gestorio e uno o più atti di dotazione che assumono la forma di altrettanti trasferimenti aggredibili con i consueti strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per la tutela

²⁴ Nel senso che “un problema di opponibilità ai terzi del vincolo reale di destinazione non si pone (almeno negli stessi termini) per coloro i quali ritengono che il vincolo di destinazione dia vita ad una forma di soggettivizzazione del patrimonio”. LA PORTA, U.: “Cause traslative”, cit., pp. 49 ss. Prospettiva che peraltro l'A. non condivide.

²⁵ Appare quindi condivisibile la posizione espressa dalla giurisprudenza che ha affermato che il *trust* è privo di soggettività. In questo senso, cfr. Cass., 20 febbraio 2015, n. 3456, *Pluris Cedam*; Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit.; Trib. Reggio Emilia 25 febbraio 2014, *Pluris Cedam*; Trib. Napoli 2 febbraio 2015, www.ilcaso.it; Trib. Reggio Emilia 10 giugno 2013, *Giur. it.*, 2014, p. 1913; Trib. Reggio Emilia 25 marzo 2013, *Giur. it.*, 2013, p. 2607.

della garanzia patrimoniale generica del debitore²⁶.

Il tema della opponibilità viene, in definitiva, generalmente trattato tenendo conto delle problematiche connesse alla pubblicità degli atti immobiliari e non si nega che per questa via si arrivi al cuore del problema e si affronta il tema del conflitto tra istanze diverse proprio in riferimento a circostanze nelle quali maggiore peso hanno gli interessi in gioco e più se ne avverte la contrapposizione. Tuttavia, ognuno vede come questo costituisca solo uno degli aspetti che coinvolgono l'istituto del *trust*. Vi è di più, se si riducesse il tema della riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento alla questione se i beni immobili rientranti nello stesso siano o meno suscettibili di essere aggrediti dai creditori del disponente, si darebbe credito all'idea, che invece si vuole fermamente respingere, che l'interesse verso l'istituto derivi dalla possibilità di utilizzarlo a fini elusivi ossia come strumento a disposizione debitore più avveduto per sottrarre i propri beni di maggior valore all'azione esecutiva dei creditori²⁷. E' compito, invece, dell'interprete verificare il funzionamento del *trust* nel nostro ordinamento partendo dal presupposto che esso sia costituito per il perseguimento di fini leciti e meritevoli di tutela. Ed è chiaro che, dato un determinato fine, può essere eventualmente rilevante accertare l'adeguatezza del patrimonio per il perseguimento dello stesso, mentre scarso interesse suscita la natura dei beni che lo compongono²⁸.

Probabilmente la Convenzione de l'Aia, nell'attribuire "al *trustee* che desidera registrare i beni mobili o immobili, o i documenti attinenti (...), facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*" (art. 12) auspica che la normativa degli Stati aderenti preveda un regime di pubblicità dedicato che prescindendo dalla natura dei beni conferiti. Sta di fatto che il nostro legislatore non è mai intervenuto in tal senso; così stando le cose deve quanto meno riconoscersi che la norma

²⁶ "Il negozio di trasferimento può coincidere con il negozio istitutivo del *trust*, precederlo o seguirlo: l'eventuale coincidenza documentale non esplica alcun effetto sulla reciproca autonomia fra i due negozi". Così LUPOI, M.: "Trusts", Milano, 1997, cit., p. 485.

²⁷ Anche in riferimento agli atti di destinazione patrimoniale ex art. 2645 *ter* c.c. si afferma che possono essere oggetto di segregazione non solo i beni immobili e i beni mobili registrati. Il criterio della opponibilità del vincolo, infatti, potrà applicarsi anche in riferimento ad altri beni per i quali l'ordinamento individua un sistema di risoluzione dei conflitti tra controinteressati, si pensi, ai crediti ed alle partecipazioni societarie. Sulla possibilità di considerare oggetto della destinazione anche i titoli di credito e le partecipazioni societarie cfr. PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., pp. 171 ss. E' peraltro espressamente riconosciuta la possibilità di destinare al fondo patrimoniale oltre ai beni immobili e mobili registrati, anche i titoli di credito "rendendoli nominativi con annotazione del vincolo" (art. 167 c.c.). Ovviamente coloro che ritengono configurabile una causa di destinazione considerano coerentemente che tutti i beni, immobili, mobili registrati e mobili siano sacrificabili per questa causa, mentre l'opponibilità del vincolo vi sarebbe solo nei casi in cui il legislatore lo consente. In questo senso QUADRI, R.: "L'art. 2645 *ter*", cit., 1726 ss.

²⁸ Cfr. in tema PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza»", cit., pp. 55 ss.

della Convenzione citata abbia la funzione di riconoscere al *trustee* la facoltà di accedere alle forme di pubblicità che il nostro ordinamento conosce²⁹.

L'atto istitutivo del *trust* non richiede una forma particolare; tuttavia se l'operazione ha ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati dovranno essere rispettate, secondo le modalità che verranno precisate più avanti, le prescrizioni formali previste dall'ordinamento in questi casi. Allo stato, di fatto in Italia vengono sottoposti ad un regime di pubblicità solo i *trust* che comprendono nella propria dotazione beni immobili e beni mobili registrati. Peraltro, l'accesso alla pubblicità immobiliare è consentito con maggiore disinvoltura ove la costituzione del *trust* implichi il trasferimento dei beni al *trustee*³⁰.

Del resto, l'assenza di un regime di pubblicità dedicato non costituisce un argomento di alcun peso in riferimento alla riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, in quanto sono individuabili altre fattispecie caratterizzate da patrimoni separati o autonomi che operano in assenza di un regime di pubblicità dell'operazione, se si prescinde dalla pubblicità richiesta in considerazione della natura dei beni coinvolti.

IV. LA TUTELA DEI CREDITORI DEL DISPONENTE E LA REVOCATORIA SEMPLIFICATA ALLA LUCE DELL'ART. 2929 BIS C.C.

Il *trust* realizza una segregazione piena che opera in senso bidirezionale sia in riferimento al patrimonio del disponente che in riferimento al patrimonio del *trustee*, ove sia un soggetto diverso dal disponente³¹. Gli unici creditori che possono aggredire i beni del *trust* sono coloro che avanzano pretese sorte in ragione dello scopo cui è finalizzata l'operazione; i creditori personali del disponente e i creditori personali del *trustee* non possono compiere atti

²⁹ Così Trib. Pisa 22 dicembre 2001 in riferimento alla trascrivibilità di un *trust* auto dichiarato, *Notariato*, 2002, p. 383.

³⁰ Ancora qualche resistenza si registra da parte delle Agenzie del Territorio che sovente operano trascrizioni con riserva sulle quali sono successivamente chiamati ad esprimersi i giudici. Cfr. Trib. Pisa 22 dicembre 2001, cit.; Trib. Chieti 10 marzo 2000, Trib. Bologna 18 aprile 2000, *Trusts*, 2000, p. 372. Vedi App. Venezia 10 luglio 2014, *Altalex* che ammette che in caso di *trust* autodichiarato che il disponente nella veste di *trustee* possa chiedere la trascrizione “contro se medesimo nella diversa posizione di proprietario dei beni immobili conferiti in *trust*”; cfr. inoltre App. Trieste 30 luglio 2014, *Altalex*, secondo la quale la trascrizione deve essere chiesta dal *trustee* – in favore e contro - non dal *trust* che “non ha alcuna autonoma personalità giuridica e soggettività giuridica”. La sentenza è annotata da BULLO, L.: “La trascrizione della devoluzione di immobili in Trust: le soluzioni antitetiche della Corte d'Appello di Trieste e del Tribunale di Torino”, *Dir. civ. cont.*, 2014. Sul punto più approfonditamente *infra*.

³¹ L'art. 2 lett. a della Convenzione de L'Aja dispone inequivocabilmente che “i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*”.

esecutivi sui beni soggetti a vincolo³². Il fenomeno della segregazione, come si è detto, se riguardato dal punto di vista dei creditori del disponente determina il medesimo effetto lesivo: la sottrazione dei beni oggetto dell'atto di disposizione alla garanzia patrimoniale generica offerta dal debitore. Peraltro, in caso di *trust* auto dichiarato nel quale il disponente resta titolare dei beni sottoposti a vincolo (destinazione statica) l'interesse dei creditori del disponente possono configgere con l'interesse dei creditori che vantano crediti che possono essere fatti valere sul patrimonio separato; in caso di creazione di *trust* costituiti mediante il trasferimento ad un terzo di un certo quantitativo di beni da destinare ad un determinato scopo (c.d. destinazione dinamica), il conflitto può sorgere anche con i creditori personali del fiduciario.

I creditori del disponente, peraltro, ricevono oggi, a seguito di una riforma recentemente introdotta nell'ordinamento italiano una tutela rinforzata delle proprie ragioni. Infatti, con decreto legge n. 83 del 2015, convertito in legge con l. 6 agosto 2015, n. 132, il legislatore ha introdotto l'art. 2929 *bis* c.c.³³, che prevede, in presenza di determinati presupposti, una sorta di revocatoria semplificata degli atti a titolo gratuito, posti in essere dal debitore anche anteriormente al sorgere del credito.

In particolare, il creditore, che subisce un pregiudizio a causa della fuoriuscita di un bene immobile o mobile registrato dal patrimonio del proprio debitore a causa di un atto di disposizione a titolo gratuito, consistente in un'alienazione o in una costituzione di un vincolo di indisponibilità, posto in essere successivamente al sorgere del credito, può, ove munito di titolo esecutivo, aggredire direttamente i beni sottratti alla garanzia patrimoniale generica e trascrivere, entro un anno dalla data di trascrizione dell'atto pregiudizievole, il pignoramento, senza dover proporre l'azione revocatoria ed attendere la sentenza dichiarativa dell'inefficacia dell'atto nei suoi confronti.

Il legislatore precisa, peraltro, al secondo comma dell'art. 2929 *bis* c.c. che, ove l'atto lesivo delle ragioni del creditore sia un'*alienazione*, l'azione esecutiva deve essere promossa nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario, il quale potrà proporre opposizione all'esecuzione facendo valere l'assenza dei presupposti dell'inefficacia dell'atto. In particolare, il terzo

³² In questo senso, per tutti, LUPOI, M.: "Trusts", cit., p. 475, il quale afferma che "la segregazione, riferita al *trust*, deve essere vista da due diverse prospettive: l'una riguardante il disponente e l'altra riguardante il *trustee*".

³³ Per un primo commento sull'art. 2929 *bis* c.c. cfr. SMANIOTTO E.: *L'art. 2929 bis c.c. Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito, Immobili e proprietà*, 2015, p. 584; TESTA A.: *Atti di donazione: gli effetti del nuovo art. 2929-bis del codice civile, Pluris, Il quotidiano giuridico.it*, 2015; PANTALEO A.: *Il nuovo articolo 2929 bis c.c.: prime riflessioni, Diritto bancario.it*, 2015; ANTONUCCI A.: *L'azione revocatoria "semplificata": dubbi di costituzionalità dell'art. 12 d.l. 83/2015, Il caso.it*, 2015.

proprietario del bene oggetto del pignoramento dovrebbe dimostrare che il creditore non ha subito pregiudizio dalla fuoriuscita del bene dal patrimonio del debitore e che, in ogni caso, il debitore non è a conoscenza del pregiudizio stesso.

La nuova disposizione il cui contenuto abbiamo sinteticamente riassunto è contenuta nel c.d. decreto legge Giustizia, intitolato “Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria”, che è intervenuto a modificare il codice civile nel senso segnalato, la legge fallimentare in materia di concordato preventivo e di fallimento e il codice di procedura civile per quanto riguarda le procedure esecutive.

Il legislatore è stato mosso principalmente dalla considerazione dell’opportunità di incoraggiare l’emersione in tempi rapidi della situazione di crisi dell’impresa, al fine di rendere più facilmente attuabili eventuali programmi di risoluzione della stessa. Inoltre si è tenuto conto dell’esigenza di contenere i tempi necessari alla realizzazione del credito, in modo da evitare quell’effetto di trascinamento nella crisi di altre realtà imprenditoriali che è inevitabilmente connesso alla difficoltà che i creditori incontrano nell’ottenere in tempi ragionevoli l’adempimento da parte dei debitori in difficoltà.

E’, senza dubbio, l’intento da ultimo segnalato che ha ispirato l’introduzione dell’art. 2929 *bis* c.c. Prima della riforma, infatti, il creditore, danneggiato dall’atto di disposizione, poteva intraprendere la procedura esecutiva sui beni usciti dal patrimonio del debitore solo successivamente alla definizione, con sentenza passata in giudicato, del giudizio avente ad oggetto la revocatoria e questo significava, secondo le stime del governo³⁴, un’attesa di circa otto anni.

Si deve innanzitutto, prendere atto della diffidenza con la quale vengono generalmente considerati gli atti di disposizione a titolo gratuito posti in essere dal debitore, il cui patrimonio residuo non sia sufficiente a soddisfare le pretese dei creditori: il sospetto che ingenerano operazioni di questo tipo evidentemente giustifica la deroga alla disciplina generale della revocatoria.

La novità, peraltro, riguarda esclusivamente gli atti a titolo gratuito aventi ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati, quindi eventuali conflitti tra interessi contrapposti possono essere agevolmente risolti applicando le regole generali relative all’opponibilità ai terzi degli atti sottoposti a regime di pubblicità in ossequio alla tutela della certezza dei rapporti giuridici. In

³⁴ Vedi Relazione al Disegno di Legge n. 3201 di conversione del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83 alla Camera dei Deputati presentato dal Ministro dell’Economia e delle Finanze e dal Ministro della Giustizia.

pratica, il bene oggetto di atto di disposizione a titolo gratuito, debitamente trascritto o iscritto, è al riparo dall'aggressione diretta dei creditori del disponente solo dopo che sia trascorso un anno e un giorno dalla data del compimento dell'adempimento pubblicitario. Viene, infatti, individuato una sorta di periodo sospetto, della durata di un anno, il cui *dies a quo* è dato dalla data del sorgere del credito, durante il quale si presume che il debitore, che ponga in essere un atto a titolo gratuito reso opponibile ai terzi successivamente al sorgere del credito, si sia consapevolmente disfatto del bene per sottrarlo all'aggressione dei creditori. Il creditore, quindi, può intraprendere un'azione esecutiva aggredendo il bene pure in presenza dell'atto di disposizione e, ove il bene sia già oggetto di una procedura esecutiva intrapresa su iniziativa di altri, potrà intervenire nella procedura pendente, senza attendere l'intervento di una sentenza definitiva di revocazione.

I creditori, che non si trovino nelle condizioni di procedere direttamente al pignoramento in base al disposto dell'art. 2929 *bis* c.c., invece, dovranno intraprendere un'azione diretta ad ottenere la declaratoria di inefficacia dell'atto, secondo quanto disposto dagli articoli 2900 e seguenti del codice civile e avranno l'onere di fornire la prova che l'atto è preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento del loro credito.

L'azione esecutiva si svolgerà ai danni del debitore, ove l'atto di disposizione consista nella costituzione di un *trust* auto dichiarato: in questo caso, infatti, il bene, ancorché gravato dal vincolo, non viene trasferito e permane nel patrimonio dell'esecutato. Nel caso in cui il bene sia stato oggetto di trasferimento, quindi anche in caso di *trust* dinamico, l'azione esecutiva potrà essere proposta ai danni dell'acquirente nelle forme dell'esecuzione presso terzi.

L'opposizione può essere proposta dal debitore, dal *trustee* acquirente del bene a titolo gratuito e anche dal beneficiario del *trust*. L'art. 2929 *bis*, comma 4, c.c., infatti, espressamente legittima alla proposizione dell'azione il debitore, il terzo assoggettato all'espropriazione e "ogni altro interessato alla conservazione del vincolo".

La proposizione dell'opposizione determina l'avvio di un procedimento di cognizione nel corso del quale il debitore opponente chiede che si accerti l'irrevocabilità dell'atto e, conseguentemente, l'impignorabilità del bene. Se l'opposizione viene proposta dal proprietario attuale del bene, dal *trustee* o dal beneficiario del *trust*, questi pretenderanno di non essere assoggettati al procedimento esecutivo per un debito altrui. In ogni caso, il *thema decidendum* coincide con quello tipico di un processo che nasce da un'azione revocatoria: occorrerà, infatti, accertare che l'atto a titolo gratuito non arrechi un

pregiudizio al creditore (*eventus damni*) e che il debitore non sia consapevole di tale pregiudizio (*scientia fraudis*).

La norma introdotta con l'art. 2929 *bis* c.c. contiene sostanzialmente una presunzione in ordine alla sussistenza dei presupposti necessari alla revocazione dell'atto con l'effetto di invertire l'onere della prova in merito ed addossare agli oppositori il compito di provare che il residuo patrimonio del debitore è, in ogni caso, in grado di soddisfare le ragioni creditorie. Quanto all'assenza della *scientia fraudis*, si dovrebbe, in definitiva, fornire la prova che il debitore non aveva consapevolezza del pregiudizio arrecato al creditore, mentre, trattandosi di atti a titolo gratuito, lo stato soggettivo del terzo in ordine a tale circostanza è del tutto irrilevante. Sta di fatto che la mancanza della consapevolezza di ledere l'interesse del creditore appare molto difficile da provare, in quanto ciascuno è normalmente consapevole dei propri debiti e della consistenza del proprio patrimonio.

Sembra evidente che la disciplina di nuova introduzione non appare in grado di produrre effetti particolarmente rilevanti sulla mole del contenzioso che ingolfa la giustizia italiana, in quanto, il giudizio avente ad oggetto la sussistenza dei presupposti per la revocazione dell'atto sarà, presuntivamente, solo posticipato e non scongiurato del tutto. Infatti, se, da un lato, si evita la proposizione dell'azione revocatoria, dall'altro, non si può evitare la proposizione dell'opposizione all'esecuzione che determina l'instaurazione di un giudizio di cognizione avente il medesimo oggetto di quello che si intendeva evitare. Viceversa l'effetto favorevole nei confronti del creditore è assicurato, non solo dalla possibilità di procedere direttamente all'espropriazione senza attendere l'esito del giudizio di revocatoria, ma anche dall'inversione dell'onere della prova che è connessa alla circostanza che il giudizio è intrapreso dal debitore e/o dal terzo opponente, che deve, in veste di attore, dare la prova dell'assenza dei relativi presupposti.

Peraltro, la circostanza che venga assegnato al debitore l'onere di fornire la prova della consistenza del suo patrimonio al netto del bene oggetto di disposizione a titolo gratuito e della idoneità dello stesso a soddisfare il creditore non deve scandalizzare, in quanto la scelta risponde ad un criterio di vicinanza alla prova che viene sovente richiamato dalla giurisprudenza nei giudizi aventi ad oggetto la revocatoria. Infatti, il debitore, che ha piena consapevolezza dei propri beni e dei propri debiti, può agevolmente fornire la prova dell'esistenza nel proprio patrimonio di altri beni, diversi da quello dismesso, suscettibili di essere pignorati ed in grado di soddisfare la pretesa del creditore.

Non è il caso di indugiare sugli aspetti critici, che non mancano, della norma introdotta con l'art. 2929 *bis* c.c. Già nei primi commenti è stato segnalato

che sarebbe stato preferibile utilizzare una terminologia diversa: ha suscitato, infatti, molte perplessità il riferimento alle “alienazioni a titolo gratuito”, meglio sarebbe stato probabilmente fare riferimento agli “atti di disposizione a titolo gratuito”. In realtà, al di là di questa disputa terminologica di scarso interesse pratico, quel che preme sottolineare è il carattere eccezionale della norma che, non introduce un nuovo strumento di tutela della garanzia patrimoniale generica, ma stabilisce una deroga di rilievo alle modalità di attuazione della revocatoria. La natura della disposizione, dunque, non può non condizionarne l'interpretazione e l'applicazione della stessa che deve essere improntata ad un fermo rigore. Innanzitutto, appare in tutta la sua delicatezza la questione della qualificazione della gratuità dell'operazione compiuta dal debitore: in particolare, in riferimento al *trust*, come si dirà meglio in seguito, non si può escludere la onerosità del negozio e non si è esonerati da un accertamento caso per caso della effettiva natura dell'operazione.

Inoltre, particolare rigore deve essere impiegato nell'accertamento della data del sorgere del credito, in quanto la deroga alla procedura ordinaria per la pronuncia di inefficacia dell'atto a seguito di revocatoria, riguarda esclusivamente i crediti sorti nell'anno precedente il compimento dell'atto pregiudizievole.

Il credito, inoltre, deve risultare da titolo esecutivo ed essere certo, liquido ed esigibile, secondo le prescrizioni dell'art. 474 c.p.c., in quanto non si giustificerebbe, sotto questo profilo, un diverso trattamento del creditore pignorante che agisce ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c.

Il creditore, peraltro, dovrebbe procedere al pignoramento del bene oggetto dell'atto di disposizione a titolo gratuito, solo ove non vi fossero nel patrimonio del debitore altri beni aggredibili. Ovviamente, in assenza di una valutazione preventiva della effettiva sussistenza del pregiudizio, non si può escludere che il creditore iscriva il pignoramento, ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c., in presenza di altri beni aggredibili ed in grado di soddisfare le sue pretese. L'assenza dei presupposti che legittimano il pignoramento ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c. e l'eventuale condotta scorretta del creditore potranno essere accertate solo successivamente in sede di giudizio di opposizione.

Infine, il tenore letterale della norma, che autorizza il creditore ad iscrivere il pignoramento ove egli “sia pregiudicato da un atto del debitore”, fa pensare che lo strumento della revocatoria semplificata non possa essere impiegato se l'atto che pregiudica il creditore provenga da un soggetto diverso dal debitore; la revocatoria semplificata, quindi, non dovrebbe operare in caso di ulteriore trasferimento del bene dall'avente causa del debitore ad un terzo. Il carattere eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 2929 *bis* c.c.,

infatti, devono indurre ad un'interpretazione restrittiva della norma che consente di considerare l'atto di alienazione del debitore, ma non anche quello del terzo, *tamquam non esset*.

Inoltre, in riferimento all'ulteriore trasferimento del bene non si può non considerare che l'art. 2901 comma 5 c.c. espressamente fa salvo l'acquisto a titolo oneroso da parte del terzo di buona fede a meno che la domanda di revocatoria non sia stata anteriormente trascritta. In assenza di una deroga espressa sul punto, non resta che applicare la regola generale in riferimento alla posizione dei terzi acquirenti ed escludere che la revocatoria semplificata possa operare anche in loro danno.

Alla luce delle considerazioni che precedono in merito al recente intervento legislativo, dunque, si può affermare che l'effetto segregativo, proprio del *trust* risulta di fatto, alquanto ridimensionato: tale risultato, infatti, ove il negozio sia a titolo gratuito, potrà, in riferimento ai beni immobili e mobili registrati, realizzarsi pienamente solo dopo che sia trascorso un anno e un giorno dalla trascrizione dello stesso.

A questo punto occorre prendere atto che l'istituto del *trust* difficilmente potrà essere impiegato per realizzare l'intento effettivo di sottrarre beni ai creditori e preservarli dall'azione esecutiva di questi. Le operazioni a carattere fraudolento che, senza dubbio, contribuiscono a determinare la cattiva reputazione dell'istituto appaiono dunque allo stato fortemente scoraggiate. Questa sorta di depurazione dovrebbe contribuire ad una rivalutazione del *trust* in quanto operazione dotata di proprie caratteristiche e prerogative rispetto ad altri negozi ad esso paragonabili e diretta a realizzare interessi meritevoli nello spirito della Convenzione de L'Aia e della legge di ratifica. Evidentemente costituisce un presupposto indefettibile per assicurare la operatività della riforma introdotta con l'art. 2929 *bis* c.c. in riferimento al *trust* l'accoglimento di quella interpretazione evolutiva in materia di pubblicità e trascrizione che si è fatta strada nel nostro ordinamento grazie alla dottrina e la giurisprudenza più illuminate.

Peraltro, come detto, tale interpretazione che ammette la trascrivibilità del *trust* appare l'unica via per evitare di incorrere in una violazione della legge che ha dato attuazione alla Convenzione de L'Aja.

In particolare, in caso di *trust* dinamico si riconosce la trascrivibilità del trasferimento dei beni in favore del *trustee* ai sensi dell'art. 2643 n. 1 c.c. e, contestualmente, nel quadro D della nota di trascrizione si indica la circostanza che l'acquirente acquista in qualità di *trustee* e le clausole dell'atto costitutivo di *trust* che devono essere rese note e si vogliono opporre ai terzi. Analoghi saranno gli adempimenti da eseguire per gli eventuali acquisti

successivi alla costituzione del *trust* eseguiti dal *trustee*.

Nel caso di costituzione di *trust* senza trasferimento, in cui lo stesso disponente acquista la veste di *trustee*, sembra preferibile la soluzione, condivisa dalla giurisprudenza più avveduta³⁵, che ritiene anche in questo caso eseguibile la trascrizione. In particolare, si è affermato che l'adempimento dovrebbe essere eseguito mediante una trascrizione a favore e contro lo stesso *trustee* – disponente, mentre nel quadro D dovrebbe, analogamente a quel che accade per il *trust* dinamico, essere indicata la qualità di *trustee* e gli elementi fondamentali del *trust* che si vuole rendere opponibili ai terzi.

In ogni caso, l'accesso alle forme pubblicitarie determina l'applicabilità della regola dettata dall'art. 2914 n. 1 c.c. L'art. 2929 *bis* c.c., come si è detto, non è una norma di carattere sostanziale e non ha modificato il regime di opponibilità degli atti. Pertanto, ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione della stessa, in conformità alle norme di carattere generale, sono opponibili al creditore pignorante che iscriva il pignoramento entro un anno gli atti di disposizione trascritti anteriormente al pignoramento solo ove siano successivi alla data del sorgere del credito. Pertanto gli unici pignoramenti immobiliari eseguibili successivamente alla trascrizione del *trust* sono quelli diretti ad ottenere soddisfazione dei crediti sorti in ragione dello scopo per il quale esso è stato costituito³⁶.

E' utile a questo punto verificare l'effettiva tenuta della segregazione in caso di aggressione dei beni del *trust* da parte di creditori che vantano diritti derivanti da rapporti giuridici estranei allo scopo cui i beni sono destinati.

In riferimento ai beni mobili occorre rilevare che sono suscettibili di essere oggetto di pignoramento tutti quelli che l'ufficiale giudiziario rinviene nella casa del debitore e nei luoghi a lui appartenenti (513 c.p.c.). Non hanno effetto nei confronti del creditore pignorante le alienazioni anteriori al pignoramento di cui non sia stato trasmesso il possesso, salvo che risultino da atto avente data certa (art. 2914 ul. comma c.c.) Spetta al debitore disponente, al *trustee* o al beneficiario l'onere di fornire la prova che i beni, ancorché in possesso del debitore, sono vincolati al *trust* e quindi sottratti all'esecuzione da parte di creditori che vantano pretese sorte per attività estranee allo stesso. Non sono ammesse prove testimoniali ai sensi dell'art. 621 c.p.c. e conseguentemente neanche presunzioni semplici conformemente a quanto disposto dall'art. 2729 comma 2 c.c., salvo che il diritto rivendicato

³⁵ Vedi sopra nota 26.

³⁶ Il pignoramento dei beni dovrà essere in ogni caso eseguito nei confronti del *trustee* non nei confronti del *trust* "il quale è un rapporto e non ha soggettività giuridica (né sta in giudizio in persona del *trustee*" così Trib. Reggio Emilia 25 marzo 2013, cit.

dal terzo sia verosimilmente sorto in ragione della professione esercitata da questi o dal debitore³⁷. Il negozio di costituzione del *trust*, redatto per atto pubblico e contenente l'indicazione specifica dei beni mobili che ne sono oggetto, costituisce senza dubbio un valido strumento di prova: se la costituzione è anteriore al pignoramento tale circostanza può essere opposta al creditore. Quindi, in caso di *trust* con trasferimento dei beni mobili al *trustee*, quest'ultimo ed anche il beneficiario, potranno proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 619 c.p.c.³⁸ Non sembra, infatti, si possa dubitare della legittimazione del beneficiario, in quanto in caso contrario gli si riserverebbe una ingiustificata disparità di trattamento rispetto al beneficiario di *trust* immobiliare che subisca il pignoramento ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c., il quale può, come detto, sicuramente proporre opposizione. Più problematica appare la possibilità di contrastare efficacemente l'esecuzione in presenza di *trust* auto dichiarato: in questo caso, infatti, il debitore *trustee* non può utilizzare lo strumento dell'opposizione di terzo, ma solo quelli che l'ordinamento mette a disposizione del debitore per opporsi all'esecuzione. A diversa conclusione si potrebbe pervenire se si riconoscesse la soggettività giuridica del *trust*; tuttavia, come si è detto, tale eventualità deve essere esclusa.

Analoghe considerazioni possono farsi in caso di fallimento del *trustee*: il debitore, alla data della dichiarazione di fallimento, viene privato della disponibilità dei propri beni (art. 42 l.f.); il curatore acquisisce i beni mobili che rinviene nella sede dell'impresa e gli altri beni del debitore e sugli stessi appone i sigilli (art. 84 l.f). Il terzo che pretende di avere diritto sui beni acquisiti dal fallimento può proporre domanda di restituzione o rivendicazione (art. 103 l.f.), con ricorso ai sensi dell'art. 93 l.f. sul quale decide il giudice delegato; il regime probatorio è quello previsto dall'art. 621 c.p.c. e 2729 c.c.

Per quel che riguarda i fondi: si può supporre che il *trustee*, sia questi lo stesso disponente o un terzo, debba tenere una gestione separata delle somme di denaro afferenti al *trust* e debba sempre essere in grado di rendere il conto

³⁷ Così Cass., 17 dicembre 2012, n. 23215, *Fall.*, (2013), p. 998, secondo la quale il regime probatorio previsto dall'art. 621 c.p.c. "sebbene si riferisca espressamente soltanto alla prova per testimoni, trova applicazione anche alla prova presuntiva, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2729 c.c."

³⁸ La giurisprudenza esclude che possano essere prese in considerazione istanze di terzi in sede di pignoramento. Sul punto Cass. 20 dicembre 2012, n. 23625, *Corr. giur.*, 2013, p. 1121 afferma che "poiché l'attività svolta dall'ufficiale giudiziario in sede di pignoramento mobiliare è meramente esecutiva, è preclusa al medesimo qualsiasi valutazione giuridica dei titoli di appartenenza dei beni da sottoporre al pignoramento, rimanendo a disposizione degli eventuali terzi proprietari lo strumento processuale dell'opposizione di terzo all'esecuzione". Sul regime probatorio, vedi Cass. 15 dicembre 2011, n. 27092, *Fall.*, 2012, p. 1253. Con specifico riferimento alle azioni esperibili dal *trustee* in sede di procedimento esecutivo, cfr. Trib. Reggio Emilia 14 marzo 2011, *Pluris-cedam*, ove si ribadisce l'assenza di soggettività del *trust* e afferma che il *trustee* che si afferma titolare di situazioni giuridiche soggettive in conflitto con il diritto vantato dal creditore deve proporre opposizione *ex* art. 619 c.p.c.

della amministrazione delle stesse. Se ciò accade, e si evita la confusione tra patrimoni nella gestione, i creditori del disponente dovrebbero astenersi dal compiere atti esecutivi sui fondi afferenti al *trust*³⁹. In caso di procedura concorsuale, peraltro, l'eventuale acquisizione delle somme da parte del fallimento non potrebbe essere contrastata con l'azione di rivendica *ex art. 103 l.f.*, che non può avere ad oggetto beni fungibili. Il beneficiario o il *trustee*, che non sia lo stesso debitore, quindi, dovrebbero formulare domanda di insinuazione al passivo⁴⁰.

In riferimento ai beni mobili, alla luce di quanto sin qui evidenziato si può affermare che appaiono prevalenti le esigenze di tutela della circolazione degli stessi e ciò rende indispensabile assicurare la possibilità per i terzi di fare affidamento sulla evidenza del possesso che fa presumere l'esistenza del titolo⁴¹.

V. AZIONI A TUTELA DEI CREDITORI DEL DISPONENTE.

Il presupposto perché il *trust* possa essere riconosciuto dal nostro ordinamento, si è detto, è che esso non violi norme imperative in conformità della previsione contenuta nell'art. 15 della Convenzione. La norma citata contiene una elencazione di materie –da non considerare tassativa- sottratte alla libera disponibilità delle parti; il *trust*, infatti, non può su questi temi contenere pattuizioni in contrasto con le norme inderogabili in vigore nei singoli ordinamenti⁴².

Questa disposizione ha particolare rilievo perché consente di liquidare con determinazione l'idea che il *trust* possa essere impiegato per eludere disposizioni di legge dettate a difesa di posizioni soggettive che il nostro ordinamento considera meritevoli di una tutela forte ed irrinunciabile per volontà delle parti. Un *trust* che di fatto realizza un risultato in contrasto con norme imperative viene, dunque, considerato irriconoscibile dal nostro ordinamento anche per espressa disposizione della Convenzione.

³⁹ “Il *trustee* il quale istituisca un conto bancario al nome del *trust* o al proprio nome, ma nella qualità, potrà validamente opporre a un creditore che il danaro accreditato su quel conto è danaro del *trust*”. Così LUPOI, M.: “Trusts”, cit., pp. 492 ss.

⁴⁰ Sul punto vedi Trib. Milano 3 aprile 2013, secondo il quale “ai fini della distinzione tra pretese creditorie nei confronti del fallito e domande di rivendicazione, il danaro è bene fungibile per eccellenza (...), sicché in mancanza di un sistema di separazione patrimoniale, le pretese aventi ad oggetto somme di danaro possono essere inquadrate unicamente come domande di ammissione al passivo di crediti e non come domanda di rivendica”.

⁴¹ Così PETRELLI, G.: “La trascrizione”, cit., p. 171, in riferimento agli atti di destinazione *ex art. 2645 ter. c.c.*

⁴² Le materie indicate dall'art. 15 della Convenzione sono: protezione dei minori e incapaci; effetti del matrimonio; successioni; trasferimento della proprietà e garanzie reali; protezione dei creditori in caso di insolvenza; protezione dei terzi di buona fede.

Alla luce di quanto sopra possiamo ritenere sicuramente irricognoscibile un *trust*, che sia diretto a rendere maggiormente difficoltosa la realizzazione delle ragioni creditorie e la possibilità di esercitare le azioni a tutela della garanzia patrimoniale generica riconosciuta ai creditori dal nostro legislatore⁴³. Più precisamente, ove l'operazione negoziale architettata dal debitore fosse diretta ad eludere l'applicazione di norme inderogabili destinate alla tutela dell'interesse dei creditori, non vi sarebbe neanche spazio per considerare la validità dell'atto, in quanto lo stesso risulterebbe irricognoscibile, inesistente e, quindi, del tutto privo di effetti per il nostro ordinamento⁴⁴.

In ogni caso, pur non volendo applicare all'operazione la sanzione più radicale della irricognoscibilità e/o inesistenza, occorre sottolineare che il *trust*, costituito in apparenza per l'attuazione di un determinato scopo cui vengono dedicati i beni che fuoriescono dal patrimonio del disponente, ma che risulta, in realtà, diretto realizzare l'intento di sottrarre i suddetti beni all'azione esecutiva dei creditori, è un negozio simulato. L'intento delle parti, infatti, può di fatto consistere nel creare solo un'apparenza di segregazione patrimoniale, mentre l'effettiva disponibilità dei beni permane in capo al disponente, che pertanto non subisce alcuna effettiva limitazione della propria facoltà di godimento degli stessi a seguito della costituzione del vincolo. Se tale costruzione è realizzata con l'intento fraudolento di sottrarre i beni all'azione dei creditori, l'accertamento della simulazione coincide con quello dell'illiceità del negozio. In questo caso l'azione diretta all'accertamento della simulazione potrà essere esercitata da chiunque vi abbia interesse; essa, inoltre, potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice e provata con ogni mezzo anche dedotta in via presuntiva da circostanze di fatto⁴⁵.

Il creditore del disponente o chiunque vi abbia interesse possono, dunque, innanzitutto, aggredire il *trust* con azioni dirette alla dichiarazione di irricognoscibilità e/o di inesistenza, o di nullità del negozio per frode alla legge. Peraltro tali censure possono ovviamente, sussistendone i presupposti, anche essere rilevate d'ufficio dal giudice investito del compito di risolvere una qualsiasi controversia relativa al *trust*⁴⁶. Ovviamente l'esistenza di tali

⁴³ Così Trib. Firenze 6 giugno 2002, in *Trust*, 2004, p. 256; Trib. Milano 3 maggio 2013, cit.

⁴⁴ “La sanzione della nullità (ex artt. 1343,1344,1345 e 1418 c.c.) presuppone che l'atto sia stato riconosciuto dal nostro ordinamento; il conflitto con la disciplina inderogabile concorsuale determina invece la stessa inesistenza giuridica del trust nel diritto interno”. Così Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

⁴⁵Cfr. Trib. Chiavari 14 settembre 2012, in *Trust*, 2013, p. 433; Trib. Reggio Emilia 14 marzo 2011, cit., ove si legge che “il trust de qua è fortemente indiziato di simulazione (*sham* per il diritto anglosassone) e di voler sortire affetti ripugnanti per il nostro ordinamento”; Trib. Reggio Emilia 21 ottobre 2014, *Pluris-cedam*.

⁴⁶ Ove il giudice valuti che il *trust* non possa essere riconosciuto dovrà, a norma della Convenzione, cercare di attuare gli scopi previsti nel *trust* in altro modo (art. 15 Convenzione de L'Aja). Tale

patologie del negozio è assorbente rispetto all'accertamento della simulazione, che non costituisca frode alla legge ed alla dichiarazione di inefficacia relativa del negozio che dovrebbe scaturire da un'azione revocatoria. Infatti, sovente le pronunce in materia sono dirette a rimuovere l'operazione giuridica in modo radicale con effetto *erga omnes* e, a prescindere dalla domanda formulata dall'attore, non si limitano a revocare l'atto e dichiararlo inefficace nei confronti del creditore che esercita l'azione.

E' ricorrente e sicuramente per certi aspetti condivisibile l'affermazione che la costituzione di beni in *trust* rappresenta un atto di disposizione di portata più contenuta rispetto ad una alienazione dei beni, quindi se al debitore, dopo l'assunzione del debito, non è preclusa la possibilità di dismettere i propri beni a maggior ragione gli deve essere consentita la costituzione di un *trust*. Presupposto indefettibile affinché l'operazione realizzata attraverso la costituzione del *trust* possa essere considerata un *minus*⁴⁷ rispetto ad altri negozi di disposizione che pure determinano la sottrazione dei beni all'azione esecutiva dei creditori del disponente è che i creditori del disponente possano esercitare le azioni che l'ordinamento mette loro a disposizione per la tutela della garanzia patrimoniale generica offerta dal debitore. Del resto, se ciò non è, "se il *trust* spunta le armi che il nostro ordinamento offre ai creditori il *trust* semplicemente non può trovare ingresso"⁴⁸. La possibilità di attuare una tutela delle ragioni creditorie equivalente a quella che si realizza in riferimento al trasferimento della proprietà e ad altri fenomeni di segregazione costituisce, dunque, il banco di prova per legittimare il *trust* nel nostro ordinamento.

Il creditore, nel timore che il debitore possa porre in essere atti di disposizione dei propri beni per sottrarli all'azione esecutiva, può chiedere un sequestro conservativo *ex art. 2905 c.c.* Sicuramente il *periculum* lamentato dal creditore può consistere nel timore della costituzione di un *trust* che determinerebbe la sottrazione dei beni vincolati alla garanzia patrimoniale generica. Il sequestro, peraltro, produce i medesimi effetti del pignoramento, quindi il conflitto di interessi può essere risolto ai sensi degli artt. 2913 e 2914 c.c. e non resta che richiamare le considerazioni già svolte in tema.

L'azione revocatoria rappresenta per molti aspetti un baluardo a difesa dei creditori e per questa ragione spesso l'esperibilità della stessa viene indicata come uno degli argomenti a favore della riconoscibilità del *trust*, e di altre

disposizione, in riferimento al *trust* liquidatorio, è stata interpretata nel senso che il diniego del riconoscimento determinerà l'avvio della procedura fallimentare che è, per l'ordinamento, lo strumento idoneo ad attuare il fine liquidatorio. Così Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

⁴⁷Sul punto cfr. PETRELLI, G.: "La trascrizione", cit., p. 165, in riferimento al vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*

⁴⁸In questo senso, LUPOI, M.: "I trust interni al vaglio giurisdizionale in occasione della trascrizione di un trust auto dichiarato", *Notariato*, 2002, p. 383, nota a Trib. Pisa 22 dicembre 2001.

operazioni negoziali che producono l'effetto segregativo. Al potere di disposizione del debitore, che comprende la facoltà di trasferire a terzi i propri beni e di porre in essere altri e più vari negozi da cui può derivare l'effetto della sottrazione di parte o dell'intero patrimonio all'azione esecutiva dei creditori, si contrappone, sussistendone i presupposti, il rimedio dell'azione revocatoria, anche nella forma della revocatoria semplificata *ex art. 2929 bis c.c.* Il nostro ordinamento, infatti, opera attraverso le azioni dirette alla conservazione della garanzia patrimoniale un bilanciamento tra l'interesse del debitore a continuare a disporre liberamente del proprio patrimonio e quello dei creditori che, al momento del sorgere del credito, avevano fatto legittimamente affidamento su una certa consistenza della garanzia patrimoniale offerta dall'obbligato.

Il creditore danneggiato dal *trust* costituito dal proprio debitore, che non può accedere alla tutela più efficace introdotta con l'art. 2929 *bis c.c.*, può domandare ai sensi dell'art. 2901 c.c. che esso sia dichiarato inefficace nei suoi confronti, mentre, ove sia intervenuto il fallimento, sarà, ovviamente, il curatore ad esercitare le azioni di cui agli artt. 66 e 67 l.f.

L'azione revocatoria, peraltro, è diretta alla dichiarazione di inefficacia nei confronti del creditore istante di un atto che si presuppone valido e potenzialmente produttivo di effetti; viceversa, ove venga riconosciuto, anche in via incidentale, il carattere elusivo del *trust*, il provvedimento adottato sarebbe, come si è detto, molto più radicale e distruttivo dell'intero programma negoziale architettato dal debitore.

Oggetto della revocatoria, secondo alcuni, non dovrebbe essere considerato l'atto istitutivo del *trust*, che viene definito di per sé neutro e pertanto non in grado di determinare alcuna lesione degli interessi dei creditori, bensì il negozio con il quale un certo quantitativo di beni viene destinato al conseguimento di un determinato scopo e segregato rispetto al patrimonio di provenienza che può essere compreso nello stesso atto costitutivo o contenuto in uno o più distinti atti⁴⁹. Sta di fatto che gli elementi essenziali del *trust* vanno individuati nell'assegnazione di beni ad un'amministrazione funzionalizzata al conseguimento di un fine, pertanto sembra difficile concepire la costituzione dello stesso in assenza di questi effetti. Vero è che può attuarsi una formazione progressiva del negozio; vero è anche che possono attuarsi diversi *trust* ad opera del medesimo soggetto o di soggetti diversi in momenti successivi. Questo indiscutibile dato, tuttavia, non è sufficiente a smentire la struttura e la funzione dell'operazione economica

⁴⁹ Così LUPOLI, M.: "Trusts", cit., p. 486.

che consiste nell'assegnazione della gestione di beni ad un soggetto per la realizzazione di un dato scopo⁵⁰.

In realtà, la tendenza a spezzettare l'operazione negoziale ed a concentrare l'attenzione sul momento in cui si realizza l'apporto dei beni al patrimonio del *trust* evoca una visione soggettivistica del fenomeno. Emerge, infatti, inconsapevolmente la tendenza a considerare che all'organizzazione diretta alla gestione dei beni possa essere riconosciuta una propria ragione d'essere a prescindere dall'apporto dei beni che è radicata in riferimento agli enti. Una considerazione simile, infatti, potrebbe essere fatta in riferimento all'atto costitutivo di un ente: un conto è la costituzione di un'associazione o di una società altro è l'atto con il quale vengono conferiti i beni per la costituzione del patrimonio che, sussistendone i presupposti, è suscettibile di essere revocato nell'interesse dei creditori senza necessariamente incidere sulla sorte dell'ente⁵¹. Viceversa il *trust* "non costituisce un soggetto a se stante, ma un insieme di beni e rapporti con effetto di segregazione patrimoniale"⁵². Appare quindi piuttosto difficile e forse anche inutile, separare il momento istitutivo del *trust* dal momento in cui viene costituita una massa di beni e rapporti che risulta sottoposta ad un regime giuridico diverso da quello dei beni appartenenti al patrimonio di provenienza.

Questa impostazione, peraltro, è coerente con il modo di operare dell'effetto revocatorio in caso di successo dell'azione: il creditore, infatti, potrà recuperare i beni illegittimamente usciti dal patrimonio del debitore e costituiti in *trust*. Diversamente, invece, opera la revocatoria nel caso in cui essa sia diretta alla dichiarazione di inefficacia dei conferimenti in natura di beni in favore di un ente lucrativo o non lucrativo: in questo caso, infatti, prevalgono le esigenze di stabilità dell'organizzazione e in caso di successo dell'azione il creditore avrà diritto solo alla restituzione del valore.

L'operazione di costituzione di beni in *trust*, come si è detto, non implica necessariamente la produzione di un effetto traslativo di beni a favore del *trustee*. L'assenza dell'effetto traslativo peraltro non esclude l'esperibilità

⁵⁰ Ritiene Lupoi (LUPOI, M.: "Trusts", cit., pp. 481 ss., che l'operazione di *trust* si attui attraverso un collegamento negoziale tra l'atto istitutivo, che è un negozio unilaterale (recettizio quando il *trustee* sia un soggetto diverso dal disponente) e i negozi dispositivi contemporanei, antecedenti o successivi che attribuiscono beni al *trust* e sono posti in essere dal disponente o da terzi con atti tra vivi e *mortis causa*. Anche tale ricostruzione è condivisibile purché si riconosca che si tratta di un collegamento necessario per cui il venir meno del *trust* determina il venir meno dell'atto dispositivo e il venir meno dell'atto dispositivo determina il venir meno del *trust*, cioè della gestione separata per la realizzazione di un dato scopo con effetto segregativo, relativamente a quei beni e rapporti che sono oggetto dell'atto dispositivo.

⁵¹Cfr. ad esempio Cass., 22 ottobre 2013, n. 23891, *Pluris-cedam*, ove si sottolinea che l'esito favorevole della revocatoria del conferimento in società di persone non determina il ritorno del bene nella disponibilità del debitore.

⁵² Così da ultimo, Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

dell'azione revocatoria che può avere ad oggetto qualsiasi atto pregiudizievole per i creditori, ovvero qualsiasi negozio che determina una diminuzione quantitativa o una modificazione qualitativa dei beni offerti in garanzia ai creditori. Peraltro, il tenore letterale dell'art. 2929 *bis* c.c. induce a non dubitare della possibilità di considerare inefficaci nei confronti dei creditori anche gli atti unilaterali che non implicano il trasferimento di beni, ove ricorrano i presupposti. Del resto, anche prima della riforma, dato il tenore dell'art. 2901 c.c., non si poteva dubitare della revocabilità anche di atti come la concessione di garanzie che sicuramente non implica il trasferimento di beni al creditore.

E' pacifico, inoltre, che l'azione revocatoria possa avere ad oggetto anche atti unilaterali: lo stesso art. 2901 espressamente fa riferimento al pagamento, che è atto unilaterale, ed alla concessione di garanzia che può essere atto unilaterale se è a titolo gratuito; peraltro, analoghe considerazioni potrebbero svolgersi in riferimento alla revocatoria fallimentare. Quindi anche nel caso in cui la struttura del *trust* corrispondesse ad un negozio unilaterale non vi è alcun ostacolo all'operatività della revocatoria.

La valutazione del ruolo svolto dal terzo nella realizzazione del pregiudizio dei creditori è meramente eventuale; il legislatore, infatti, lo prende in considerazione solo in riferimento agli atti a titolo oneroso ed al fine di evitare che questi, ove sia in buona fede, venga danneggiato dalla dichiarazione di inefficacia dell'atto. Quindi, ove l'azione sia diretta alla dichiarazione di inefficacia di un atto a titolo gratuito o di un atto posto in essere con spirito di liberalità, l'interesse del terzo beneficiario non viene considerato meritevole di tutela e la valutazione del suo stato soggettivo diviene irrilevante. Tale considerazione ovviamente prescinde dalla struttura del negozio che può essere un atto unilaterale (es. pagamento di un debito, concessione di un'ipoteca, ecc.) o un contratto (es. vendita a prezzo irrisorio, donazione)⁵³.

Il *trust* può essere a titolo gratuito o a titolo oneroso e tale circostanza, come si è detto, non è indifferente ai fini della verifica della sussistenza dei presupposti dell'azione revocatoria. A conferma di quanto poco sopra posto in evidenza circa la necessità di considerare l'operazione negoziale nella sua interezza, occorre sottolineare che la qualificazione del *trust* come gratuito o oneroso non può essere fatta tenendo conto del singolo atto negoziale. E' possibile, infatti, che si realizzi un singolo negozio nel quale il disponente trasferisce diritti e beni al *trustee* a titolo gratuito e si preveda, in realtà, con separata pattuizione, eventualmente contenuta nell'atto istitutivo, una controprestazione a carico di un terzo o dello stesso beneficiario

⁵³ Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi in riferimento alla revocatoria fallimentare ex art. 67 l.f.

eventualmente da eseguire in un momento successivo⁵⁴. Anche in caso di *trust* auto dichiarato, a ben vedere, non si può escludere l'onerosità dell'operazione valutata nel suo complesso ove si preveda un corrispettivo a carico del beneficiario: circostanza che determina l'inapplicabilità dell'art. 2929 *bis* c.c.

In caso di revocatoria ordinaria, il problema dello stato soggettivo del terzo è circoscritto alle operazioni di *trust* realizzate a titolo oneroso; ove la segregazione sia attuata verso un corrispettivo dovrà prendersi, infatti, in considerazione la posizione di colui che potrà essere privato dell'effetto a lui favorevole, prodotto dal negozio revocato e ottenuto verso il sacrificio di una controprestazione⁵⁵.

Il terzo onerato della controprestazione potrà essere il beneficiario del *trust* oppure un soggetto diverso; in ogni caso, i controinteressati alla dichiarazione di inefficacia dovranno essere coinvolti nel giudizio avente ad oggetto la revocatoria.

E' sempre la considerazione dell'operazione nel suo complesso che consente di chiarire che in caso di *trust* oneroso con trasferimento di beni al *trustee*, non è tanto la posizione di quest'ultimo da prendere in considerazione per valutare la partecipazione all'intento fraudolento di sottrarre beni alla garanzia patrimoniale dei creditori, quanto la posizione del terzo beneficiario e del terzo onerato della controprestazione⁵⁶.

In definitiva il creditore che intende agire in revocatoria di un *trust* da cui sostiene di aver ricevuto un pregiudizio in ragione della diminuzione o anche della modificazione in termini qualitativi della garanzia patrimoniale offerta, deve citare in giudizio il disponente, il *trustee*, ove l'atto sia a titolo oneroso, anche il beneficiario e, ove esista, il terzo che ha pattuito l'istituzione del *trust*

⁵⁴ In senso conforme sostanzialmente LUPOI, M.: "Trusts", cit., pp. 486 ss. secondo il quale in caso di *trust* che prevede un corrispettivo a carico del beneficiario "gli atti di disposizione potranno anche apparire liberali, dato che essi non enunceranno alcuna corrispettività, ma non per questo perderanno la loro natura di adempimento di un'obbligazione contratta a titolo oneroso". In questo caso, secondo l'A., sarà onere di coloro che ne hanno interesse per resistere alla revocatoria dimostrare il collegamento negoziale e quindi l'onerosità. Secondo la nostra ricostruzione si tratta di un unico negozio con causa gestoria qualificata da un dato scopo con effetto segregativo a titolo oneroso o gratuito. Gli atti di costituzione di beni in *trust* eventualmente successivi al primo hanno tutti le medesime caratteristiche.

⁵⁵ Sul punto DENE B PUGGIONI, S.: "Il trust «italianizzato» per sfuggire ai creditori", *Trusts*, 2014, p. 495.

⁵⁶ Così ancora LUPOI, M.: "Trusts", cit., pp. 486 ss. Cfr. anche dello stesso Autore: "I trust interni", cit., p. 389, ove si segnala la "pratica difficoltà di esercitare talune volte l'azione revocatoria nei confronti di un soggetto, il *trustee*, che non è quello rispetto al quale andrebbero accertati gli elementi soggettivi che condizionano il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria".

verso il pagamento di un corrispettivo⁵⁷. Il giudice potrà accertare la ricorrenza dei presupposti dell'azione servendosi anche di presunzioni, ove ricorrano elementi gravi, precisi e concordanti. In particolare, la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio alle ragioni del creditore e la consapevolezza del pregiudizio stesso da parte del terzo possono essere desunte dai rapporti intercorrenti tra i soggetti coinvolti nell'operazione, dalle peculiari modalità di pagamento, dalla successione temporale tra il sorgere del credito e l'attuazione dell'operazione, ecc.⁵⁸.

La diffusione dell'istituto nel nostro ordinamento, come si è detto, induce a riconoscere che la costituzione di un *trust* può essere diretta all'attuazione di una funzione meritevole di tutela che può realizzarsi senza arrecare pregiudizio ai creditori o arrecando un pregiudizio non maggiore e non diverso da quello che deriva da qualsiasi altro atto di disposizione. Si tratta tuttavia, come la giurisprudenza non manca di sottolineare, di uno strumento versatile che “può essere piegato invero al raggiungimento dei più vari scopi pratici”⁵⁹. Del resto, l'impiego del *trust* nell'ambito delle procedure fallimentari costituisce un esempio delle sue ampie potenzialità: esso può essere utilizzato in conformità alla legge e per favorire l'attuazione della stessa. Peraltro, la versatilità che caratterizza il *trust* si traduce anche nella possibilità che attraverso lo stesso vengano perseguiti fini illeciti: eventualità, peraltro, resa oggi piuttosto remota alla luce dell'art. 2929 *bis* c.c. La valutazione, quindi, non può che essere svolta in riferimento alla singola operazione negoziale ed alla funzione che essa in concreto è diretta, in conformità alla volontà delle parti, a realizzare. E' da apprezzare, dunque, la giurisprudenza che mostra particolare attenzione nel valutare i singoli casi tenendo conto di tutti gli elementi che possono far emergere un intento elusivo.

A questo punto, per quanto l'osservazione possa apparire banale, occorre sottolineare che nessun creditore è legittimato a contestare la libertà del debitore di disporre delle proprie risorse come più gli aggrada se il patrimonio che residua dopo questa operazione risulta comunque sufficiente a soddisfare i propri creditori. Non ogni operazione di *trust*, dunque, ingenera diffidenza. Desta sospetto, però, e va attentamente valutata quell'operazioni

⁵⁷ Il *trust* invece non può essere parte del giudizio perché privo di soggettività. Così da ultimo ancora Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

⁵⁸ Sugli elementi presuntivi che possono essere presi in considerazione per accertare il carattere elusivo di un *trust* cfr. LUPOI, M.: “La reazione dell'ordinamento di fronte a *trust* elusivi”, *Trust*, 2005, pp. 333 ss. Vedi sul punto Trib. Milano 3 maggio 2013, <http://www.mpotrustee.it>; Trib. Forlì 30 maggio 2013, *Trusts*, 2015, p. 80; Trib. Reggio Emilia 11 marzo 2015, *Pluris-cedam*. Sull'onere della prova gravante sul creditore che agisce in revocatoria vedi Trib. Milano 26 marzo 2014; Trib. Genova 21 maggio 2014, *Trusts*, 2015, pp. 63 e 76. Sul punto vedi anche CERRI, S. P.: Trust e azione revocatoria nella recente giurisprudenza di merito, *Trusts*, 2015, pp. 137 ss.

⁵⁹ Ancora Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, cit.

con cui un soggetto, ampiamente esposto verso i creditori ed a ridosso dell'avvio delle procedure esecutive nei suoi confronti, costituisca in *trust* tutto il suo patrimonio o la maggior parte dei suoi beni più facilmente aggredibili con azioni esecutive, facendo in modo di non perdere di fatto l'effettivo godimento degli stessi e la possibilità di decidere della loro sorte⁶⁰. Sotto tale profilo il recente intervento legislativo non può che essere valutato positivamente: la pignorabilità dei beni costituiti in *trust* a ridosso dell'assunzione del debito, infatti, senza dubbio pone un freno decisivo alle operazioni fraudolentemente dirette a danneggiare i creditori e, contestualmente, consente di rivalutare l'istituto del *trust* e le sue potenzialità applicative.

ÍNDICE

⁶⁰ Cfr. sul punto PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza»", cit., p. 65, il quale, in riferimento al controllo cui devono essere sottoposti gli atti *ex art. 2645 ter c.c.*, sottolinea che "meritevolezza significa anche controllare la capienza del patrimonio residuo del destinante per il soddisfacimento degli interessi dei creditori".

SAÚDE MENTAL, INCAPACIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL
POR FACTOS ILÍCITOS. BREVE REFLEXÃO

MENTAL HEALTH, INCOMPETENCE AND LIABILITY. BRIEF
CONSIDERATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 108 - 139.

Fecha entrega: 20/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

ANA ELISABETE FERREIRA
Investigadora do Centro de Direito Biomédico
Universidade de Coimbra, Portugal
anelisferreira@hotmail.com

RESUMO: Os grandes avanços da Medicina e da tecnologia de que Hoje a Psiquiatria e a Neurologia beneficiam proporcionam conhecimentos até há pouco inconcebíveis, e vêm circunscrever a visão dos juristas quanto à consideração de alguém como incapaz. Os novos contributos acarretam, naturalmente, particulares exigências quanto ao juízo concreto de inimputabilidade, e também quanto à justificação da não sancionabilidade do inimputável.

São amplos e profundos os estudos que fazem a intercessão entre o problema da saúde mental e a responsabilidade criminal. O que pretendemos com este artigo é confrontar o primeiro problema com a responsabilidade civil, tantas vezes subestimada. Neste sentido, procurámos refletir, essencialmente, sobre as aporias trazidas pelo nosso modelo de ilicitude, pelo princípio da culpa, e pela responsabilização do incapaz por motivos de equidade admitida no nosso ordenamento jurídico. Ademais, concluímos pela manifesta insuficiência das soluções tipificadas para a proteção dos incapazes, face às exigências do princípio jusfilosófico «*venia debilium*».

Este artigo foi primeiramente trabalhado no âmbito do Curso de Doutoramento em Direito da Universidade de Coimbra, em 2011, sob orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro.

PALAVRAS-CHAVE: Culpa, incapacidade, inimputabilidade, responsabilidade civil, saúde mental.

ABSTRACT: Today Psychiatry and Neurology benefit of great advances in medicine and technology, which provides knowledge unthinkable until now, and have limited the view of us lawyers to the consideration of someone incompetent or unable to stand trial. The new contributions entail, of course, particular requirements on the concrete incompetency judgment, as well as to the defense of non *sanctionability* of an incompetent person.

Studies making the intersection between the problem of mental health and criminal responsibility are broad and deep. Our intention with this article is

to confront the first issue with liability, so often underestimated. In this sense, we tried to reflect mainly on the *aporia* brought by our *fault model*, and the problems carried by the liability of incompetent people which is admitted in our legal system, on the grounds of *fairness*. Moreover, we conclude for the obvious lack of typified solutions for protecting incompetent people, facing the demands of the philosophical principle "venia debilium".

This article was first worked during our first year of the PhD in Law, in 2011, at the University of Coimbra, under the supervision of Professor Jorge Sinde Monteiro.

KEY WORDS: Disability, fault, incompetency, liability, mental health.

SUMARIO: I. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO.- II. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.- III. CONCRETIZAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL.- 1. Incapacidade *de facto* e incapacidade *jurídica*.- 2. Concretização da incapacidade civil na Europa.- 3. Menoridade, inabilitação e interdição no ordenamento jurídico português.- A) Protecção do incapaz e suprimento da incapacidade de exercício.- B) A responsabilidade do representante pelos actos do representado.- IV. A DOENÇA MENTAL.- 1. A anomalia psíquica como fundamento da inimputabilidade civil do doente mental.- 2. A imputação do facto ao agente e o problema da *culpa*.- V. BREVES CONCLUSÕES.

I. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO.

Chegará uma altura em que a questão da responsabilidade humana, tanto em termos morais gerais como em questões de justiça e da respectiva aplicação, terá em conta a ciência da consciência, que se tem vindo a acumular. Talvez esse momento já tenha chegado.¹

O incomensurável avanço da Medicina e da tecnologia de que Hoje a Psiquiatria e a Neurologia beneficiam proporcionam conhecimentos até há pouco inconcebíveis, e vem determinar a nossa visão de juristas quanto à consideração de alguém como incapaz. Os novos contributos acarretam, naturalmente, particulares exigências quanto ao juízo concreto de inimputabilidade, e também quanto à justificação da não sancionabilidade do inimputável. Trata-se de um problema que muito frequentemente assalta os nossos tribunais, quando é necessário decidir acerca de uma inabilitação, de uma interdição; da inimputabilidade civil ou criminal de uma pessoa relativamente a um facto ilícito. E “...entre o direito e a ciência e a filosofia não pode haver fronteiras que permitam discrepâncias gritantes: os avanços num desses campos reflectir-se-ão inevitavelmente nos outros...”².

A saúde mental, tal como a moralidade e a inteção das ideias de «regra» e de «norma» e a noção de domesticação do homem³ são fulcrais na compreensão da situação da pessoa na sociedade, e na comunidade em que se insere em particular.

¹ DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente* (trad. Luís Oliveira Santos), Temas e Debates (Círculo de Leitores), Lisboa, 2010, p. 49.

² PIZARRO DE ALMEIDA, C.: *Modelos de Inimputabilidade. Da teoria à prática*, Edições Almedina, Coimbra, 2000, p. 13.

³ POLÓNIO, P.: *Psiquiatria Forense*. Coimbra Editora, Lisboa, 1975, p. 33.

A voluntariedade dos actos e as condições do discernimento da pessoa são as pedras-de-toque por excelência do estudo da incapacidade e da inimputabilidade jurídica que se lhe associa⁴. É evidente que a responsabilidade civil não é espoletada apenas pelos actos queridos, cujos efeitos se previu e em função dos quais se agiu; não é este, evidentemente, o sentido de «acto voluntário». Mas pressupõe-se uma capacidade natural de entendimento e acção⁵ para formar uma vontade juridicamente relevante.

É com base neste juízo fundamental acerca da *capacidade de entender e querer* que se determinará se o lesante é ou não imputável, o que, tradicionalmente, conduz a perguntar também pela sua capacidade de *culpa*. É por isso necessário apreciar detidamente os pressupostos do juízo de incapacitação e inimputabilidade civil, reflectindo sobre o que a determina – se qualquer distúrbio psíquico, volitivo ou emocional, ou se apenas uma doença mental «qua tale»⁶.

A Doutrina mais influente entendeu juridicamente incapacitantes quaisquer perturbações da vontade que afectem a capacidade de autodeterminação, independentemente da manutenção de uma *perfeita capacidade de discernimento* e da “inteira capacidade para estabelecer as providências mais apropriadas ao requerimento e estado dos seus interesses”⁷. A segunda oração que trazemos evidencia, claramente, um paradoxo, e impõe estudo e esclarecimento.

A especial sensibilidade humana e jurídica da questão ordena que a tratemos com a seriedade que merece.

II. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

A simples leitura do preceituado no artigo 483.º do nosso Código Civil evidencia a multiplicidade de pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos. Naturalmente, cada um desses pressupostos apresenta uma construção e uma teleologia próprias no quadro em que se insere.

As primeiras dessas exigências são a verificação de um facto voluntário do lesante e a sua ilicitude.

Um facto considera-se voluntário quando constitua um comportamento ou conduta humana que possa considerar-se objectivamente controlável pela

⁴ Vide artigo 488.º do Código Civil.

⁵ ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, vol. 1, Edições Almedina, 9.º edição, Coimbra, 1996, p. 547.

⁶ A mesma questão é já colocada em FERRER CORREIRA, A.; CORREIA, E.: “Fundamentos da interdição por demência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 86.º, núm. 3017, p. 305.

⁷ *Ibidem*.

vontade do sujeito. Não significa, portanto, que o sujeito tenha de «querer» cometer o acto, ou estar motivado a praticá-lo e prever as suas consequências, mas apenas que este não é fortuito, que não se encontra fora do âmbito da sua disposição ou controlo. Tal comportamento, como logo se depreenderá, não tem de apresentar um carácter positivo de acção, podendo também consubstanciar uma omissão, conquanto esta seja, concretamente, causa do dano.

Este acto voluntário e danoso, como se disse, terá de ser ilícito para desencadear uma reacção jurídica. No direito civil, a ilicitude pode exprimir-se na violação de um direito de outrem, na violação de uma lei que proteja interesses alheios (conquanto se trate da violação de uma norma legal em cujos fins figure a tutela dos interesses em causa, e o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar), ou no abuso de direito⁸.

O conceito de ilicitude não se encontra, também ele, isento de dificuldades e aporias, que têm originado diversas construções dogmáticas.

É certo que a ilicitude exprime sempre algo de contrário ao Direito. Mas podemos concebê-la como a antijuridicidade de um acto ou conduta objectivamente contrários a uma norma jurídica, independentemente de se se verificar ou não uma vontade consciente e livre a dar-lhes origem, como podemos aventar, pelo contrário, que só existe ilicitude nas condutas subjectivamente voluntárias⁹.

É evidente que a tomada de posição nesta contenda depende de uma definição prévia relativamente às funções da própria responsabilidade civil. Tradicionalmente, a função ressarcitória assume o papel fundamental na justificação da responsabilidade civil, afirmando que esta se destina, em primeiríssima linha, a eliminar ou compensar um dano. Mas não pode obliterar-se a finalidade da prevenção, que legitima os expedientes destinados a evitar o dano¹⁰.

Além destas, de que sempre se fala, não pode ignorar-se ainda a possibilidade de admitir uma função punitiva da responsabilidade civil. É reconhecido pela Doutrina que existem «penas civis»¹¹ mas, independentemente disso, perguntamos, não encontraremos já a punibilidade diluída na função ressarcitória, na medida em que a indemnização constitui um padecimento

⁸ ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., pp. 552 a 567.

⁹ Assim, PESSOA JORGE, F.: *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Edições Almedina, Coimbra, 1995, pp. 63 e ss.

¹⁰ CARNEIRO DA FRADA, M.: *Direito Civil e Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Edições Almedina, Coimbra, 2006, pp. 64 a 72.

¹¹ Como a *cláusula penal*. Assim, CARNEIRO FRADA, M., *ibidem*.

económico? Não estará também presente na responsabilidade civil a ideia de *condenação*?

Só assimilando como deva conceber-se a ilicitude poderá então averiguar-se o que deve compreender a expressão “violar ilícitamente o direito de outrem”.¹²

Nem sempre a previsão da ilicitude, enquanto requisito da responsabilidade civil, aparece positivada (por exemplo, nos ordenamentos jurídicos francês e italiano). Isso acontece, essencialmente, porque não se encontram previstos legalmente, de modo nominado, os bens jurídicos protegidos¹³. O nosso Legislador optou por sintetizar no artigo 483.º do Código Civil os n.ºs I e II do § 823 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemão. Ainda assim, as discussões persistem.

Ainda que se responda à primeira questão, à luz do nosso ordenamento jurídico, afirmando que a voluntariedade da conduta, em sentido estrito, não é condição da responsabilidade civil – uma vez que ela é também uma resposta aos ilícitos cometidos a título de negligência – subsiste a questão de determinar se o juízo de censura que a ilicitude consubstancia se refere ao comportamento do agente ou ao resultado desse comportamento¹⁴.

Em nossa opinião, devemos considerar que a ilicitude se encontra no comportamento concreto, é característica desse comportamento que se opõe ao Direito, independentemente da motivação (ou ausência de motivação) do lesante para o acto, e independentemente de ele desejar ou não prosseguir um fim contrário ao Direito. A ilicitude relevante para efeitos de responsabilidade civil deve ser uma concreta e objectiva reprovação jurídica de um acto, que justifica o sancionamento do seu autor.

Não será correcto afirmar, sem mais, que a ilicitude é antijuridicidade, como se fosse definível como uma atitude subjectiva contra o Direito. Será mais preciso tomá-la como característica de um comportamento que se opõe às exigências do Direito. A ilicitude é a afirmação de uma incompatibilidade face ao Direito que se manifesta num facto, não uma característica do agente.

Esta concepção de ilicitude que vimos de afirmar tem, segundo cremos, a vantagem de se afastar de uma concepção moral da necessidade de sanção, tornando-a práctico-normativa; afastando a resposta jurídica de uma ideia de

¹² O debate em SINDE MONTEIRO, J.: “Rudimentos de Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano II, 2005, pp. 355 e ss. (pp. 349 – 390)

¹³ Assim, TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M.: *Direito das Obrigações*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pp. 274 e 275.

¹⁴ *Ibidem*.

castigo pelo *pecado* ou pelos *vícios* da personalidade.

Dito isto, fica designado um outro pressuposto da responsabilidade civil: que o acto possa ser juridicamente imputado a um determinado agente. A imputação do facto ao agente identifica-se, tradicionalmente, com a culpa, por recurso às concepções de dolo e negligência. Tradicionalmente também, pois, a culpa em sentido amplo consiste precisamente na imputação do facto ao agente¹⁵.

Este pressuposto é considerado fundamental, uma vez que a responsabilidade civil independente de culpa é, à luz do nosso ordenamento jurídico, excepcional¹⁶. Naturalmente, esta será uma das nossas preocupações essenciais no presente apontamento, razão pela qual nos debruçaremos *infra*, detidamente, sobre a imputação e a culpa, garantindo-lhes um tratamento autónomo.

Costumou afirmar-se que a ilicitude e a imputação não se confundem, pois enquanto a primeira exprime um juízo de valoração objectivo, pela violação de bens juridicamente protegidos, a segunda traduziria uma censura subjectiva quanto ao comportamento do agente. Ora, naturalmente, este será também um aspecto a debater mais à frente.

Implícito em todo o nosso discurso, e explícito na norma do artigo 483.º do Código Civil, está o facto de que o acto ilícito voluntário provocou um dano a outra pessoa. Em sede de responsabilidade civil, como de resto em todos os âmbitos em que possa verificar-se a função sancionatória do Direito, pode dizer-se, tudo acontece por força da existência de um dano. Afirmar que é a verificação de um dano o motor central da responsabilidade civil significa assumir aquela sua função reparadora ou ressarcitória como primordial, mesmo quando assuma um papel preventivo e/ou repressivo de comportamentos danosos semelhantes¹⁷.

A verificação de um dano juridicamente relevante afere-se, não pela simples violação ilícita de um direito, mas pelo concreto sofrimento de um prejuízo: a tutela do Direito pré-existe à conduta danosa e consubstancia uma garantia de protecção, mas a obrigação de reparar nasce apenas quando, por causa daquele comportamento, sobrevém uma lesão, patrimonial ou moral.

Não obstante, devemos admitir que a preocupação civilista com o dano

¹⁵ Assim em ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., p. 582; DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Edições Almedina, Coimbra, 2001, p. 530.

¹⁶ A síntese em SINDE MONTEIRO, J., VELOSO, M^a. M.: “Fault under Portuguese Law” in WIDMER, P. (ed.): *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, p. 180.

¹⁷ DE FREITAS RANGEL, R. M.: *A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil. Um olhar sobre a Jurisprudência*, Edições Almedina, Coimbra, 2004, p. 17.

ultrapassa o «aqui e agora» da sua causação, tendo também evidente uma dimensão de prevenção. A obrigação de reparar funcionará como exemplo social da tutela do Direito e da sua imposição coercitiva, pretendendo evidenciar um princípio de organização comunitária.

Consoante o bem jurídico violado e a possibilidade de avaliação pecuniária, o dano apresenta diferentes configurações normativas. Pode ser pessoal ou não pessoal (relativo a pessoa ou a coisa) e corresponder ou não a uma perda patrimonial. Tratando--se de um prejuízo patrimonial, pode caracterizar-se por uma perda ou desfalque no património constituído do sujeito ou, pelo contrário, consubstanciar um lucro cessante ou ganho frustrado¹⁸.

Naturalmente, tem de verificar-se um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Este é, tradicionalmente, o domínio que maiores dificuldades tem suscitado no estabelecimento *in concreto* dos pressupostos da responsabilidade civil.

A exigência indefectível desta relação entre a conduta ilícita e o dano causado significa, como é evidente, que não haja que ressarcir todos os danos que sobrevenham ao acto ilícito, mas tão-só os que possam dizer-se produzidos por ele, desempenhando assim um papel de *medida* da responsabilidade civil¹⁹.

Estes são os pressupostos-regra da responsabilidade civil por factos ilícitos, que entendemos referir sumariamente para confrontar com o problema da responsabilização do incapaz adulto, que pode ser civilmente *inimputável*. A responsabilidade do incapaz adulto não se confunde com a responsabilidade objectiva, pois nesta o lesante responde por *caso fortuito* ou de *força maior*²⁰, prescindindo-se «ab initio» da culpa enquanto pressuposto da obrigação de reparar o dano. Naturalmente, tal não equivale à situação de responsabilização do inimputável. Por certo, neste caso, a existência de responsabilidade civil estará também dependente da verificação de um facto ilícito e danoso, mas a imputação em razão da culpa suscitará, evidentemente, perplexidades. Além do mais, como veremos, só haverá lugar à reparação por parte do agente que seja considerado inimputável em situações de excepção, razão pela qual podemos afirmar que a responsabilidade civil do inimputável se encontra dependente da verificação de um espectro mais amplo de pressupostos. Uma primeira tentativa de sistematização de tais pressupostos já conseguida vem sugerir, precisamente, além dos tradicionais, que o facto tenha sido praticado em condições de ser considerado reprovável se houvesse sido praticado por pessoa imputável, que seja impossível obter

¹⁸ As distinções, sumariamente, em DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, cit., pp. 541 a 548.

¹⁹ DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, cit., p. 555.

²⁰ Assim, ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., p. 585.

reparação por parte das pessoas obrigadas à vigilância do lesante, e que a sua responsabilização possa justificar--se pela equidade²¹. Todos estes requisitos teremos oportunidade de analisar em breve.

III. CONCRETIZAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL.

1. Incapacidade *de facto* e incapacidade *jurídica*.

A ausência de capacidade de exercício, como logo se depreenderá, não resulta sempre de uma decisão judicial ou, por força da lei, da condição de menoridade. Ela decorre, muitas vezes, de doença mental ou físico-mental, transitória ou duradoura, ou de um estado de alteração fisiológica decorrente, por exemplo, da ingestão de substâncias como o álcool ou as drogas²².

Também a incapacidade de facto –*rectius*, a que não decorre da lei ou de decisão judicial, dita «incapacidade jurídica»– não pode deixar de apresentar relevo jurídico: naturalmente, o doente mental não interdito ou inabilitado, bem como aquele que agiu sob o efeito de substâncias perturbadoras, quando se prove que a sua condição o tenha impedido de entender ou querer um comportamento ilícito danoso, poderão ver atenuada ou excluída a sua responsabilidade. A distinção, em boa verdade, não terá nenhum relevo prático, à excepção deste: ao abrigo do artigo 488.º/2 do nosso código civil, presumem-se *inimputáveis* os menores de 7 anos e os interditos; dois casos em que a incapacidade jurídica é relevante em sede de responsabilidade civil, situação em que a incapacidade de facto não gera qualquer presunção.

2. Concretização da incapacidade civil na Europa.

Não pode dizer-se que as soluções jurídicas relativamente à incapacidade civil diverjam fortemente no horizonte europeu, embora apresentem características dissemelhantes que merecem, especialmente, referência.

Na Alemanha, à luz do § 104 do BGB, define-se a incapacidade para contratar do doente cuja perturbação mental impeça o exercício da vontade, equiparando-o, para os mesmos efeitos, ao menor de 7 anos de idade. Ao abrigo do § 827, e em conformidade com o artigo anterior, o incapaz adulto não é responsável pelos actos ilícitos danosos que cometa, a menos que se tenha auto-colocado em estado de perturbação, caso em que responderá a

²¹ Assim em ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., p. 586.

²² *Vide* ROCHA RIBEIRO, G.: *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 151 e ss.

título de negligência.

Numa fórmula reproduzida «ipsis verbis» pelo código civil português, os §§ 828 e 829 prevêm ainda a irresponsabilidade dos menores de 7 anos, por um lado, e a obrigação de reparar os danos por parte dos incapazes, por motivos de equidade, quando não seja possível obter reparação por parte das pessoas obrigadas à sua vigilância.

Assume particular relevo em França o *Code d'Action Social et des Familles*, ao prever nos artigos L114 e L114-2 que deva assegurar-se às pessoas toda a autonomia de que sejam capazes. É considerado *handicap* toda a limitação da acção ou restrição da participação na vida em sociedade em razão de alteração substancial, durável ou definitiva de uma ou mais funções físicas, sensoriais, mentais, cognitivas ou psíquicas.

Por outro lado, as soluções apresentadas pelo código civil francês em matéria de incapacidade apresentam algumas especificidades: o artigo 414-1 começa por estabelecer que, para praticar um acto válido, é necessário encontrar-se «são de espírito». Depreendemos pelo artigo 425 que será *incapaz por anomalia psíquica*, toda a pessoa impossibilitada de prover sozinho aos seus interesses em razão de uma alteração, medicamente constatada, das suas faculdades mentais, impediendo a expressão da sua vontade.

O artigo 414-3 afirma expressamente que aquele que causa dano a outro sob distúrbio mental *não fica menos obrigado à reparação*, mas esta norma deve ser concertada com a que consta do artigo 1384 do código, e estabelece a responsabilidade pelos danos causados pelas pessoas e pelas coisas *por quem se deva responder*, devendo concluir-se que, quando haja obrigação de responder pelo incapaz o dano será ressarcido pelo obrigado mas, se não existe essa obrigação de vigilância ou em caso de incapacidade acidental, a pessoa perturbada não fica exonerada de responder.

É idêntica a solução espanhola, ao prever no artigo 206 a tutela e a curatela dos incapazes, mas muito singular e sugestiva a obrigação da presença do Ministério Público em representação do incapacitando em quaisquer processos de incapacitação. Esta solução espanhola, em particular, parece-nos a mais acertada para garantir a protecção da pessoa para quem se pede a incapacitação, sobretudo se pensarmos que estamos perante processos que se encontram tantas vezes repletos de pressões de toda a ordem. A presença do Ministério Público teria como objectivo garantir que a incapacitação civil serve os interesses do incapacitando e não as conveniências de terceiros. Em Portugal, a intervenção do Ministério Público é meramente acessória^{23,24}

²³ Cfr. artigos 944.º a 947.º do Código de Processo Civil Português.

Interessante notar que, ainda na legislação espanhola, quando se estabelece a obrigação de reparar o dano por parte das pessoas obrigadas a responder por outrem, se mantém uma sugestiva contraposição de “culpa” e “dolo”, insinuante de que, nos vários ordenamentos jurídicos, jogamos ainda com terminologias que poderão evidenciar algumas barreiras semiótias.

Em tudo idêntica às soluções alemã e portuguesa neste âmbito particular é a resolução da legislação italiana, que estabelece também, nos artigos 2046 e 2047, que não responde pelo facto danoso quem, no momento da sua prática, não tinha capacidade de entender ou querer, a menos que tal estado de incapacidade derive de culpa sua. O ressarcimento será devido, em regra, pelo obrigado à vigilância do incapaz, salvo se puder provar a impossibilidade de impedir o facto ou se, por motivos de equidade, dever ser o incapaz a compensar o dano.

Neste breve e genérico relance podemos observar que os regimes europeus em matéria de incapacidades são, no fundamental, muito semelhantes. É patente a preocupação com a regência pessoal e patrimonial das pessoas mentalmente diminuídas e denota-se alguma negligência no que concerne às garantias de uma incapacitação justa²⁵ e que preserve tanto quanto possível a autonomia pessoal.

É especialmente digno de nota o facto de quase sempre haver a possibilidade de exigir ao incapaz a reparação dos danos que haja ilicitamente causado por motivos de equidade. Trata-se de uma questão complexa e delicada num sistema em que a responsabilidade exige, em regra, a *culpa*. O recurso à equidade para garantir que o lesado é ressarcido através dos bens do incapaz, quando o obrigado à vigilância teria em primeira linha a obrigação de reparar o dano, é uma solução estratégica de protecção do lesado, mas que corre o risco de anular ou inutilizar, neste campo, o estatuto de inimputável. A situação agudiza-se especialmente nas situações em que o obrigado à vigilância tenha sido grosseiramente negligente quanto ao seu dever de

²⁴ Acerca do carácter residual da intervenção do Ministério Público em Portugal, em processos de incapacitação, vide TÁVORA VÍTOR, P.: *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 107 a 109.

²⁵ Tomámos contacto pessoal com o seguinte caso, que ilustra bem a nossa preocupação: *A*, marido de *B* e cunhado de *C* (de 47 anos de idade), pretende tornar-se proprietário de um terreno de *C*, contíguo ao seu. Dirige-se à Conservatória do Registo Predial, acompanhado de *B* e *C*, de modo a formalizar uma doação desse terreno por parte de *C*. O conservador responsável entende não proceder à escritura alegando que *C* apresenta anomalia psíquica notória e não compreende o valor da doação que está prestes a levar a cabo, tendo sido pressionada por *A* e *B* para o fazer. Com base nestas declarações do conservador, que pretendia salvaguardar o património de *C*, *A* conseguiu finalmente a interdição de *C*, que havia tentado duas vezes antes sem sucesso, por o tribunal entender que a doença mental de *C* não a impedia de reger o seu património. *A* tornou-se representante legal de *C* e, tal como desejava, pode agora usufruir dos seus bens de acordo com a sua conveniência.

guardar e não tenha, ao contrário do incapaz, meio de ressarcir o prejuízo. Quando o incapaz que tenha agido sem discernimento é obrigado a reparar os danos causados, seja por que motivo for, ele não está a gozar da protecção que supostamente lhe seria concedida pela situação de inimputabilidade civil.

Outra perplexidade espoletada por esta breve análise que fizemos é a permanente confusão, deliberada, entre os doentes mentais e as crianças, nomeadamente para efeitos de inimputabilidade. Este é, sem dúvida, um tópico que merece ser revisto pela Doutrina, à luz dos novos estudos das Ciências e da Medicina quanto à capacidade de discernimento e memória²⁶, que claramente aventam estarmos perante situações inconfundíveis. As crianças merecem, tal como os adultos incapazes, uma protecção adaptada à sua condição e necessidades particulares, o que dificilmente será conseguido através de um critério prescritivo *standard* que oblitere que – em regra – a incapacidade do adulto tende a agravar-se enquanto a da criança tende a desaparecer. Os trabalhos da Psicologia e da Psiquiatria, que se ocupam das diversas componentes da mente sã e suas gradações, expressamente distinguem a mente infantil da mente adulta doente²⁷.

3. Menoridade, inabilitação e interdição no ordenamento jurídico português.

O sistema jurídico deve procurar, inabscindida e continuamente, uma articulação, que é por vezes muito difícil, entre a autonomia da pessoa e a sua protecção face aos outros e a si mesma, de modo a garantir o equilíbrio possível na vida comunitária, com respeito pela sua dignidade essencial. A promoção da autonomia pessoal por parte do Direito traduz-se, essencialmente, na propensão para a manutenção de um máximo possível de capacidade jurídica, em particular no campo do direito civil²⁸.

A pessoa, na sua singularidade, é única e irrepetível, e pretende-se livre e autónoma, regendo-se plenamente pela sua própria vontade individual. Esta pessoa, que é subjectividade autónoma, está no mundo com os outros, razão pela qual, na sua dimensão comunitária, é necessariamente solidária e responsável, co-envolvida e convivente.

É próprio de toda a comunidade do reino animal a protecção dos mais vulneráveis e débeis. No caso dos seres humanos, contudo, e desde a primeira horda humana, esta preocupação evidencia, não um mero instinto

²⁶ Neste sentido, ELLIS, J. W.: “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 6, núm. 4, 1981, p. 1079 (pp. 1079 -1109).

²⁷ Como *aperitivo*, CASTRO FONSECA, A.: “Um estudo sobre o desenvolvimento moral da criança”, *Revista Portuguesa de Pedagogia*, núm. 21, 1987, pp. 503 a 522.

²⁸ TÁVORA VÍTOR, P.: *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, cit., p. 15.

básico de preservação do máximo de exemplares da espécie em favor da sua manutenção, mas um princípio de solidariedade existencial, coesão e compaixão, corolário de um sentido empático extraordinariamente desenvolvido por força da sofisticação da linguagem. O princípio «*venia debilium*»²⁹, documentado já na Antiguidade bíblica e muito desenvolvido com o direito romano, é espelho disso mesmo.

Naturalmente, o Direito vem reflectir estas expectativas de protecção dos mais vulneráveis, determinando limitações à sua capacidade de exercício em seu benefício próprio. Assim acontece no caso dos menores e dos incapazes por anomalia psíquica.

As incapacidades civis fundam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas, e atingem uma pluralidade de aspectos, com vista à protecção da pessoa no âmbito especificamente visado pela incapacidade³⁰.

A incapacidade civil decorre habitualmente da menoridade, da interdição ou da inabilitação³¹, mas pode também ser proporcionada pelas denominadas «incapacidades acidentais», ou ainda por uma diminuição natural incapacitante sem que tenha havido interdição ou inabilitação³². Em todos estes casos, a pessoa pode não estar apta a praticar ou intervir em determinados negócios jurídicos, como pode ser considerada incapaz de entender ou querer a prática de um acto ilícito danoso.

É *automática* a incapacidade jurídica decorrente da menoridade, ao passo que a interdição e a inabilitação dependem de decretação judicial.

Estamos em crer que a figura jurídica da incapacidade acidental, no específico âmbito da responsabilidade civil por factos ilícitos³³, deveria reservar-se para as situações em que uma pessoa, por força do consumo de álcool ou de estupefacientes³⁴, não se encontra na posse plena das suas faculdades mentais, no sentido de se auto-determinar conscientemente para a prática do facto ilícito, de modo a que se opere uma clara distinção entre estas, que não sofrem de qualquer doença mental, e aquelas que efectivamente sofrem de anomalia psíquica, permanente ou esporadicamente incapacitante, ainda que

²⁹ MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil*, IV, Parte Geral – Pessoas, Edições Almedina, Coimbra, 2011, pp. 486 e 487.

³⁰ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 173.

³¹ Artigos 122.º a 156.º do Código Civil português.

³² *Idem*, p. 175.

³³ O artigo 257.º do código civil expõe uma concepção particular de «incapacidade acidental» para fazer face às necessidades de tráfego ao nível dos negócios jurídicos, referindo-se apenas à validade da declaração negocial.

³⁴ Eventualmente, também sob o efeito da hipnose.

não se encontrando interditas ou inabilitadas. Ainda que o facto ilícito danoso haja sido cometido por uma pessoa não judicialmente incapacitada, durante um surto pontual, manifestação de uma doença mental que não é permanentemente incapacitante, pensamos que este episódio não deve identificar-se com uma «incapacidade acidental», pois não dependeu do próprio lesante a verificação do surto. Este surto, embora ocasional, é produto de um distúrbio relativamente duradouro ou persistente, que não deve confundir-se com a ingestão de substâncias transtornantes ou qualquer auto-colocação em estado de perturbação.

Como afirmámos, o interesse determinante em sede de incapacidades é o interesse do próprio incapaz³⁵. Isto é por demais evidente ao pensarmos na menoridade. Entende-se que a criança não possui o discernimento suficiente para governar a sua vida e os seus bens, razão pela qual se lhe comina uma incapacidade geral³⁶, que apresenta diferentes níveis de intensidade em diferentes esferas. A menoridade, consubstanciando incapacidade civil, abrange, em regra, quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial por parte do menor até que atinja os 18 anos ou até à emancipação pelo casamento³⁷. Ao nível da responsabilidade civil, o artigo 488.º/2 do Código Civil apenas define que se presumem inimputáveis os menores de sete anos³⁸. A responsabilização dos menores é, naturalmente, uma matéria de trato difícil, razão pela qual a maioria dos países europeus não definiu sequer um limite de inimputabilidade³⁹. Em Portugal, a criança pode ser civilmente responsabilizada se tiver consciência das consequências dos seus actos e a capacidade necessária para agir segundo essa consciência⁴⁰, uma solução não isenta de interrogações⁴¹.

A incapacitação em razão de interdição ou inabilitação obedece, naturalmente, a diferentes pressupostos. Desde logo, trata-se neste caso de expedientes de protecção apenas aplicáveis a pessoas maiores de idade, que por algum motivo se vejam incapacitadas de governar a sua vida pessoal e/ou os seus bens, embora a lei permita o requerimento e o decretamento da interdição dentro do ano anterior à maioridade⁴², de modo a que a pessoa se encontre juridicamente protegida em tempo útil.

³⁵ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 227.

³⁶ Vide artigo 123.º CCiv.

³⁷ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 228 e ss..

³⁸ A este respeito, SINDE MONTEIRO, J.: “Rudimentos de Responsabilidade Civil”, cit., p. 369.

³⁹ Vide FERREIRA, N.: “The harmonisation of private law in Europe and children’s tort liability: A case of fundamental and children’s rights mainstreaming”, *International Journal of Children’s Rights*, vol. 19, 2011, p.580.

⁴⁰ Veloso, M^a. M.: “Children as Tortfeasors under Portuguese Law”, *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wien: SpringerWienNewYork, 2006, p. 311.

⁴¹ *Idem*, p. 312.

⁴² DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 235.

Ao abrigo do regime legal estabelecido nos artigos 138.º e seguintes do Código Civil português, podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar as suas pessoas e bens. Decretada a interdição, o interdito será equiparado ao menor para a maioria dos efeitos práticos, presumindo-se também a sua inimputabilidade para efeitos de responsabilidade civil⁴³.

Esta colocação da nossa lei é plena de aporias e perplexidades, desde logo no elenco que avança de causas ou pressupostos da interdição. Sublinhe-se que se trata de uma matéria particularmente grave no âmbito do nosso apontamento, razão pela qual deverá merecer toda a atenção.

Teremos oportunidade de analisar *infra*, autonomamente, as dificuldades subjacentes à expressão «anomalia psíquica», no sentido de aferir o que pretende compreender, e qual a sua «ratio iuris» própria. Independentemente desta expressão, porém, sobejam as questões acerca do carácter ou intensidade da surdez-mudez ou cegueira necessários para justificar o requerimento da interdição; questões só relativamente atenuadas pelo facto de se cometer ao expediente da inabilitação, à luz do artigo 152.º, as situações de deficiência física ou mental, permanentes e incapacitantes, de cunho menos grave. Só relativamente atenuadas, porque não existem critérios auxiliares, porque a inabilitação se reserva para a incapacidade de reger o património – «rectius», de dispor «inter vivos» do seu património⁴⁴ – (e não para uma capacidade diminuída de reger a sua pessoa, paradigmaticamente), e ainda, porque somos obrigados a perguntar-nos se não existirão outras situações que justifiquem a interdição.

Quanto ao segundo ponto, seria importante reflectir sobre a possibilidade de a inabilitação, ou outra forma de incapacitação, abranger situações de esporádica inaptidão para reger a própria pessoa, e não apenas o seu património, baseada nas causas tipificadas, ou noutras, como a propensão para estados depressivos, perturbações do humor ou da personalidade não configuráveis como patologia e não permanentemente incapacitantes.

Quanto ao último ponto, podemos pensar, por exemplo, se não poderá justificar-se a interdição de pessoas em estado de coma⁴⁵ ou em estado vegetativo persistente. Admiti-lo significaria facilitar a administração dos bens, jurídicos e patrimoniais, da pessoa que se encontra objectivamente incapaz de se reger, a si mesma e aos seus haveres, protegendo-a. Além do

⁴³ Artigos 139.º e 488.º/2 do Cciv..

⁴⁴ Artigo 153.º/1 Cciv.

⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 241.

mais, saliente-se, é também perfeitamente concebível uma situação em que uma pessoa em coma, ou em estado vegetativo persistente, causa danos a outrem, nomeadamente por omissão de um comportamento. Se, por hipótese, chegar a tribunal um processo de responsabilidade civil (*contractual* ou *extracontractual*) que coloque a pessoa em coma (não auto-induzido)⁴⁶ ou em estado vegetativo persistente na posição de réu, tudo seria agilizado se a pessoa em causa estivesse interdita, pois assim se presumiria a sua inimputabilidade, não sendo necessário provarse que não teve culpa.

Em nosso ver, o que é mais impressionante quando se analisam casos de interdição e inabilitação é, sem dúvida, a ausência de critérios para a sua decretação, como logo se constata num breve relance pela Jurisprudência nacional⁴⁷. Estamos em crer que poucas vezes a perícia médica se revelará suficiente para servir de base a um juízo acerca da capacidade jurídica, ficando sempre muitas incertezas acerca do grau de gravidade de uma mesma doença que separará a decretação da interdição da inabilitação e, bem assim, também muitas dúvidas quanto à legitimidade do juiz para decidir por uma interdição quando haja sido pedida uma inabilitação, ou vice-versa. Outra questão que propomos, por sua vez, é a de saber se poderá diligenciar-se no sentido de obter um parecer, acerca do estado de saúde de uma pessoa para quem se peça a incapacitação civil, a um não médico – por exemplo, um homeopata, um conselheiro espiritual ou um qualquer profissional de *medicina alternativa* que tenha tido contacto com a pessoa em questão e por causa da sua condição particular.

São muitos, portanto, os tópicos de reflexão que poderíamos avançar nesta matéria. A sua mera enunciação, não obstante, deixa o mote para estudos posteriores.

A) Protecção do incapaz e suprimento da incapacidade de exercício.

Enquanto a incapacidade dos menores é, em princípio, suprida por aqueles

⁴⁶ Se o coma for resultado, por exemplo, de embriaguez, o lesante deverá ser responsabilizado (a título de negligência), de acordo com o artigo 488.º/1.

⁴⁷ Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18-12-2002 (Processo n.º 03B1717), de 29-4-2003 (Processo n.º 03A2745) e um mais antigo, de 29-05-1980 (Processo n.º 068800). No primeiro caso, está «sub judice» uma série de irregularidades relativas ao processo de interdição pedido pelo Ministério Público, relativos à perícia médica e em que se duvida que a matéria de facto sustente a interdição; no segundo caso, afirma-se que “a anomalia psíquica é «conditio sine qua non» para que se decrete quer a interdição, quer a inabilitação” e que a falta grave de conhecimentos da vida quotidiana (fruto de um «modus vivendi» particular) não justifica qualquer incapacitação; por último, no terceiro acórdão do Supremo Tribunal afirma-se que o artigo 954.º do Código de Processo Civil permite que o juiz escolha entre decretar a interdição ou a inabilitação, independentemente do pedido, aventando-se que “não existe qualquer valor preferencial ou de hierarquia entre os três meios prévios inquisitórios – parecer do conselho de família, exame médico e interrogatório do arguido – estando todos, por isso, em pé de igualdade”... (Sublinhado nosso.)

que exercem responsabilidades parentais, no caso dos interditos há lugar a representação legal (tutela) e, no caso dos inabilitados, a assistência de curador⁴⁸. Há fortes diferenças teleológicas nestas tutorias, mais uma vez, consoante o que haja motivado a incapacitação civil. Assim, os inabilitados mantêm plena, em princípio, a regência da sua pessoa e a sua capacidade negocial de gozo, pois a inabilitação abrange apenas os actos de disposição entre vivos, e os que mais forem apontados na sentença⁴⁹. Pelo contrário, os interditos por anomalia psíquica estão feridos de incapacidade de gozo quanto, por exemplo, ao casamento e ao testamento, aventando-se que a sua incapacidade é, neste âmbito, insuprível. Mas o mesmo já não acontece também com os interditos por surdez-mudez ou cegueira que, apesar de se encontrarem também sob interdição, apresentam, segundo a Doutrina, maior capacidade de gozo⁵⁰.

Esta solução é compreensível se o surdo-mudo ou o cego apresentarem capacidade de entender e querer realizar um negócio jurídico pessoalíssimo, mas, se assim é, devemos perguntar-nos se a interdição, enquanto forma tão gravosa de incapacitação, se justifica. E, ademais, perguntar também se se justifica que estas pessoas que se entendeu terem capacidade de entender e querer a prática de negócios jurídicos, devem ser consideradas presumivelmente inimputáveis em sede de responsabilidade civil.

Os mesmos institutos vêm abranger um leque talvez demasiado amplo de situações, razão pela qual é depois necessária toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que analise a fundamentação do estabelecimento de estatutos substancialmente diferentes.

Quando analisamos o modo como o Direito –a lei, a Jurisprudência e a Doutrina, especialmente– envidam justificar a amplitude da incapacitação e o suprimento das incapacidades, somos levados a acrescentar algumas questões ao rol das que anteriormente expusemos, que se sintetizam numa só: serão válidas, e cumprirão o seu propósito normativo, as figuras da interdição e da inabilitação tal como se encontram ainda plasmadas no nosso Código Civil e como têm sido entendidas pelo Pensamento jurídico?

Por tudo o que vimos de expor, parece-nos que estas construções normativas devem, em nome da justiça material, ser revistas.

B) A responsabilidade do representante pelos actos do representado

O que é sobretudo importante no campo da responsabilidade civil é o facto

⁴⁸ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 231 a 243.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil*, IV, cit., pp. 502 e 503.

⁵⁰ Neste sentido, DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 236.

de o representante do incapaz, estando obrigado à sua vigilância, responder juridicamente pelos prejuízos que o incapaz cause a outrem⁵¹.

Esta é uma opção legal que se justifica pela obrigação que recai sobre o encarregado da vigilância de prover ao cuidado e diligência necessários para impedir a ocorrência de quaisquer incidentes. O termo «vigilância» deve, pois, ser compreendido, neste âmbito particular, no seu sentido mais amplo, de modo a abranger um dever de vigiar, cuidar e intervir em situações de perigo, com o maior empenhamento possível no sentido de prevenir a causação de danos (ao próprio ou) a outrem.

Teremos oportunidade de analisar *infra* os fundamentos desta solução face à questão da imputação do facto danoso ao lesante. Por agora há que notar que, na maior parte das vezes em que o incapaz provoque um dano pela prática de um acto ilícito, tal dano estará fadado a permanecer sem reparação, por não haver a quem exigir o ressarcimento. Se nem sempre assim sucede é, precisamente, porque existe alguém obrigado à vigilância do incapaz, que não cumpriu o seu dever, e por isso deve responder pelo facto ilícito danoso. Ainda assim, o obrigado à vigilância pode provar que cumpriu regularmente o seu dever de vigilância, ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivesse feito, situações em que, uma vez mais, o dano tenderá a permanecer sem reparação.

Note-se, por último, que a lei civil esclarece que se consideram obrigados à vigilância do incapaz apenas aqueles que a lei ou uma decisão judicial hajam determinado – os responsáveis pelo menor; o representante do interdito; o curador do inabilitado – e não todos aqueles que habitualmente, quotidianamente, possam eventualmente exercer essa função de cuidado e vigilância.

IV. A DOENÇA MENTAL.

1. *A anomalia psíquica* como fundamento da inimputabilidade civil do doente mental.

A discussão acerca da disposição mental para a prática de qualquer acto, inclusivamente, de um acto ilícito, depende «ab initio» da própria ideia de «mente» ou «mental», tão amplamente debatida.

Houve dezenas de tentativas de aproximação ao tema ao longo dos últimos anos, mas nenhuma até agora beneficiou de consenso suficiente.⁵²

⁵¹ Artigo 491.º do Código Civil.

⁵² Vide TENGLAND, P.-A.: *Mental Health. A Philosophical Analysis*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001, p. 9.

Os principais problemas levantados pela apreciação do que a mente seja prendem-se com a sua imaterialidade, com o facto de não ocupar volume físico; de ser um ente de tempo mas não de espaço. Outra grande dificuldade intrínseca é, evidentemente, a sua acessibilidade exterior.

Do mesmo modo, não existe sequer consenso acerca do que pertence ou não à mente, ou como pode ela ser dividida. É pois importante acentuarmos o que, independentemente da multiplicidade de caracterizações, não pode deixar de estar na mente: Autores tão diversificados quanto Freud, Lacan, Arendt ou Cury identificaram na mente três instâncias distintas. Estes e outros autores denominaram e identificaram diferentemente essas divisões.

Da sua leitura conjunta obtemos a afirmação indecomponível da existência de (1) uma instância inconsciente, (2) uma instância consciente, e de (3) um Eu que não pode identificar-se estritamente com qualquer das divisões anteriores.

É com base numa extremamente complexa noção de mente que deve aferir-se, para efeitos de capacidade jurídica, a saúde mental. As faculdades de entender e querer pressupõem um equilíbrio mínimo do todo mental, e este depende de factores biológicos (neurológicos, em particular), de factores puramente psicológicos (ou *não materiais*; de simbolismo e idealização) e também de factores sócio-culturais (incluindo os aspectos económicos e ambientais). O que acabamos de afirmar, sendo herdeiro do discurso *bio-psico-social* contemporâneo que tudo quer justificar é, por isso mesmo, alvo natural de críticas por parte daqueles que procuram ainda a certeza lógica ou sócio--tecnológica de um modelo restrito, biologista ou sociologista, respectivamente.

Nenhuma dessas interjeições *orgulhosamente sós*, contudo, poderá colocar completamente e ao mesmo nível ambas as premissas do paradoxo de o homem ser e não ser (o que Vercors terá designado) um «animal desnaturado» (vinculado e desvinculável relativamente à sua natureza).

A aferição da inimputabilidade por doença mental («anomalia psíquica») encontra-se sujeita a perícia médica⁵³, ou seja, está dependente de um juízo médico, biológico e psicológico, pelo que são naturalmente pensáveis diferentes modelos de articulação entre a perícia médica e a apreciação do juiz. Note-se que este juízo médico, na base daquela avaliação normativa, não

⁵³ Vejam-se os artigos 949.º e 951.º CCiv.. Os artigos do CCiv. que trazemos, todavia, referem-se apenas ao juízo de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e não ao concreto juízo de imputabilidade de um doente não interdito ou inabilitado aquando do julgamento, questão a que teremos de voltar.

influencia apenas a medida da sanção mas, muito mais terminantemente, a aplicabilidade da própria sanção.

É hoje mais que evidente que o ordenamento jurídico não pode compactuar com uma distinção/categorização de um sujeito actuante por referência a um qualquer padrão de *normalidade* de um «bonus pater familias». Não pode, porque a História nos mostra, tristemente, como o direito se auto-legitimou para intervir quanto a todos os que fogem às regras do cânone social: homossexuais, prostitutas, opositores políticos e religiosos, doentes mentais. Tal evidência levará a que se defenda que o juízo de incapacidade e inimputabilidade de uma pessoa não pode senão obedecer a critérios médicos⁵⁴, científicos!, e que não cabe ao juiz, como não cabe a nenhum outro convivente, julgar a normalidade de alguém. Esta resposta é avisada e bem intencionada, mas pode ainda não ser completa.

A insinuação que aqui fazemos desdobra-se, abertamente, nestas dimensões: existe uma fissura entre a apreciação médica da saúde mental e o juízo normativo de incapacidade e inimputabilidade, e a inimputabilidade jurídica pode não servir a teleonomologia da responsabilidade. Se já a culpa em sentido normativo não sabe exprimir o que a justifica, também a inimputabilidade pode não (cor)responder às exigências de prevenção ou reparação de danos que o Direito, de um modo ou de outro mas em todos os ramos, arroga, particularmente quando em causa esteja um doente mental.

O problema, como se disse, começa na própria consideração do que deva considerar-se *mental* e, evidentemente, do que deva considerar-se *saúde*⁵⁵. A pergunta implícita acarreta a distinção entre doença ou distúrbio médicos e as perturbações da adaptação, da personalidade ou espirituais.

A Medicina distingue⁵⁶ dezasseis grandes grupos de perturbações da saúde mental: (1) Perturbações que aparecem habitualmente na infância e na adolescência (como a deficiência mental, por exemplo), (2) *Delirium*, demência e outras perturbações cognitivas, (3) Perturbações mentais secundárias a um estado físico geral, (4) Perturbações pela utilização de

⁵⁴ No mesmo sentido e pelas mesmas razões, PIZARRO DE ALMEIDA, C.: *Modelos de Inimputabilidade. Da teoria à prática*, cit., p. 70.

⁵⁵ Interessantes discussões sobre os significados de «saúde» e «saúde mental», por exemplo, em: CORREIA GONÇALVES, P.: *O Estatuto Jurídico do Doente Mental com referência à Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Quid Iuris Sociedade Editora, Lisboa, 2009, pp. 25 a 29 (ISBN: 978-972-724-437-9); TENGLAND, P.-A.: *Mental Health. A Philosophical Analysis*, cit., pp. 16 a 34; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *DSM-IV-TR: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais* (trad: José Nunes de Almeida), Climepsi Editores, Lisboa, 2002.

Acerca da evolução e dos propósitos das «ciências da mente», em síntese, CURADO, J. M.: “Os desafios das Ciências da Mente”, *Revista Portuguesa de Bioética*, Suplemento n.º II, 2011, pp. S128 a S174.

⁵⁶ De acordo com o *DSM-IV-TR: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, cit.

substâncias, (5) Esquizofrenia e outras perturbações psicóticas, (6) Perturbações do humor (por exemplo, depressão ou bipolaridade), (7) Perturbações da ansiedade, (8) Perturbações somatoformes, (9) Perturbações factícias, (10) Perturbações dissociativas, (11) Perturbações sexuais e de identidade de género, (12) Perturbações do comportamento alimentar, (13) Perturbações do sono, (14) Perturbações do controlo dos impulsos, (15) Perturbações da adaptação e, finalmente, (16) Perturbações da personalidade.

Evidentemente, a decisão sobre a incapacidade de agir e a subsequente inimputabilidade jurídica concreta não dependem da existência ou inexistência destas perturbações, nem sequer da sua gravidade, mas da específica influência da doença num comportamento em particular.

Sucedem que, para a Medicina, “nem um comportamento desviante (por exemplo, político, religioso ou sexual) nem conflitos primários entre o sujeito e a sociedade são perturbações mentais, a menos que o desvio ou conflito se transformem num sintoma de uma disfunção do sujeito”⁵⁷. E se estes desvios ou conflitos afectam o trato jurídico pela causação de danos, mas não são doenças mentais, como devemos tratá-los? Será o médico a única autoridade, ou a mais idónea, para concertar qualquer apreciação no sentido de activar o instituto da inimputabilidade?

Lembramos, evidentemente, as perturbações espirituais e as particularidades comportamentais que determinam negativamente a convivência e o trato social e que, não podendo consubstanciar doenças mentais em sentido clínico, poderão determinar uma menor capacidade de discernimento. Lembramos, evidentemente, que a pessoa que padece de perturbações da saúde mental pode preferir o auxílio de não médicos e exprimir melhor o que a amotina junto destes. No caso das perturbações espirituais, em particular, não será despiciendo considerar que um cultor espiritual, um representante religioso ou um homeopata, ainda que não legitimados a elaborar um “diagnóstico” «próprio sensu», pudessem encontrar-se em condições de aferir o equilíbrio emocional de uma pessoa.⁵⁸

A saúde mental não será, por certo, um estado de absoluto bem-estar psíquico ou de uso pleno das capacidades cognitivas. De um modo ou de outro, todas as pessoas sofrem, ao longo da vida, de perturbações ao nível da adaptação às circunstâncias, sem que elas configurem, necessariamente, uma patologia. Também não será unicamente a situação de patologia mental a

⁵⁷ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *DSM-IV-TR: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, cit., p. XXXI.

⁵⁸ No último congresso do *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, realizado em Lisboa em 29 de Novembro de 2011, VÍTOR FEYTOR PINTO lembrava que “é necessário que as ciências da saúde tenham sensibilidade para o problema da harmonia espiritual...”.

justificar a inimputabilidade.

Na senda das leituras efectuadas, nomeadamente a partir de Damásio, parecem necessário acercar uma concepção de saúde mental que se afigure especialmente operativa no âmbito jurídico da definição da responsabilidade.

A noção de consciência, e o modo como ela se relaciona com o discernimento, a percepção e a vontade de agir de um determinado modo é absolutamente fulcral para compreender a capacidade de uma pessoa para a prática de um acto ilícito. O problema pode parecer menos relevante em patologias altamente sintomáticas como a esquizofrenia ou o distúrbio bipolar *severo*, mas assume enorme preponderância nas perturbações da consciência em sentido estrito, como a doença de Alzheimer, o coma, o estado vegetativo e o estado vegetativo persistente, bem como nas perturbações do humor não patológicas e nos distúrbios de personalidade ligeiros.

A consciência apresenta uma relação umbilical com as emoções, a memória, a percepção e o exercício cognitivo, e não é um mero produtor ou registador de imagens, mas uma instância organizadora de conteúdos mentais, que os produz e motiva. É fácil compreender que a mente – o conjunto desses conteúdos mentais – porém, só se torna consciente de si quando se lhe acrescenta a subjectividade⁵⁹: as imagens produzidas organicamente só se tornam conscientes quando o *eu* as toma para si, assumindo-se, literalmente, *proprietário intelectual* dos conteúdos produzidos e registados a partir da interacção com o meio e, por derivação, a partir da imaginação. É pois a subjectividade que está em causa na primeira linha das preocupações, e é importante reflectir sobre ela, filosófica, psicológica e juridicamente.

“A consciência”, «*dato sensu*», é o tema que deve interessar aos juristas em matéria de imputabilidade, muito mais do que as teses da culpa. E isto por ser a consciência a força responsável por *gerir e proteger a vida*, física e mental, *de modo eficiente*⁶⁰.

Sabe-se bem que a consciência tem flutuações ou diferentes intensidades, e que será diferente a capacidade de discernimento da pessoa consoante o seu nível de consciência. A consciência de todos os seres humanos sofre flutuações consoante as circunstâncias em que se encontra ou a que é sujeito, que determinam a veemência com que o eu se apropria das imagens.

Na definição dos pressupostos da imputabilidade jurídica, o Direito tem de

⁵⁹ DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente* (trad. Luís Oliveira Santos), Temas e Debates (Círculo de Leitores), Lisboa, 2010, p. 27.

⁶⁰ DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente*, cit., p. 47.

ser o interlocutor privilegiado. Tal significará que o importante é compreender bem o que pretende o Direito com a determinação da inimputabilidade, ao nível da protecção da pessoa mas também dos motivos do não sancionamento da sua conduta. E, sendo a saúde mental um complexo onde a consciência, as emoções, a memória, a percepção e as capacidades cognitivas ocupam funções fundamentais e interdependentemente complementares, as perturbações respectivas, de índole patológica ou não, não devem ser estranhas ao universo jurídico.

O seu estudo é, naturalmente, complexo e demorado, mas parece-nos que deveria ser incentivado, de modo a não perpetuar as perplexidades, indecisões e absurdos que vão ocorrendo nas incapacitações e nos juízos de inimputabilidade.

Por ora, podemos apenas afirmar que o que procuramos saber, quando perguntamos pela capacidade de entender e querer de uma pessoa, não se prende com a censurabilidade do seu acto – que consubstancia a ilicitude – mas com a sua capacidade de *discernimento*: o seu entendimento, o seu sistema de critérios de acção, a sua faculdade de julgar, conjugados na sua aptidão para avaliar, medir e discriminar o que entende de si e do meio que a rodeia.

2. A imputação do facto ao agente e o problema da *culpa*.

Tradicionalmente, diz-se, a imputação do facto ao lesante encontra-se na *culpa*. Para introduzir o tema da imputação, e discutir esta relação com a culpa que liminarmente entendemos privilegiar, propomos reflectir sobre a vontade de cometer um acto e a sua valoração, pragmática, moral e jurídica, em função de algumas considerações hodiernas acerca da sua determinante primeira, sempre negligenciada: a memória.

Sem memória o ser humano não o seria; não seria capaz de aprender, não poderia construir-se, não teria história. Um ser sem história não *é*; a existência do ser depende da sua própria narrativa. É absurdo pensar que um animal poderia sobreviver sem memória.

Nós humanos, dizem-nos, temos diferentes tipos de memória, com diferentes capacidades, durações, profundidade, nitidez. As características das memórias humanas determinam a sua capacidade de *voltar*, pois tão importante quanto a nossa capacidade de reter é a possibilidade de evocar, no momento presente, o que se reteve.

A memória não é, contudo, um complexo e sofisticado aparelho de registo e reprodução; um gravador sensorial. Ela constitui uma constante *força de*

*atração*⁶¹ para todas as formas de representação, para todos os modos, sensoriais e introspectivos de reter tudo o que diga respeito ao Eu. Não apenas da realidade, dos factos quotidianos, da interacção com o meio, mas de tudo o que é construído mentalmente e é, substancialmente inefável e fantástico.

A memória é criativa e destrutiva, constrói-se e anula-se. É muito difícil perceber como e porquê⁶², mas é uma evidência: podemos envolver pensamentos que são puras idealizações como anular a recordação de um acontecimento, e de toda a carga emocional a ele relativa. A todos acontece, e a deliberação será quase sempre inconsciente, incompreensível. Às ciências importa saber onde e como isto acontece; às humanidades importa saber porquê.

A memória é elástica e maleável, por isso manipulável. Adquire sempre mais informação e não está condenada a repetir apenas uma parte dessa informação. O que acontece no presente não condiciona apenas, através da memória, a idealização do futuro, mas também a recordação do passado, cuja reminiscência se altera permanentemente.

É também a memória o que permite conhecer a doença. O que permite sentir-se capaz ou perceber-se incapaz, o que permite valorar uma atitude ou acção ou avaliar uma possibilidade. Porque a consciência moral ou o estado emocional estão dependentes de uma construção biográfica. A construção de um sentido depende sempre de uma rememoração.

Para o Direito é igualmente importante a existência de uma doença mental incapacitante e a consciência dessa doença por parte do sujeito, particularmente para que se compreenda a sua *consciência da ilicitude* de um acto.

A consciência da ilicitude encontra-se incindivelmente relacionada com a percepção da realidade, com a autonomia na valoração de um comportamento e com a faculdade de autodeterminação segundo a consciência. A percepção da realidade implica a capacidade de interpretar o meio ambiente social segundo os padrões estabelecidos, e a valoração do próprio comportamento também depende, precisamente, dessa correcta interpretação dos cânones sociais de acção. A faculdade de autodeterminação conforme a consciência, por sua vez, é qualquer coisa de diferente. A autodeterminação implica a autonomia de decidir por si mesmo. Trata-se de algo que uma pessoa perturbada pode não ter, quer porque se sente

⁶¹ A expressão é de DE MIJOLLA, A., DE MIJOLLA-MELLOR, S.: *Psicanálise* (trad. Carlos de Sousa Almeida), Isabel Almeida e Sousa, Climepsi Editores, Lisboa, 2002, p. 438.

⁶² DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente*, cit., pp. 167 e ss.

compulsivamente impelida a agir num determinado sentido independentemente da sua vontade consciente, quer porque sente que alguns dos seus pensamentos não são realmente seus, e que é forçada por uma entidade heterógena idealizada a adoptar um determinado comportamento.

Está implícita em todo este discurso jurídico uma nota que vale a pena autonomizar neste ponto: a consciência da ilicitude que se exige é diferente consoante esteja em causa uma pessoa não perturbada, relativamente à qual o tribunal apenas averiguará o conhecimento de que o acto cometido é ilícito (a que corresponde, pela negativa, aquilo que a Doutrina penal alemã denominaria como «erro sobre a proibição» – *Verbotsirrtum*⁶³), enquanto a pessoa doente deve compreender, discernir, valorar a ilicitude do seu acto.

É no doente mental, portanto, que encontramos peculiares embaraços da relação entre a memória, o sintoma e a consciência.

O sintoma, enquanto alteração da percepção normal que a pessoa tem relativamente a si, depende da memória de si, acompanhada dessa consciência⁶⁴. Em termos médicos, o sintoma difere do sinal, precisamente porque o sinal pode ser percebido exteriormente, ao passo que a interpretação do sintoma é, em primeira instância, subjectiva. Também por isso, na Semiótica, o sintoma é função de uma relação entre um significante e um significado que depende absolutamente de um contexto particular, de um âmbito pessoal, de uma situação discursiva. Do ponto de vista médico, é uma autoavaliação subjectiva da normalidade.

A existência de um transtorno depende da análise dos sinais e dos sintomas, e esta depende da consciência dos mesmos. O diagnóstico de um transtorno corresponde, no essencial, ao próprio diagnóstico da ilicitude: um acto ilícito não é apenas o produto de impulsos incontrolláveis, o sintoma de um descontrolo inconsciente, ou o resultado da culpabilidade em si, mas é também um *produto da convergência de certos factores culturais e inter-pessoais* da natureza essencial daquele que comete um acto ilícito, que actuam sobre a sua psique⁶⁵.

O direito civil considera inimputável quem esteja incapacitado de entender ou querer um determinado comportamento⁶⁶ consubstanciador de um facto ilícito. Esta opção é juridicamente justificada pela consideração de que o

⁶³ DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Coimbra, 2007, p. 535.

⁶⁴ Assim em FREUD, S.: *Sur la Psychanalyse. Cinq leçons données à la Clark University 1910* (trad. do alemão por Fernand Cambon), Flammarion, Paris, 2010, especialmente pp. 81 a 83.

⁶⁵ LOPES ROCHA, M. A.: “O Subconsciente em Criminologia. Visão psicanalítica do delito”, *Scientia Iuridica*, Ano 18, 1969, p. 568.

⁶⁶ Artigo 488.º/1 do Código Civil português; doravante *CCiv*.

inimputável não tem culpa, o que é mais importante quanto mais veementemente considerarmos a culpa como pressuposto-regra⁶⁷ ou fundamento⁶⁸ da responsabilidade civil^{69,70}

Colocada a questão nestes termos, compreende-se com naturalidade que se tenha procedido a uma construção normativa da ideia de culpa como elemento funcional do tráfego jurídico, embora tal construção não corresponda – nem aparentemente pretenda corresponder – a pressupostos biológicos, psíquicos ou sociais do que a culpa efectivamente é⁷¹.

Diferentes Autores se vão pronunciando, mais ou menos alternadamente, por uma valoração normativa *concreta* ou *abstracta* da culpa, vale dizer, por uma valoração que leve sobretudo em conta aspectos particulares da personalidade do agente e da história da sua relação pessoal com a juridicidade, ou que valore sobremaneira a sua conduta propriamente dita em face da que seria expectável por parte de um «bonus pater familias»⁷². Não obstante, é acentuada a tendência dos juristas para evitar os aspectos íntimos do agente, por ser supostamente obscuro o universo das emoções, em aberta contradição ao âmbito jurídico, universo de certeza e de segurança...

A concepção normativa do conceito de culpa refere-a assim como *censurabilidade* por o agente ter agido como agiu⁷³, sendo aceite pelo jurista comum como um juízo de valor/censura sobre a prática de um facto. Afirmar esta concepção, porém, não esclarece o que se censura (*se o facto na sua revelação objectiva, se a inobservância da norma (...); se a personalidade ou atitude interna manifestada no facto e que o fundamenta*)⁷⁴.

Outra distinção habitual serve ao nível dos pressupostos da culpabilidade. Tradicionalmente, a culpa exigiria, objetivamente, a *antijuridicidade* e,

⁶⁷ Do modo mais completo, ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., pp. 540 e ss.

⁶⁸ “A culpa é fundamento da responsabilidade civil”. BYDLINSKI, F.: *System und Prinzipien des Privatrechts*, SpringerWienNewYork, 1996, especialmente, pp. 189 e ss..

⁶⁹ Cfr. artigo 483.º/2 Cciv.

⁷⁰ Cfr. DE SÁ E MELLO, A.: “Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil (Breve Anotação ao Regime do Código)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, 1989, pp. 519-543.

⁷¹ “... este conceito psicológico de culpa acabou por soçobrar perante as críticas de que toda a orientação positivista-naturalista se tornou passível desde os começos do séc. XX.; e, concretamente quanto ao conceito de culpa, perante a descoberta de que a censura ao agente em que a culpa há-de traduzir-se não tem só a ver com elementos de raiz psicológica, mas também – porventura sobretudo – com momentos normativos”. DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, cit., p. 512. Cfr. SINDE MONTEIRO, J. F.: *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de Mestrado)*, (polic.), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 36 a 39.

⁷² Em síntese, JUNQUEIRA CALIXTO, M.: *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 13 a 15.

⁷³ FRANK: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, *apud* DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, cit., p. 512.

⁷⁴ *Idem*, p. 513.

subjetivamente, a *imputabilidade* do agente. A imputabilidade do sujeito lesante, compreendendo a sua capacidade de entender e querer determinada conduta e o discernimento suficiente para depreender o seu carácter antijurídico, manifestar-se-ia, por sua vez, em dois aspectos fundamentais: a *maturidade* e a *sanidade mental*⁷⁵. É com base nestas duas dimensões da imputabilidade do agente que pode afirmar-se nitidamente a distinção entre capacidade natural, capacidade negocial, capacidade delitual e capacidade para consentir⁷⁶⁻⁷⁷.

Mas perguntar o que é, efectivamente, a culpa pode levar-nos para longe do atarracado universo do Direito.

A culpa começa por ser, ao nível interno do sujeito, uma emoção. Freud foi o pioneiro na exploração do potencial patológico das emoções alteradas⁷⁸, sublinhando a sua fulcralidade. No estudo das emoções emergem duas ideias essenciais bastante complexas: por um lado, a de que as emoções se relacionam com todo o raciocínio, toda a intuição, todo o juízo e toda a acção, determinando cada modo de expressão humana, pessoal ou profissional⁷⁹; por outro lado, a de que boa parte destes mecanismos, e em porção significativa da sua extensão, se tornam operativos sem qualquer deliberação consciente, à revelia da possibilidade de *tradução* proporcionada pela linguagem⁸⁰.

Detendo-nos no fundamental, devemos perguntar-nos como se afere a atitude íntima do agente, de modo a valorar se ela é ou não contrária ou indiferente ao Direito, e se tal atitude é ou não discernida. O exame a fazer só pode ser um exame comportamental e biográfico, e por isso mesmo um exame que não pode mais do que demonstrar manifestações de motivos circunstanciais e não exactamente uma *atitude íntima*.

⁷⁵ Em resumo, JUNQUEIRA CALIXTO, M.: *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*, cit., pp. 23 a 30.

⁷⁶ Detidamente em DIAS PEREIRA, A. G.: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Centro de Direito Biomédico (FDUC), Coimbra, 2004, pp. 148 a 173.

⁷⁷ Particularmente interessante é a concepção de AMELUNG ao pressupor (na capacidade para consentir, sobre a qual se detém) a existência de um *sistema de valores subjectivo (Wertsystem)* e a *capacidade para compreender os factos e os processos causais (Tatsachenentscheidung)*, a par com a capacidade para compreender as alternativas e se autodeterminar com base na avaliação pessoal. Vide DIAS PEREIRA, A. G.: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, cit., pp. 154 a 160.

⁷⁸ DAMÁSIO, A.: *O Sentimento de Si – O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência* (trad. P. E. A. e António Damásio), Publicações Europa-América, 16.ª edição, Mem Martins, 2008, p. 59.

⁷⁹ “... A ideia que cada um de nós elabora acerca de si mesmo (...) baseia-se na memória autobiográfica, é construída ao longo de anos e é constantemente sujeita a remodelação. Creio que uma grande parte dessa construção ocorre de forma não consciente, e a sua própria remodelação também não é consciente...” *Idem*, p. 259.

⁸⁰ *Idem*, especialmente pp. 68 e 69 e 105 a 109.

Repare-se que facilmente vislumbramos os elementos intelectuais do dolo ou da negligência no acto de um incapaz – é indesmentível que este pode querer praticar um acto ilícito, ou descuidar-se quando poderia ter estado atento, ainda e quando sofra de uma doença mental permanente e irreversível, e mesmo estando interditado. Isto acontece porque a culpa de que o Direito fala é uma construção sua e, factualmente, não existe qualquer relação entre a vontade e um sentimento de culpa⁸¹. Por todas as razões que depreendemos das afirmações anteriores, a manutenção da construção normativa da culpa veio a sedimentar-se⁸² numa ficção necessária: a de que a expressão de um juízo de censura ao nível da ilicitude depende da prévia aferição da imputabilidade do agente. Ora, naturalmente, a ilicitude tem de aferir-se objetivamente a partir do próprio facto e não a partir das características do agente. O denominador operativo deve ser, em primeira intância, o da ilicitude, aferida por referência aos princípios e exigências fundamentais que o sistema jurídico vigente exprime e reivindica. Só assim podemos afirmar que o Direito pretende sancionar actos ou condutas e não a personalidade ou doença mental de uma pessoa.

Se considerarmos que o juízo de ilicitude depende da não conformidade com a juridicidade expressa no facto danoso, que o juízo de inimputabilidade está dependente apenas de uma avaliação casuística do discernimento do agente, e que o dolo e a negligência se aferem pelo grau de consciência das consequências de uma conduta ilícita, podemos perceber a inutilidade de se falar em *culpa*. Em sede de reparação de danos, a possibilidade de se proceder ao ressarcimento recorrendo ao próprio incapaz, por motivos de equidade, reforça a inutilidade do princípio da culpa.

A nossa preocupação, mesmo antes da discussão dogmática concernente à valia do princípio da culpa, é a de que a imputação do facto ao agente deve traduzir isso mesmo. A inimputabilidade baseada na culpa é uma construção de alicerces voláteis e a sua validade é sempre dubitável.

Se o juízo de ilicitude e a sanção civil que ele pode acarretar são dirigidos à pessoa obrigada à vigilância, isso acontece, não porque o inimputável não tenha culpa pelo que fez, mas porque o direito entendeu não o escolher para responder em primeira linha, em virtude de existir alguém cuja capacidade civil é mais extensa e que tem para com o incapaz um dever de protecção,

⁸¹ Cfr. CURADO, M.: “Os desafios das ciências da mente”, *Revista Portuguesa de Bioética*, suplemento n.º II, 2011, p. S131: “Categorias de análise do comportamento como a de «vontade» e a de «responsabilidade» dependem do nível de conhecimento científico de uma época. Quando este conhecimento aumenta, aquelas diminuem. Mesmo que ainda não se tenha alcançado um estado de transparência completa sobre a origem dos comportamentos e das intenções, o que já se sabe tende a desresponsabilizar os indivíduos”.

⁸² A história da culpa no direito civil, sumariamente, em EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principles of European Tort Law*, Springer Verlag, Wien, 2005, pp. 67 e 68.

vigilância, cuidado e auxílio.

O facto de a lei prever que, por razões de equidade, o inimputável poderá ter de avançar com a indemnização é, como dissemos, um forte indicio de que a responsabilização por factos ilícitos danosos não tem de depender da culpa, mas da imputação do facto ao agente em articulação com a concreta «ratio iuris» das normas que protegem os incapazes.

Além de tudo, é importante referir que uma relativização do princípio da culpa em favor da preocupação concreta com a imputação «stricto sensu» também deve promover a autonomia e a responsabilidade, impulsionando soluções diferentes – mais humanas, menos humilhantes e desonrosas – que o juízo de inimputabilidade civil ou a interdição que lhe preceda ou que dele decorra. É incomportável que se mantenham na Doutrina afirmações como a de que os actos dos doentes mentais devem ser comparados aos actos dos animais, ou de que a ausência de culpa deriva da inconsciência⁸³. Por exemplo, a impulsividade ou involuntariedade dos actos comuns, ditos *inconscientes*, não significam, felizmente, que o ser humano que os pratica não tem consciência. Significam, isso sim, que alguns actos humanos são como que *automáticos*, porque os níveis de consciência oscilam. Ora, faria que cada um de nós não respondesse nunca pelos actos quotidianos *inconscientes*!

Felizmente, a maioria dos actos no nosso dia-a-dia, quebrar um objecto de um amigo, danificar um livro do pai, chegar atrasado a um encontro ou esquecer-se de devolver um filme emprestado na data acordada – não chegam a reclamar solução jurídica, pois são resolvidos pelo trato social comum. São actos *inconscientes*, não deliberados, em que a memória ou a diligência no lidar com a sucessão de acontecimentos nos atraíam. Será que por isso se pode afirmar que se não nos pode imputar o facto? Imaginemos que o objecto danificado tem grande valor ou que a falta ao encontro é causa de lucros cessantes juridicamente atendíveis, diremos que somos inimputáveis porque foi «sem querer» e «não temos culpa»? Independentemente de uma pessoa ser ou não portadora de anomalia psíquica, de surdez-mudez, ou tão só de uma angústia depressiva de inadaptação, ou de stress quotidiano, será por vezes muito difícil admitir quem poderia ou não, objectivamente, ter agido de outra maneira.

Não nos parece que possa, portanto, colocar-se a questão nestes termos para justificar a inimputabilidade civil.

O Direito não pode dissimular a realidade para que ela se adapte a uma

⁸³ Assim em LABBE, J.-E.: “De la démence du point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile” (extraits), in CAVAL, S.: *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 2001, pp. 201 a 205.

construção normativa. O acto só pode ser imputado a quem o cometa, e não pode deixar de ser objectivamente imputado a alguém. Se queremos justificar que um agente não responsa civilmente, nomeadamente pela sua menor capacidade de discernimento e pelo seu permanente sofrimento psíquico, devemos justificar a ocorrência do acto danoso com a antijuridicidade, a montante, de uma omissão – a da vigilância de uma pessoa de capacidade jurídica menos ampla.

V. BREVES CONCLUSÕES.

As soluções jurídicas nesta matéria sensível devem ser conciliadoras de interesses difusos e, por vezes, até contraditórios: a protecção do incapaz lesante; o ressarcimento do lesado; a garantia das exigências reivindicadas pela sociedade ao Direito, em nome da justiça, da paz e da segurança. No mesmo sentido, devem também ser soluções de garantia das prerrogativas inerentes à inimputabilidade, paradigmaticamente, da não responsabilização civil.

Para tal é indispensável reflectir, como afirmámos, acerca das razões que levam a não exigir reparação de danos aos inimputáveis. Parece-nos que, embora a justificação tradicional vá de encontro, de novo, à questão da culpa, esta apenas camufla, por inércia, o objectivo primordial, plasmado no princípio «*venia debilium*»: um dos modos de o Direito proteger o incapaz por doença mental face à indiferença e aos tradicionais abusos por parte da *sociedade dos normais* é afirmar normativamente que não permite que ele seja responsabilizado perante as outras pessoas pelos actos ilícitos danosos que haja cometido por falta de discernimento. Não se trata tanto de afirmar que o doente mental não é capaz de culpa quanto de declarar que é muito mais importante protegê-lo do que sancioná-lo, porque é especialmente vulnerável.

Neste breve apontamento pudemos perceber algumas aporias às soluções costumadas quando se encontram a incapacidade e a responsabilidade civil. Desde logo, é evidente que continua ser necessário reflectir doutrinamente acerca da ilicitude, de modo a que a sua construção normativa consubstancie absoluta e estritamente um juízo de censura por parte do Direito e em relação ao facto concreto, independentemente das características pessoais do agente, que só devem valer em sede de imputação. A par com isto, naturalmente, a actualidade sempre deveniente exige que se continue a pensar sobre as funções da responsabilidade civil.

Por outro lado, é necessário repensar, ao nível europeu, os modos de garantia de uma incapacitação justa, de modo a assegurar que a interdição e a

inabilitação servem efectivamente os interesses do incapaz, protegendo-o, e não os interesses de terceiros. Relacionada com esta perplexidade está ainda a falta de arrimos normativos que justifiquem concretamente a incapacitação, concretizando as situações de inabilitação e de interdição. A meditação sobre este assunto deve também procurar responder à necessidade de abranger com a incapacitação situações actualmente não tipificadas.

Outro problema aqui em causa é o da responsabilização do inimputável por razões de equidade, uma vez que, responsabilizando-o, se anula o seu estatuto e se coloca absolutamente em causa a construção doutrinal relativa aos fundamentos da inimputabilidade.

Em todo o nosso discurso ficou também manifestada a necessidade fulcral de pensar e aproveitar os conteúdos trazidos pelas ciências que se ocupam da mente, da consciência, do discernimento e da subjectividade. Sem tomar em conta estes contributos práticos, a legislação nesta matéria não será mais do que um conjunto de fórmulas, vazias de conteúdo, repletas de aporias e de difícil concretização praxística.

Transversalmente, colocámos também em causa a valia prática do *princípio da culpa* nesta matéria, mostrando-nos favoráveis à procura de uma fundamentação concreta de carácter menos moralista ou confessional, nomeadamente em benefício da reflexão sobre o princípio «*venia debilium*» e das razões pelas quais se não sancionam os inimputáveis, no quadro das funções cometidas à responsabilidade civil.

Dentro dos constrangimentos de tempo e de espaço procurámos, pois, abrir caminhos de pesquisa e reflexão que incentivem soluções mais adequadas aos problemas que vão surgindo na actualidade jurídica, manifestando as preocupações mais prementes surgidas do cruzamento entre a doença mental, a incapacidade e a responsabilidade civil.

IL DIRITTO DI PROPRIETÀ È, DUNQUE, UN PREOCCUPANTE
DERECHO FUNDAMENTAL.*

IS RIGHT TO PROPERTY, THEREFORE, A “WORRYING”
FUNDAMENTAL RIGHT?

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 140 - 165.

Fecha entrega: 05/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

* Testo, riveduto ed aggiornato, della relazione tenuta il 2 marzo 2015, presso la Facultad de Derecho dell'Università di Santiago de Compostela, in occasione dell'incontro di studio su “El estatuto normativo de la propiedad privada en Italia y en España después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa” (promosso dalla prof. ssa M^a Teresa Carballeira Rivera).

DR. ANGELO VIGLIANISI FERRARO
Ricercatore di Diritto Privato
Università “Mediterranea” di Reggio Calabria
avf@unirc.it

RESUMEN: Il presente lavoro si occupa di uno dei più controversi e complessi temi riguardanti il diritto di proprietà, ossia quello concernente la possibilità di includere quest’ultimo fra i diritti umani. Considerata la scelta normativa operata da tutte le moderne Carte dei diritti, la questione sembra risolta. Il vero problema riguarda semmai l’individuazione degli obblighi che incombono sullo Stato per garantire il diritto in parola.

PALABRAS CLAVE: diritto di proprietà; *human rights*; inviolabilità dei diritti dell’uomo; obblighi statali; espropriazione per pubblica utilità; danni civili.

ABSTRACT: This work deals with one of the more controversial and complex theme relating to the right to property, namely the possibility to include it among human rights. Considering the provisions of all the modern Charters of Rights, the question seems resolved. The real problem is to identify the States’ obligations towards the right at issue.

KEY WORDS: right to property; human rights; inviolability of fundamental rights; States’ obligations; expropriation for public utility; civil damages.

SUMARIO: I. PREMESSA. IL DIRITTO DI PROPRIETÀ NELLE COSTITUZIONI EUROPEE E NELLE CARTE INTERNAZIONALI.- II. LA CORRETTA QUALIFICAZIONE DA ATTRIBUIRE ALLE ESPRESSIONI “DIRITTI DELL’UOMO”, “DIRITTI FONDAMENTALI” E “DIRITTI INVIOLABILI” (E LA FUNGIBILITÀ TRA LE VARIE FORMULAZIONI TERMINOLOGICHE).- III. L’INCLUSIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ FRA GLI *HUMAN RIGHTS*. UNA SCONFITTA O UNA CONQUISTA DI CIVILTÀ?.- IV. LA PROPRIETÀ QUALE IRRINUNZIABILE STRUMENTO DI ATTUAZIONE DI ALTRI DIRITTI INVIOLABILI DELL’UOMO.- V. CONCLUSIONI. LA PROPRIETÀ COME DIRITTO FONDAMENTALE E LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE NUOVE FORME DI GARANZIA DELLA SUA FUNZIONE SOCIALE.

I. PREMESSA. IL DIRITTO DI PROPRIETÀ NELLE COSTITUZIONI EUROPEE E NELLE CARTE INTERNAZIONALI.

Uno dei più comuni temi di dibattito fra gli studiosi del diritto di proprietà riguarda oggi la possibilità di includere le situazioni dominicali nel (sempre più ampio) catalogo dei c.d. *human rights*¹, il quale, in forza di un’incessante opera di aggiornamento legislativa e giurisprudenziale (realizzata soprattutto a livello sovranazionale), se da un lato vede attribuita una crescente importanza ai diritti sociali (tutelati, ad esempio, nella Carta dei diritti fondamentali assieme a quelli civili e politici), dall’altro registra il costante riconoscimento di una rilevanza non secondaria ai diritti economici.

Secondo quanto è stato autorevolmente sostenuto in dottrina, “che tra i valori fondamentali sia da annoverare anche il diritto di proprietà, è stato da noi materia di ampie discussioni”, ma ormai si ha da più parti “l’impressione che il tema sia discutibile nella dimensione della teoria generale”, mentre “non lo sia affatto nella dimensione del diritto positivo, perché in tale contesto la formulazione del richiamato art. 1 del 1° Protocollo chiude le porte ad ogni discussione”² (e l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che

¹ L’argomento, assieme a tanti altri strettamente connessi e parimenti rilevanti, ha formato oggetto di un interessante Convegno, svoltosi presso l’Università di Reggio Calabria nei giorni 11 e 12 ottobre 2013 ed i cui atti sono confluiti nel volume curato da D’Amico, G.: *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2013.

² Così GAMBARO, A.: “Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà”, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 121. Sono apparsi favorevoli ad includere il diritto di proprietà fra le situazioni giuridiche soggettive inviolabili GIANNINI, M. S.: “Basi costituzionali della proprietà privata”, in *Politica del diritto*, 1971, p. 459 ss.; MANGIAMELLI, S.: *La proprietà privata nella costituzione*, Milano, 1986, p. 24 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO, M.: *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1993, pp. 55-56; P. MADDALENA, P.: “I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana”, in www.cortecostituzionale.it; e ABRIANI, N.: “La proprietà come diritto

rende vincolante la Carta di Nizza e prevede l'adesione dell'Unione europea alla CEDU³, dovrebbe definitivamente sbarrare la strada ad ogni disquisizione sulla natura del diritto in questione).

Considerata, tuttavia, la scelta del Costituente italiano del 1947 di discostarsi dall'impostazione seguita dallo Statuto Albertino⁴ e di collocare il diritto di proprietà nel titolo III, riguardante i "rapporti economici" (così come è successivamente accaduto in Spagna⁵ ed in Portogallo⁶), l'inserimento della situazione giuridica in questione fra quelle garantite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, prima⁷, e dalla Carta di Nizza⁸, dopo, è stato

dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna", in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 2228.

³ Il nuovo art. 6 TUE stabilisce che "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

⁴ L'art. 29 del testo normativo in questione stabiliva, infatti, che "tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi".

⁵ L'art. 33 della Ley Fundamental spagnola (inserito nella Sección 2, intitolata "De los derechos y deberes de los ciudadanos", del Capítulo II, riguardante i "Derechos y libertades", e non nel Capítulo III, dedicato a "Los principios rectores de la política social y económica", ma neppure nella Sección 1, del citato Capítulo II, relativa ai "derechos fundamentales y libertades públicas") stabilisce che "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes". Si tratterebbe, dunque, secondo la dottrina più autorevole di un "derecho estatutario" e non di un "derecho individual".

⁶ L'art. 62 della Constituição da República Portuguesa (inserito nel Capítulo I, "Direitos e deveres económicos", del Título III, "Direitos e deveres económicos, sociais e culturais") stabilisce che "1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização".

⁷ L'art. 1 del Primo Protocollo Aggiuntivo prevede che "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

⁸ L'art. 17 del documento in questione prevede che "1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta".

ritenuto da una parte consistente della dottrina un infelice ritorno agli orientamenti politico-normativi liberal-ottocenteschi⁹.

Come si tenterà di dimostrare in questo scritto, invero, la proclamazione del diritto in questione in una determinata parte della Carta costituzionale, piuttosto che in un'altra, non dovrebbe rilevare oltremodo (considerando che attorno ad esso ruotano interessi non secondari della persona), né la sua inclusione nel “catalogo” dei diritti fondamentali dell'uomo parrebbe costituire necessariamente una regressione dal punto di vista della salvaguardia delle istanze collettive (e dei soggetti deboli)¹⁰ o produrre – a differenza di quanto si possa comunemente pensare – alcuna ricaduta pratica particolarmente rilevante (se non quella concernente la necessità di garantire al proprietario un'adeguata tutela, sia nei confronti dei soggetti pubblici – prevedendo serie forme di ristoro nei casi di interventi ablatori disposti da questi ultimi, ad esempio –, sia nei rapporti interprivati – ammettendo pregnanti strumenti di riparazione, anche non patrimoniale –)¹¹.

⁹ Sul tema, cfr., per tutti, RESCIGNO, P.: *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971, *passim*; SANDULLI, A. M.: “La Costituente e la Costituzione italiana”, in *Storia e politica*, 1975, *passim*; NATOLI, U.: *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965, p. 34; RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, p. 332; CHELI, E.: “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, in AA.VV.: *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1791 ss.; e FEDERICO, A.: “La proprietà in Europa tra “funzione sociale” e “interesse generale””, in D'AMICO G. (a cura di): *Proprietà e diritto europeo*, cit., *passim*. In realtà, i riferimenti alle istanze sociali e ai profili solidaristici non erano certamente assenti negli ambienti in cui vennero adottate le prime formulazioni normative moderne in materia di proprietà. In un discorso pronunciato il 24 aprile 1793 alla “Convenzione” (organo incaricato di redigere la “Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen”), M. ROBESPIERRE asserì con durezza: “nel definire la libertà il primo bene dell'uomo, il più sacro tra i diritti che derivano dalla natura, avete detto con ragione che essa aveva per limite i diritti degli altri. E perché mai, allora, non avete applicato questo principio alla proprietà, che è un'istituzione sociale? Avete moltiplicato gli articoli per assicurare la più grande libertà nell'esercizio della proprietà e non avete detto una sola parola per determinarne il carattere legittimo; di modo che la vostra Dichiarazione sembrerebbe fatta non per uomini liberi, ma per i ricchi, per gli accaparratori, per gli speculatori e per i tiranni. Vi propongo di correggere questi difetti con il consacrare le seguenti verità: Art. 1 - La proprietà è il diritto di ogni cittadino di godere e disporre della porzione di beni che gli è garantita dalla legge. Art. 2 - Il diritto di proprietà è limitato dall'obbligo di rispettare i diritti altrui. Art. 3 - Esso non può pregiudicare né la sicurezza, né la libertà, né la proprietà dei nostri simili. Art. 4 - Ogni possesso ogni traffico che viola questi principi è illecito e immorale. Il comitato ha inoltre assolutamente dimenticato di richiamare i doveri di fraternità che uniscono tutti gli uomini e tutte le nazioni e il loro diritto ad una mutua assistenza” (testo tratto dal sito www.giovannarmillotta.it/metodo/robepierre03.htm).

¹⁰ È utile segnalare che già Louis A. Saint Just, nei suoi *Frammenti di Istituzioni repubblicane*, del 1794, aveva ammonito che “la libertà non può reggersi a lungo tra coloro ai quali i propri bisogni stanno più a cuore dell'uguaglianza. La proprietà è un diritto sociale, come la sovranità. Se voi fissate il massimo di tale vantaggio: che il ricco stesso sarà obbligato a fare del commercio, che la città più occupata avrà dei costumi e avrà di che vivere in questo stato...”. Il testo in italiano è reperibile nell'edizione a cura di A. Soboul, Torino, 1975.

¹¹ Come ha evidenziato CONTI, R.: *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, p. 293, rinviando sull'argomento a BILANCIA, F.: *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Torino, 2002, p. 210, “passi o meno per il riconoscimento anche a livello nazionale del carattere fondamentale del diritto di proprietà”,

Sotto il primo profilo, si consideri che perfino il diritto alla salute, il diritto all'ambiente o il diritto all'istruzione non sono collocati nel titolo I della Costituzione italiana (e del diritto alla vita o alla riservatezza non vi è traccia alcuna nella Legge fondamentale), eppure nessuno si sognerebbe, oggi, di mettere in discussione che tali situazioni giuridiche debbano essere annoverate tra i diritti dell'uomo¹². Peraltro, negando il carattere della inviolabilità al diritto di proprietà nel sistema giuridico italiano, per un verso, si ammetterebbe la possibilità (davvero paradossale e dagli effetti sconvolgenti) per il legislatore di modificare (sia pur con la procedura di cui all'art. 138 Cost.) il regime esistente in Italia in un settore delicatissimo dell'ordinamento (quale è quello concernente le situazioni dominicali)¹³, e, per un altro, si dovrebbe coerentemente consentire – dando séguito all'orientamento da sempre sostenuto dalla Corte costituzionale, a partire dalla famosa sentenza Granital del 1984¹⁴ – una prevalenza assoluta, e senza alcun (contro-)limite, ad un eventuale intervento normativo europeo, anche particolarmente incisivo, in tale materia¹⁵ (possibilità che non dovrebbe essere vista con grande *favor* dal Giudice delle leggi e che, invero, sembra esclusa per volere degli stessi Padri fondatori della Comunità/Unione¹⁶).

appare oggi ineludibile “una riconsiderazione profonda, alimentata dalla CEDU e dalla giurisprudenza di Strasburgo, delle ragioni proprietarie che, non vuole –né potrebbe, a dire il vero– in alcun modo mettere in discussione la possibilità del legislatore di realizzare le finalità pubbliche che esso persegue in favore dell'intera collettività anche sacrificando –in tutto o in parte– il diritto di proprietà. Finalità che non si pongono in contrasto con la proprietà, ma aiutano a delinearne, anche secondo la CEDU, i confini essendo in essa immanenti”.

¹² Al di là della collocazione nella “Costituzione in senso formale”, sembra condivisibile la tesi sostenuta da un autorevole studioso, per il quale il diritto di proprietà rientrerebbe tra le situazioni soggettive inviolabili alla luce della “Costituzione materiale”. Cfr. GIANNINI, M. S.: “*Basi costituzionali della proprietà privata*”, cit., p. 459 ss.

¹³ Interessante appare, al riguardo, il richiamo effettuato da RAMACCIONI, G.: “La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli”, in www.europeanrights.eu, alla nota sentenza emessa dal *Bundesverfassungsgericht* il 30 giugno 2009, nella quale, pur ritenendo il Trattato di Lisbona compatibile con la costituzione tedesca, “si sottolinea come i principi di cui agli artt. 1 e 20 della Legge fondamentale formano l'identità stessa della Costituzione, e sono pertanto intangibili e immutabili, anche in sede di revisione costituzionale”.

¹⁴ Già in quell'occasione, la Consulta (riprendendo il contenuto della decisione n. 183/1973) aveva ipotizzato che “la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”. L'impostazione del Giudice delle leggi non ha mai trovato accoglimento nella giurisprudenza degli organi giurisdizionali di Lussemburgo. Cfr., per tutte, le sentenze Keller, dell'8 ottobre 1986, causa 234/85, in *Racc.*, p. 2897, punto 7; Internationale Handelsgesellschaft, del 1970, causa 11/70, in *Racc.*, p. 1125, punto 3; e, più recentemente, Gonnelli e AIFO, del 2 aprile 2004, T-231/02, in *Racc.*, p. II-1051, punto 57.

¹⁵ Secondo quanto ribadito anche nella sentenza 348/2007, per le norme dell'Unione europea “lo scrutinio di costituzionalità” deve limitarsi “alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989)”.

¹⁶ Secondo la previsione contenuta nell'art. 345 TFUE, presente già nella vecchissima versione del Trattato CEE (art. 222) e rimasta assolutamente inalterata negli anni, “i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”. V. il commento di GARDELLA, A.: “*Sub art. 295 del Trattato CE*”, in TIZZANO A. (a cura di): *Trattati dell'Unione europea e della*

Con riferimento al secondo aspetto summenzionato, si noti che l'inclusione del diritto di proprietà fra i *droits fondamentaux* non è una novità per gli ordinamenti più democratici e moderni: ben 18 Costituzioni europee (tra le 28 delle Nazioni facenti oggi parte dell'Unione) hanno assunto una decisione di questo tipo¹⁷ e non va dimenticato che l'art. 17 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁸ è stato “approvato all'unanimità dagli Stati a diverso sistema politico e sociale (anche dagli Stati socialisti, che su altri articoli della medesima dichiarazione si erano astenuti)”¹⁹. È difficile immaginare che tutti questi Paesi siano assolutamente sprovvisti e miopi (con riguardo agli effetti derivanti da una siffatta determinazione sul piano normativo) o addirittura totalmente disinteressati alle questioni sociali (compromesse, almeno potenzialmente, secondo molti studiosi, dalla scelta adottata dal Consiglio d'Europa e dai redattori del documento proclamato nel 2000 a Nizza²⁰). In realtà, in ognuna delle disposizioni apicali citate (così

Comunità europea, Milano, 2004, p. 1312. Sul ruolo di tale norma nel contesto europeo, prima e dopo, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si rinvia a D'AMICO, G.: “Le ragioni di un convegno”, in *Id.* (a cura di): *Proprietà e diritto europeo*, cit., p. 8.

¹⁷ Si tratta di quelle austriaca (art. 5 della Legge fondamentale del 21 dicembre 1867 sui diritti generali dei cittadini, alla quale rinvia l'art. 149 della Costituzione del 1920), finlandese (*section* 15), svedese (art. 18), danese (art. 73), ceca (art. 11 della *Charter of fundamental rights and freedoms*, che costituisce “a part of the constitutional order of the Czech Republic”), estone (§ 32), lettone (art. 105), slovena (artt. 33, 67-69), slovacca (art. 20), maltese (art. 37), cipriota (art. 23), rumena (art. 44), bulgara (art. 17), lituana (art. 23), ungherese (art. 13), irlandese (art. 43), e del Regno Unito (art. 1 del I Protocollo Addizionale dell'*Human Rights Act*). Nella Costituzione francese non compare un elenco di diritti e libertà, ma nel Preambolo si legge che “le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004”. Assume quindi lo stesso valore della Costituzione la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino proclamata nel 1789, che nel suo art. 17 definisce “la propriété” come “un droit inviolable et sacré”. Il diritto in questione, pur essendo magari inserito tra gli *individual rights* (o i *rights of citizens*), non pare sia considerato fondamentale dalle costituzioni tedesca (art. 14), spagnola (art. 33), greca (art. 17), belga (art. 16), lussemburghese (art. 16), croata (artt. 48-50), polacca (artt. 21, 46, 64), portoghese (art. 62). La *Grundwet* dei Paesi Bassi, all'art. 14, prevede tra i *droits fondamentaux*, non il diritto di proprietà, ma semplicemente la protezione dell'interesse a non subire espropriazioni illegittime (“1. L'expropriation ne peut avoir lieu que dans l'intérêt général et moyennant une indemnité préalablement garantie, le tout suivant des prescriptions à établir par la loi ou en vertu de la loi. 2. L'indemnité ne doit pas être préalablement garantie si, en cas d'urgence, l'expropriation s'impose immédiatement. 3. Dans les cas prévus par la loi ou en vertu de la loi, il existe un droit à indemnité totale ou partielle si, dans l'intérêt général, l'autorité compétente détruit la propriété ou la rend inutilisable, ou limite l'exercice du droit de propriété”).

¹⁸ La disposizione stabilisce che “ogni individuo ha diritto di avere una proprietà sua personale o in comune con altri. Nessun individuo può essere arbitrariamente privato della sua proprietà”.

¹⁹ A ricordarlo è ROLLI, R.: “La proprietà come diritto dell'uomo?”, in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 1035.

²⁰ Sul delicato tema, non è possibile omettere la lettura delle dense e bellissime pagine di RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto*, cit.; di GROSSI, P.: “Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà”, in *Id.*, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 439 ss.; di BARCELONA, M.: “L'“idea del sociale” nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, p. 717 ss.; di DE VITA, A.: *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969; di GAMBARO, A.: “Il diritto di proprietà”, in

come accade –del resto– in tutti le Carte europee ed internazionali), dopo aver consacrato tra i diritti *fundamental, basic o inviolable* anche quello alla *property* o alla *ownership*, viene immediatamente richiamato (in termini più o meno espliciti e dettagliati) il potere attribuito allo Stato di limitare la situazione giuridica in questione (ad esempio, mediante l'istituto della espropriazione per pubblica utilità). Molte delle preoccupazioni sollevate fra gli studiosi sembrano, pertanto, eccessive e prive di un reale fondamento.

II. LA CORRETTA QUALIFICAZIONE DA ATTRIBUIRE ALLE ESPRESSIONI “DIRITTI DELL’UOMO”, “DIRITTI FONDAMENTALI” E “DIRITTI INVIOLABILI” (E LA FUNGIBILITÀ TRA LE VARIE FORMULAZIONI TERMINOLOGICHE).

I timori espressi dai cultori della materia, con riferimento ai rischi derivanti dall'inclusione delle situazioni dominicali fra i *derechos fundamentales* derivano, forse, da un equivoco di fondo legato alla lettura da attribuire, nell'ordinamento italiano (ma, l'indagine ben potrebbe essere estesa al di là dei confini nazionali di ogni singolo Paese europeo), ad un concetto, per sua natura ambiguo e polivalente, con cui ci si riferisce comunemente agli interessi più alti della persona (definiti, secondo le formulazioni ricorrenti nel lessico giuridico moderno, come diritti dell'uomo, diritti fondamentali, diritti inviolabili, e così via)²¹.

Pur essendo difficile (se non impossibile) individuare una nozione incontrovertibile (e da tutti accettata) per enucleare con la massima precisione i confini della categoria in esame, risulta comunque agevole isolare alcuni elementi di base ascrivibili (sia pur limitatamente all'ordinamento italiano) alla figura di cui trattasi (in conformità all'interpretazione datane dalla stessa Corte costituzionale)²².

IUDICA, G., ZATTI, P. (a cura di): *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 1995; e di SALVI, C.: “Il contenuto del diritto di proprietà”, in SCHLESINGER, P. (diretto da): *Il Codice Civile – Commentario*, Milano, 1994.

²¹ Sull'argomento, cfr. il recentissimo saggio di NAVARRETTA, E.: “Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici”, in *Rivista di Diritto Civile*, 2015, p. 894 ss. La studiosa, rinviando ad autorevole dottrina (a GIANNINI, M. S.: “Basi costituzionali della proprietà privata”, cit., p. 466 e MENGONI, L.: “Proprietà e libertà”, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1988, p. 437 ss., in particolare), ha evidenziato che già i commentatori della Costituzione di Weimar si interrogavano sulla opportunità “di distinguere «fra diritti fondamentali inviolabili (quelli della persona) e diritti fondamentali non corredati dell'attributo dell'invio labilità» (proprietà e libera iniziativa economica privata): i primi da porre a fondamento di uno Stato, perché lo si potesse qualificare come stato di diritto e, dunque, come stato democratico; i secondi caratterizzati dall'attitudine ad imprimere allo stato di diritto una specifica fisionomia. Anche quando la distinzione tra diritto fondamentale inviolabile e diritto fondamentale ma non inviolabile si è dileguata — come a livello nazionale nell'interpretazione della Costituzione del 1948 favorevole ad una equiparazione fra diritti inviolabili e diritti fondamentali — non si è invero perso il bisogno della separazione sostanziale tra persona e patrimonio. A tal fine, la dottrina ha talora...declinato la qualifica fondamentale in un'accezione ristretta e in un'accezione allargata, a seconda del contesto personalista o patrimonialista”.

²² Utili indicazioni possono essere tratte dalle opere di BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*,

Parlare di diritti inviolabili dell'uomo significa riconoscere a determinate pretese di rango primario dell'individuo un rilievo particolarmente significativo: la Consulta italiana ha discusso, al riguardo, non tanto di "di intangibilità rispetto a qualsivoglia potere pubblico o soggetto privato"²³, quanto di "irrevedibilità costituzionale"²⁴, di essenzialità "al fine della realizzazione della forma di stato democratico, sociale e di diritto"²⁵, di "carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente"²⁶, e di appartenenza "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"²⁷.

Ma, proprio sulla base di tale impostazione giurisprudenziale, benché il diritto di proprietà, così come immaginato dal Costituente, non risulti formalmente incluso tra i diritti fondamentali della persona, è difficile credere – lo si è già accennato – che esso possa davvero sfuggire, sostanzialmente (e al di là del *nomen juris* o della collocazione dati alla situazione giuridica in questione), ad una siffatta tipologia dogmatica²⁸. E ciò anche alla luce di una lettura aperta dell'art. 2 Cost.²⁹, avallata recentemente dalle stesse Sezioni Unite della Corte

Bologna, 1984, p. 54; PACE, A.: "La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989, p. 685 ss.; PALOMBELLA, G.: *L'autorità dei diritti*, Bari, 2002.

²³ Così MONATERI, P. G.: "Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2009, p. 56, richiamando BALDASSARRE, A.: "Diritti inviolabili", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989, *passim*. Cfr., inoltre, DE SERVIO, U.: "Origine e significato della rigidità della nostra Costituzione", in RIPEPE, E. e ROMBOLI, R. (a cura di): *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, p. 8 ss.

²⁴ Cfr. le sentenze n. 366 del 1991, n. 183 del 1973, n. 1146 del 1988, n. 232 del 1990, acutamente richiamate da POTETTI, D.: "Sintesi, elaborazione e osservazioni sulla sentenza delle Sezioni Unite Civili, n. 26972 del 2008, in tema di danno non patrimoniale", in *www.csm.it*, p. 6, secondo il quale "di conseguenza, la Corte costituzionale ha affermato la propria potestà di giudicare dell'illegittimità costituzionale di leggi costituzionali che violassero i suddetti diritti inviolabili". Si rinvia, sul tema, a GROSSI, P.: *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 145; e a BARILE, P.: *Diritti dell'uomo*, cit., p. 53 ss. *Contra*, PACE, A.: *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale, III ed.*, Padova, 2003, p. 41 ss.

²⁵ PIZZORUSSO, A.: "Persone fisiche", in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 30.

²⁶ Così nella sentenza n. 366 del 1991.

²⁷ Cfr. la pronuncia n. 1146 del 1988.

²⁸ Secondo BARBERA, A.: "Art. 2", in BRANCA G. (a cura di): *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 106-107, il diritto in questione può essere considerato inviolabile "nella misura in cui sia espressione della tutela non solo di interessi ma di valori...e nella misura in cui non si pone in contrasto con altre libertà, cioè con altri valori personali, e soddisfi altresì i doveri di solidarietà...che lo rendono, a differenza di altri diritti e altre libertà, un diritto funzionale".

²⁹ Favorevoli ad una simile interpretazione della disposizione costituzionale sono BRICOLA, F.: "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 1091 ss.; CANNIZZARO, E.: "Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, p. 368 ss.; e BARBERA, A.: "Art. 2", cit., p. 84 ss., il quale però rinvia anche alle dichiarazioni internazionali. Contrari ad un simile orientamento, e più propensi a vedere nell'art. 2 della Carta fondamentale una "clausola riassuntiva" dei diritti contenuti nel testo costituzionale, sono, invece, PACE, A.: "Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?", in *Politica del Diritto*, 1993, p. 5 e 8; GROSSI, P.: "Inviolabilità dei diritti", in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, vol. XXII, 1974, p. 719 ss.; CARETTI, P.: *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, 2003, p. 137. Per una completa ricostruzione delle varie teorie dottrinali proposte in materia,

di Cassazione³⁰, secondo le quali il catalogo dei diritti dell'uomo “non costituisce un numero chiuso” – poiché, “la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana”³¹.

Chiarire, a questo punto, che è possibile annoverare il diritto di proprietà tra i diritti dell'uomo solo ammettendo una “distinzione tra diritti fondamentali inviolabili e diritti fondamentali non correlati dell'attributo dell'inviolabilità”³² appare anacronistico e non del tutto persuasivo (almeno quanto lo è tentare di contrapporre una “inviolabilità in senso stretto”, riguardante i *non-patrimonial rights* della persona ad una “inviolabilità in senso ampio”, riferibile alla proprietà e alla libera iniziativa economica privata³³)³⁴.

Certamente, sarebbe erroneo pensare che “inviolabilità” significhi

cfr. BOLOGNA, C.: “Il recepimento delle “dichiarazioni dei diritti””, in *www.cahiers.org*.

³⁰ Cfr. le sentenze nn. 26972-26975 dell'11 novembre 2008.

³¹ Così nel punto 2.14. della pronuncia n. 26972/2008.

³² Come sostiene MENGONI, L.: “Proprietà e libertà”, cit., *passim*, richiamato da SALVI, C.: “La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?”, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, p. 418.

³³ V. BALDASSARRE, A.: “Diritti inviolabili”, cit., p. 24 ss.

³⁴ A proposito delle varie classificazioni che ciclicamente vengono proposte in dottrina (e che perfino le Sezioni Unite hanno in qualche modo avallato), GRISI, G.: “Il danno (di tipo) esistenziale e la nomoflachia “creativa” delle Sezioni Unite”, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 393 ss., ha correttamente parlato di “distinzioni malferme ed opinabili”, precisando che «“fondamentali», «“inviolabili», «supremi» sono tutte qualificazioni che, associate ai diritti come ai principi, non conferiscono...distinte valenze, ma sono da apprezzare quali mere varianti terminologiche”. Secondo quanto evidenziato da FRANZONI, M.: “Aspetti attuali di deontologia dell'avvocato civilista”, in *La Responsabilità Civile*, 2011, p. 570 ss., le Convenzioni internazionali preferiscono ricorrere all'aggettivo “fondamentale”, mentre la Costituzione italiana privilegia l'espressione “inviolabile”. PALOMBELLA, G.: *L'autorità dei diritti*, cit., pp. 11-13, rileva che l'espressione “diritto fondamentale” ha un carattere spiccatamente “giuridico”, mentre il sintagma “diritto inviolabile” (o “diritto umano”) ha una natura più marcatamente politica. Ma, avverte lo studioso, “quando si tratta...dei diritti fondamentali dell'uomo, le due espressioni ovviamente coincidono”. Nella Relazione “I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Consulta italiana con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia (Varsavia 30-31 marzo 2006), reperibile sul sito *www.corte-costituzionale.org/informazione/file/STU185_principi.pdf*, p. 2, si afferma che “nell'uso corrente «diritti umani», «diritti inviolabili», «diritti costituzionali» e «diritti fondamentali» sono utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale”. Anche per CICORIA, M.: “Persona, corpo e personalità: riflessioni metastoriche sui diritti fondamentali”, in *Giustizia civile*, 2012, p. 386, “l'adozione di differenti denominazioni (diritti innati, diritti umani, diritti essenziali, diritti inviolabili, diritti della persona ecc.), appare oramai anacronistica. La maggioranza dei testi istituzionali tende, non a caso, a temperarne la demarcazione, dunque ad operare una definitiva fusione o, quanto meno, una *reductio ad unitatem* tra le varie categorie”.

“incomprimibilità”.

Come si è già segnalato altrove (e secondo quanto si può inequivocabilmente desumere oggi dall’art. 52 della Carta di Nizza)³⁵, non esistono diritti dell’uomo in assoluto “intangibili” (e questo vale finanche per il diritto alla vita – il quale può essere, ad esempio, scalfito per legittima difesa –)³⁶, perché ognuno di essi può in realtà subire restringimenti, qualora dovesse risultare perdente all’interno di quella ineludibile opera di bilanciamento che l’interprete è chiamato ad effettuare quando due interessi di pari rango vengano a confrontarsi-scontrarsi³⁷.

Ciò vale a maggior ragione per il diritto di proprietà, dal momento che, lungi dall’essere configurabile attualmente come una situazione giuridica soggettiva in assoluto piena, esclusiva, ed imprescrittibile (un vero e proprio *dominium usque ad sidera, usque ad inferos*), esso –oggi più che mai (e, paradossalmente, proprio per l’influenza normativa prodotta da quei Paesi che, da sempre, lo considerano fondamentale)– appare suscettibile di ricevere contenimenti e declinazioni di vario tipo, assumendo spesso il carattere della parzialità, separatezza e temporaneità.

Non va, da questo punto di vista, dimenticato che per tutti i diritti contenuti nella CEDU trova (o dovrebbe trovare) applicazione la regola sancita nell’art. 17 della Convenzione stessa³⁸ e per quelli predicati nella Carta di Nizza la

³⁵ Per una più articolata trattazione del tema, sia consentito rinviare a VIGLIANISI FERRARO, A.: “Lesione del tempo libero, violazione di un diritto immaginario o di un interesse (primario) della persona?”, in *I Contratti*, 2013, *passim*; ID., “Diritto alla riservatezza e danno non patrimoniale”, in *Revista Electrónica de Direito*, 2015.

³⁶ Un’unica eccezione sembrerebbe esserci, nel sistema giuridico europeo, per il diritto alla dignità umana, sancito nell’art. 1 della Carta di Nizza. Esso rappresenterebbe, secondo le Spiegazioni, il *Wesengehalt* di ogni altra situazione giuridica soggettiva tutelata nel documento entrato in vigore col Trattato di Lisbona, per cui non potrebbe subire limitazioni di alcun tipo. Cfr. OLIVETTI, M.: “Art. 1. Dignità umana”, in BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A. (a cura di): *L’Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 38 ss. Ma, sul punto, si potrebbe aprire una riflessione di ampio respiro, non effettuabile in questo lavoro, tesa a comprendere cosa debba intendersi per dignità umana ed in quali casi si possa davvero parlare di lesione della stessa.

³⁷ Altri ha escluso la possibilità di annoverare il diritto di proprietà tra i diritti dell’uomo, partendo dal presupposto che per i diritti fondamentali vale “la chiave di lettura dell’uguaglianza” e per i diritti patrimoniali trova invece applicazione “la logica della differenziazione e dell’esclusione; i primi non sono, in via di principio, modificabili dalle maggioranze perché le maggioranze non possono disporre di quanto appartiene a tutti ed a ciascuno; i secondi sono, invece, disponibili, almeno fino a certe condizioni, si deve aggiungere, da parte della maggioranza politica in quanto, pur afferendo alla forma di Stato non sono sottratti al potere conformativo del legislatore né in tutto garantiti contro la possibile revisione costituzionale”. Così MOSCARINI, A.: *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 101, rinviando a FERRAJOLI, L.: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, 2002.

³⁸ Secondo tale articolo, “nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente

norma dettata dall'art. 54 del documento in questione³⁹.

Con formulazioni assai simili, ma solo in parte sovrapponibili, le due disposizioni chiariscono che nessun diritto fondamentale può essere interpretato in maniera tale da compromettere (o limitare al di là di quanto previsto dagli stessi *Bill of Rights*) la realizzazione delle altrui situazioni giuridiche inviolabili.

III. L'INCLUSIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ FRA GLI HUMAN RIGHTS. UNA SCONFITTA O UNA CONQUISTA DI CIVILTÀ?

Nel pieno rispetto del c.d. “margine di apprezzamento”, riconosciuto dal sistema CEDU agli Stati aderenti alla Convenzione⁴⁰, e del “principio di neutralità”⁴¹, contenuto nell'art. 345 TFUE (da leggersi in combinato disposto con l'art. 4, comma 2, del Trattato UE⁴² e con le norme finali della Carta di Nizza⁴³), ciò che le fonti sovranazionali oggi impongono ai Paesi del

Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione”.

³⁹ L'articolo in parola stabilisce che “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta”.

⁴⁰ Sull'argomento, cfr., *ex pluribus*, SAPIENZA, R.: “Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1991, p. 571 ss.; GALETTA, D.: “Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p. 743 ss.; NIGRO, R.: “Il margine d'apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, p. 71 ss.; e ARTARIA, R.: “La proprietà fra Costituzione e Carte europee”, in http://boa.unimib.it/bitstream/10281/45606/4/phd_unimib_725215.pdf, al quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

⁴¹ Del quale trattano, con attenzione, D'AMICO, G.: “Le ragioni di un convegno”, cit., p. 7 ss.; e FEDERICO, A., “La proprietà in Europa”, cit., p. 137 ss.

⁴² La disposizione in questione stabilisce che “l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

⁴³ Il primo dei quattro articoli richiamati (sui quali sia consentito rinviare a VIGLIANISI FERRARO, A.: “Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la *multiforme tutela* dei diritti dell'uomo nello *spazio giuridico europeo*”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 503 ss.) chiarisce, nel suo primo comma, che le norme della Carta di Nizza “si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze”. Nel par. 4 dell'art. 52 – sul quale si sofferma anche D'AMICO, G.: “Le ragioni di un convegno”, p. 7 ss. – è invece espresso l'esplicito obbligo di interpretare i diritti previsti nella Carta “in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”. E l'art. 54 “nel vietare l'abuso del diritto induce a ritenere

Vecchio Continente è un atto di coerenza (ed un impegno a garantire una protezione per così dire rafforzata) a tutela di un diritto considerato fondamentale dai Paesi firmatari dei vari *Bill of rights* e da tutti i legislatori statali che hanno recepito senza riserve i testi normativi in questione⁴⁴.

Peraltro, come è stato autorevolmente sottolineato da un grande esperto del tema in questione, se l'intero dibattito sulla natura e sullo statuto normativo del diritto di proprietà dettati dai testi sovranazionali muove dall'idea di fondo "che ci troviamo di fronte ad un...contrasto irrimediabile con una norma costituzionale italiana...mettiamo tutta la problematica sotto la luce della collisione e della prevalenza dell'una e dell'altra e in questo caso dobbiamo stare molto attenti. Se si agitasse la bandiera nazionalista nei confronti di queste norme e non si cercasse di trovare dei punti di contatto, finiremmo per essere un vaso di coccio di fronte al vaso di ferro dell'Europa"⁴⁵.

L'approccio corretto può (e deve), pertanto, essere quello del costante dialogo tra le Corti⁴⁶, teso a realizzare la "massima espansione delle garanzie",

anche riduttiva l'interpretazione individualistica dell'art. 17 e ne impone una interpretazione in armonia con le altre previsioni contenute nella Carta". Così FEDERICO, A.: "La proprietà in Europa", cit., p. 146.

⁴⁴ Affronta questo tema ZAGREBELSKY, V.: "Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione", in *Osservatorio AIC* (maggio 2015), criticando aspramente la recentissima sentenza costituzionale n. 49 del 26 marzo 2015 (pubblicata su <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0049-s-15.html>, unitamente ad una serie di interessanti note di commento) e l'invocazione del "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU". Secondo l'autore, la eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo "costituirebbe premessa e promessa di continue violazioni degli impegni derivanti dalla partecipazione al sistema della Convenzione. Nessuno Stato europeo ha finora assunto una simile posizione, ma il (cattivo) esempio italiano potrebbe fare scuola...una "espunzione" dall'ordine giuridico italiano di una parte della Convenzione...verrebbe vista come una implicita denuncia della Convenzione stessa, cui, fuori dei ridotti casi di ammissione di riserve, si aderisce o non aderisce, ma che non può essere ritagliata come meglio ritiene questo o quello Stato, che intenda continuare a far parte del sistema collettivo europeo di tutela dei diritti umani". A posizioni simili sono giunti molti studiosi, annotando la sentenza in questione.

⁴⁵ Così SILVESTRI, G. (studioso del diritto costituzionale e già Presidente della Consulta italiana): "Introduzione", in D'AMICO G. (a cura di): *Proprietà e diritto europeo*, cit., pp. 42-43.

⁴⁶ Un importante chiarimento su come debbano essere interpretati ed applicati i diritti fondamentali sanciti in una serie di documenti di diritto statale ed internazionale proviene da una recente sentenza della Corte di Strasburgo (12 novembre 2008, ricorso n. 34503/97, *Demir e Baykara c. Turchia*). Nei par. 85-86 della pronuncia si legge che "the Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases. In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of

sempre nell'ovvio rispetto del principio del "necessario bilanciamento con altri...diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela"⁴⁷.

Una lettura "internazionalmente orientata" della Costituzione italiana⁴⁸, permetterebbe forse di valorizzare maggiormente la "doppia anima" del diritto di proprietà, desumibile – secondo una interessante intuizione dottrinale – da una corretta interpretazione della Legge fondamentale del 1948. Quest'ultima parrebbe riconoscere, infatti, non soltanto il "diritto di proprietà" (e quindi il potere di godere e disporre di determinati beni⁴⁹), ma anche il "diritto *alla* proprietà"⁵⁰ (quale pretesa di avere concretamente accesso alla titolarità di essi, soprattutto quando si tratta di *res* essenziali per una vita dignitosa⁵¹)⁵².

member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies". Cfr., in senso analogo, un altro significativo arresto della Corte europea dei diritti dell'uomo, ossia quello del 21 aprile 2009, caso Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia, ricorso n. 68959/01, riguardante anch'esso il diritto di sciopero. Sull'argomento, v. BRONZINI, G.: "Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?", in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, p. 970 ss.

⁴⁷ Cfr. il par. 5 della sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 30 novembre 2009.

⁴⁸ Da favorire massimamente, secondo RUGGERI, A.: "La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali", in *Politica del Diritto*, 2007, p. 320, dal momento che "qualora, in nome del bisogno di preservare la purezza o la esclusiva attitudine della Costituzione al riconoscimento dei diritti da "contaminazioni" esterne, si dovessero ritenere chiuse le porte all'ingresso di norme materialmente (ma non formalmente) costituzionali, quali appunto quelle relative ai diritti, si farebbe luogo ad un'attuazione riduttiva (e, anzi, deformante) della Costituzione stessa".

⁴⁹ Previsione comunque irrinunciabile per le collettività europee che hanno vissuto l'esperienza del comunismo (e che non a caso nelle proprie costituzioni parlano esplicitamente di un diritto di proprietà fondamentale o inviolabile). Significative appaiono, al riguardo, le parole di GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, I vol., Padova, 2010, p. 147: "la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 riconosceva la proprietà come "sacra ed inviolabile"; le carte costituzionali più recenti non ne ripetono analoga qualificazione. Tuttavia, pur se con questa storica relatività, l'affermazione ripetuta e costante dell'esistenza dei diritti dell'uomo, sottratti all'arbitrio dei pubblici poteri, ha comportato una conquista di civiltà, un correttivo al principio di statualità del diritto, un limite all'onnipotenza degli stati, un valore universale cui l'uomo può fare appello, a difesa della propria persona, in ogni sistema politico e sociale".

⁵⁰ Cfr. ROLLA, G., "La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia", in *www.unisi.it*. Secondo lo studioso, "siffatta interpretazione trova alcune conferme letterali nel testo costituzionale, in particolare nelle disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 42 Cost. Il primo comma disponendo che la proprietà è pubblica o privata, riconosce che non sarebbe conforme a Costituzione un ordinamento che escludesse forme di appropriazione privata dei beni; il secondo comma, a sua volta, pone tra le finalità del sistema quella di rendere la proprietà privata tendenzialmente accessibile a tutti". Sul tema, si rinvia anche a LAVAGNA, C.: "Basi per uno studio delle figure giuridiche contenute nella Costituzione italiana", in *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, Padova, 1953, p. 39 ss. Di "libero accesso alla proprietà" ha parlato, ad esempio, GIANNINI, M. S., "Basi costituzionali della proprietà privata", cit., p. 463.

⁵¹ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, F.: "Presentazione", in ID. (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, p. XI, per il quale la Costituzione parla di "riconoscimento e garanzia...in vista dell'importanza della persona nella società e del valore sociale della proprietà riconosciuta e garantita alla persona". Secondo MANGANARO, F.: "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà", in *Diritto Amministrativo*, 2008, p. 379 ss., "è innegabile che la Costituzione si trovi nella

Ne deriverebbe, quindi, un duplice obbligo per lo Stato.

Da un lato, quello volto ad garantire – oltre che il pieno rispetto (nei limiti stabiliti, ovviamente, dalla legge) dello *ius utendi et fruendi* del *dominus* – una “protezione costituzionale assoluta, non suscettibile di deroghe da parte del legislatore, ... nelle ipotesi in cui essa abbia ad oggetto beni che ... hanno la funzione di «assicurare al titolare un ambito di libertà nella sfera economica e di consentirgli in questo modo un’autonoma realizzazione della propria vita»” (come è stato recentemente segnalato dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco)⁵³.

Dall’altro, quello diretto ad attuare quanto più possibile la clausola dell’accessibilità a tutti della proprietà⁵⁴, che “non costruisce solo un limite negativo per il legislatore, nel senso di non poter escludere in assoluto la possibilità di divenire proprietari, ma pone soprattutto un obbligo positivo, quello della maggior diffusione possibile della proprietà privata”⁵⁵.

intrinseca contraddizione tra la necessità “sociale” di garantire la proprietà privata (ed anzi di renderla accessibile a tutti) e l’intenzione di depotenziarne l’assolutezza, per garantirne un esercizio «sociale»”.

⁵² Vi è poi chi, proponendo una variante alla tesi in questione, ha evidenziato che “un conto è il diritto di proprietà, altro è il diritto a divenire proprietario, benché usualmente racchiusi nella medesima espressione...: mentre il diritto di proprietà in senso stretto non è... un diritto non fondamentale, il diritto a divenire proprietario è un aspetto della capacità giuridica e della capacità di agire che, siccome dotato dei caratteri di universalità e indisponibilità, può essere ascritto alla categoria dei diritti fondamentali, intesi come «diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini, o di persone capaci d’agire» (FERRAJOLI, L.: “Diritti fondamentali”, in *Teoria politica*, 1998, II, p. 4)”.

⁵³ La pronuncia (annotata anche da ANGELICI, C.: “Impresa, società e «cogestione» secondo il *Bundes-verfassungsgericht*”, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1979, II, p. 945 ss.) viene richiamata da ROLLI, R.: “La proprietà come diritto dell’uomo?”, cit., p. 1036. L’autrice rileva, ancora, che secondo il *Bundesverfassungsgericht* tedesco “i limiti posti al legislatore sono tanto più ristretti quanto più l’uso e la disponibilità della proprietà permangono nella sfera del titolare, perché in tal caso difficilmente si rinverrà uno scopo esterno che potrebbe giustificare un adeguato vincolo della proprietà”, mentre “l’ambito di azione del legislatore è relativamente più ampio quando si tratta del ruolo e della funzione sociale delle proprietà come è nel caso della grande impresa in forma di società di capitali, dove è evidente la rilevante funzione sociale delle proprietà della quota”. Molto simile era apparsa la posizione di LUCIANI, M.: “Corte costituzionale e proprietà privata”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, I, pp. 1380 ss., con riferimento alla c.d. “proprietà personale” (ossia a quel diritto che ricade su specifici beni, considerati fondamentali per un’esistenza dignitosa del soggetto).

⁵⁴ Secondo ROLLA, G.: “La disciplina costituzionale”, cit., “l’intendimento di fare della proprietà un diritto accessibile a tutti i cittadini si salda esplicitamente ad uno dei valori fondamentali che ispirano il nostro sistema costituzionale: il principio di eguaglianza... essendo evidente che uno degli ostacoli economici che si frappongono alla possibilità di far partecipare i cittadini in condizioni di eguaglianza ai benefici derivanti dalla vita associata è rappresentato dalle discriminazioni, di varia natura, che fanno dell’accesso alla proprietà un diritto fruibile in concreto da categorie limitate di cittadini”.

⁵⁵ A sostenerlo, richiamando anche l’orientamento di PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Napoli, 1971, p. 33, è ARTARIA, R.: “La proprietà”, cit. Secondo l’autore, “da ciò non consegue l’assoluta previsione di una società egualitaria, in cui tutti sono proprietari in eguale misura; il significato dell’espressione è diverso, intendendo piuttosto gettare il principio secondo il quale ciascuno deve avere una proprietà, senza sottintendere la eguale estensione della proprietà riconosciuta a ciascuno”.

Sotto il primo profilo, si consideri che da più parti, parlando del *right to property* come di un importante diritto “di partecipazione alla organizzazione e allo sviluppo della vita economica”, si è evidenziato che “il rapporto tra libertà della proprietà e funzione sociale si presenta non come un’antinomia, che può risolversi in una compressione della libertà fino ad annullarla, ma come rapporto tra due funzioni concorrenti all’interno di un medesimo ambito operativo: la funzione di partecipazione del singolo al sistema delle decisioni economiche e la funzione di omogeneizzazione dell’interesse individuale con l’interesse generale”⁵⁶.

Con riguardo al secondo aspetto suindicato, non appare del tutto eccentrico ritenere che così ricostruita, la situazione giuridica soggettiva in questione sarebbe addirittura idonea ad atteggiarsi, in taluni casi particolari, a “diritto sociale” (“condizionato”, chiaramente⁵⁷) di nuovissima generazione⁵⁸. Del resto, come ha sottolineato un attento studioso “salvare i diritti sociali dal punto di vista della loro fondazione teorica equivale a riportarli alla stessa radice della proprietà, il generale diritto degli uomini a vivere decentemente”⁵⁹. Un’interpretazione di questo tipo comporterebbe (al pari di quanto previsto per altre importanti disposizioni contenute nella Carta di Nizza, riguardanti ad esempio il diritto all’istruzione e all’ambiente o i diritti degli anziani, dei minori e dei disabili) un impegno per lo Stato a fare il possibile (nei limiti delle sue capacità, ovviamente, come accade con riferimento al diritto alle prestazioni sanitarie o a quelle previdenziali) per adottare tutte le misure idonee ad assicurare le pretese essenziali direttamente o indirettamente collegate a tale diritto fondamentale⁶⁰: i consociati siano

⁵⁶ Così MENGONI, L., “Proprietà e libertà”, cit., p. 455 ss. Per lo studioso, dunque, lo “scopo della riserva di legge statuita dall’art. 42 è la composizione delle due funzioni in una organica unità istituzionale operante quale strumento di integrazione sociale”.

⁵⁷ Sulle distinzioni dottrinali fra le varie categorie dei diritti sociali, cfr. per tutti BALDASSARRE, A.: “I diritti sociali” (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, XI, 1989, p. 1 ss.; COLAPIETRO, C.: *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; e MODUGNO, F.: *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2012, p. 549 ss.

⁵⁸ Tale è, ad esempio, la tesi di VAN BANNING, T. R. G.: *The Human Right to Property*, Antwerpen – Groningen – Oxford, 2002, il quale, tuttavia evidenzia la necessità che tale diritto fondamentale, al pari di tutti gli altri, sia soggetto eventualmente a bilanciamenti e limitazioni. Del resto, vi è chi ha ipotizzato che tutti i diritti fondamentali possano essere considerati “anche inviolabili [immediatamente applicabili], inclusivi [riguardano anche i non cittadini] e sociali [a ben vedere, costano]”. Così SPADARO, A.: “I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)”, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, segnalando “che esistono sempre...due “facce” (*libertà* ed *uguaglianza*) di una stessa “medaglia” costituzionale, visto che – fatto salvo il diritto alla diversità/disuguaglianza – siamo uguali solo se siamo liberi e siamo liberi solo se siamo uguali”. L’Autore rinvia, sul punto, a SILVESTRI, G.: *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, *passim*.

⁵⁹ Così PALOMBELLA, G.: “Diritti fondamentali: argomenti per una teoria”, in www.unipr.it/arpa/dsgs. L’Autore conclude, affermando che, pertanto, “diverrebbe problematico provare ad abbattere l’una per salvare gli altri”.

⁶⁰ VAN BANNING, T. R. G.: *The Human Right*, cit., p. 224, richiama a tal proposito un vivo dibattito teso a comprendere se in questi casi sullo Stato incombono “obligations of result” oppure “obligations of conduct”, “general duties” o “special duties”.

titolari di un “reddito minimo garantito”⁶¹ (di cittadinanza, ad esempio⁶²) che consenta loro di “togliersi la fame”⁶³ (per ricorrere ad un’aspra, ma icastica, espressione utilizzata recentemente in dottrina⁶⁴); godano di una casa⁶⁵

⁶¹ Cfr. GIUBBONI, S.: *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; BOZZAO, P.: “Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali”, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2011, 549 ss.; BIN, I. (a cura di), *Reddito per tutti. Un’utopia concreta*, Roma, 2009; VAN PARIJS, P., VANDERBORGHT, Y.: *Il reddito minimo universale*, Milano, 2006. Sul tema, si rinvia, inoltre, alla Raccomandazione del Consiglio 92/441/CEE, del 24 giugno 1992, e a quella della Commissione, C(2008) 5737, del 3 ottobre 2008; ma anche alle Risoluzioni del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 e del 21 ottobre 2010; nonché al parere (di iniziativa) del Comitato economico e sociale europeo sul tema “Reddito minimo europeo e indicatori di povertà”, 2014/C - 170/04, del 14 febbraio 2013.

⁶² V., per tutti, BRONZINI, G.: *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l’Italia e per l’Europa*, Torino, 2011, *passim*; ID., “Il reddito minimo garantito nell’Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione”, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2011, p. 225 ss.

⁶³ Sul tema, v. SCAGLIARINI, S.: “Diritti sociali nuovi e diritti sociali *in fieri* nella giurisprudenza costituzionale”, in www.gruppodipisa.it. Appare utile un richiamo all’art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (“1. ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia con particolare riguardo all’alimentazione, al vestiario, all’abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà”) e all’art. 30 della Carta sociale europea (che impegna le Parti contraenti ad “assicurare l’effettivo esercizio del diritto alla protezione contro la povertà e l’emarginazione sociale”).

⁶⁴ Di un “diritto sociale al consumo” ha parlato PIZZOLATO, F.: *Autorità e consumo*, Milano, 2009, p. 155, riferendosi ai beni rappresentanti il minimo vitale per l’individuo. E, similmente, di un “diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare alimentare” ha discusso la Corte costituzionale, con la sent. 10/10.

⁶⁵ RESCIGNO, P.: “Per uno studio sulla proprietà”, in *Rivista di Diritto Civile*, 1972, p. 55, ha evidenziato che “la casa di abitazione, il fondo coltivato direttamente... si presentano come le vie capaci di ricondurre la proprietà al diritto di natura o – se si vuole evitare una nomenclatura che suscita diffidenze – di riportarla al novero dei diritti “inviolabili” dell’uomo”. E secondo BRECCIA, U.: *Il diritto all’abitazione*, Milano, 1980, p. 81, “la rivendicazione della proprietà dell’alloggio, diventando una aspirazione di massa, pone l’interprete di fronte ad un dato nuovo. I valori che si esprimono nella proprietà in questi casi tendono a svincolarsi parzialmente dai fondamenti socio-economici originari”. Sull’argomento, si rinvia a BONETTI, P.: “Profili costituzionali della casa familiare”, in ID. (a cura di), *La famiglia e la casa. Il diritto alla casa*, Piacenza, 2007, p. 40 ss. Cfr., inoltre, BESTAGNO, F.: “La dimensione sociale dell’abitazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, in VENTURINI G. e BARIATTI S. (a cura di): *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 19 ss. Hanno sostenuto con forza la configurabilità di un diritto fondamentale alla casa, ritenendolo ricavabile (variamente) da una serie di disposizioni costituzionali, quali (in particolare) gli artt. 2, 3, 14, 42 comma 2, 47, MARTINES, T.: “Il diritto alla casa”, in LIPARI N. (a cura di): *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari 1974, p. 391 ss.; SORACE, D.: “A proposito di «proprietà dell’abitazione», «diritto all’abitazione» e «proprietà (civilistica) della casa»”, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, p. 1035 ss.; BILANCIA, F.: “Brevi riflessioni sul diritto all’abitazione”, in *Le istituzioni del federalismo*, 2010, p. 234-235; BARTOLE, S.: *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, *passim*; FERRARI, G. F.: “«Diritto alla casa» e interesse nazionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 846 ss.; MODUGNO, F.: *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 59 ss.; CIOCIA, M.: *Il diritto all’abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009, p. 46 ss. E dopo alcune iniziali remore, come quelle espresse nella sentenza 252/83 (in cui pur riconoscendo all’abitazione la natura di bene primario meritevole di tutela per l’individuo, si negò che tra i diritti inviolabili, quali “diritti che formano il patrimonio irrettabile della personalità umana”, potessero risultare ammesse “altre figure giuridiche... dirette a funzionare da «presupposti»”, e si asserì che “considerare l’abitazione come l’indispensabile presupposto dei diritti inviolabili previsti dalla prima parte dell’art. 2 della Costituzione”

(preferibilmente, in proprietà, appunto⁶⁶) e/o non subiscano ingiustamente sfratti⁶⁷; abbiano accesso all'acqua o ad altri beni che, per la loro funzionalità al godimento dei diritti fondamentali (dignità umana *in primis*), devono essere concessi ad ogni individuo⁶⁸; possano acquisire le c.d. *new properties* di

rappresentava “una costruzione giuridica del tutto estranea al nostro ordinamento positivo”), la Corte costituzionale italiana già con la pronuncia 49/87 ha mutato orientamento ed ha riconosciuto che è “doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione”, venendo in rilievo, come evidenzierà nella decisione 217/88 (e, successivamente, anche nelle pronunce 399/89 e 169/94), un vero e proprio “diritto sociale” (dotato del carattere della inviolabilità, come si è ulteriormente chiarito nella sentenza 404/88). Il giudice delle leggi giunge, dunque, oggi a ricollegare direttamente il soddisfacimento dei “livelli minimali di fabbisogno abitativo...al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana” (sent. 166/08), pur senza dimenticare che “come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione, è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività; solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a riportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressione di tali diritti fondamentali” (sent. 252/89). Hanno considerato inviolabile il diritto all'abitazione, di cui all'47 Cost., anche le sentenze nn. 559 del 1989, 364 del 1990 e 419 del 1991. Sul punto si rinvia a quanto è stato correttamente rilevato da SCAGLIARINI, S.: “*Diritti sociali nuovi*”, cit., “il diritto all'abitazione incontra dei limiti, in nome del bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale. Anzitutto, la garanzia del diritto alla casa comporta inevitabilmente, come accade in generale per i diritti di prestazione, oneri economici, laddove la limitata disponibilità di risorse ripropone il noto tema del bilanciamento tra soddisfazione dei diritti e rispetto dell'equilibrio finanziario. Si tratta, come noto, di una *vexata quaestio*, che ha visto contrapposte le posizioni di chi attribuisce all'equilibrio (e ora, verosimilmente, al pareggio) di bilancio un valore di primaria importanza anche laddove sia in gioco la garanzia dell'eguaglianza e chi invece sostiene che tra diritti e risorse finanziarie (*rectius*, gli altri interessi implicanti spese che incidono sull'equilibrio di bilancio) vada compiuto un «*bilanciamento ineguale*...». È peraltro noto che la Corte, dopo alterne fasi di apertura alla più ampia soddisfazione dei diritti a discapito degli equilibri finanziari (anche attraverso le proprie pronunce additive di spesa) e altre di maggiore restrizione, è pervenuta alla elaborazione del principio di gradualità come punto di approdo di un bilanciamento, appunto, tra attuazione dei diritti sociali di prestazione e scarsità delle risorse finanziarie disponibili”. Si noti che l'abitazione è consacrata fra i diritti inviolabili, oltre che dal citato art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dall'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, dall'art. 5 della Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, dall'art. 14 della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, dall'art. 27 della Convenzione sui diritti dell'infanzia; dall'art. 8 della Dichiarazione sul diritto allo sviluppo, dagli artt. 30 e 31 della Carta sociale europea (quest'ultimo articolo prevede proprio l'impegno delle Parti contraenti “1. a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente; 2. a prevenire e ridurre lo status di “senza tetto” in vista di eliminarlo gradualmente; 3. a rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti”).

⁶⁶ Ma, è a tutti noto che “non sempre diritto di proprietà e diritto all'abitazione coincidono sul medesimo bene: il diritto all'abitazione si traduce, in primo luogo, nell'«interesse a un equo accesso al bene», che può avvenire anche secondo forme diverse dalla proprietà...la locazione, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, l'assegnazione, l'occupazione di fatto”. ARTARIA, R.: “La proprietà”, cit.

⁶⁷ Sul tema, vedasi BARGELLI, E.: “Locazione abitativa e diritto europeo. Armonie e disarmonie di un capitolo del diritto privato sociale”, in *Europa e Diritto Privato*, 2007, *passim*.

⁶⁸ In una serie di sentenze costituzionali (come la 306/88, 259 e 419/96 e la 246/09), la Consulta ha riconosciuto che le risorse idriche rappresentano un elemento del patrimonio ambientale (la cui integrità costituisce “uno dei valori fondamentali dell'uomo (e delle generazioni future)”), tuttavia non si è spinta fino a ricostruire un vero e proprio diritto all'acqua, ricollegandolo non ad un “mero interesse ecologico ma primariamente di tipo strettamente alimentare nonché igienico-sanitario”. Evidenzia tutto ciò SCAGLIARINI, S.: “*Diritti sociali nuovi*”, cit., rinviando sul tema a vari autori, come VARANO, M.: “Il diritto all'acqua”, in *Ragion Pratica*, 2009, p. 491 ss.; ZOLO, D.: “Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo”, in *Diritto Pubblico*, 2005, p. 125 ss.; STAIANO, S.: “Note

rilevanza sociale (che ad avviso di un noto giurista inglese⁶⁹ ricomprenderebbero anche le utilità dispensate dallo Stato sotto forma di sussidi, incentivi e sgravi fiscali⁷⁰); se, contadini, siano destinatari (secondo quanto richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) di più adeguate forme di tutela dei loro fondi agricoli (anche a ragione dell'importanza che questi ultimi hanno per la collettività)⁷¹; e, volgendo lo sguardo al di là dell'Europa, qualora appartengano a determinate popolazioni indigene, si vedano protette pienamente le legittime pretese di conservazione delle terre trasmesse dai loro antenati (come ha suggerito uno studioso olandese in un suo interessante lavoro⁷²).

Vale la pena sottolineare, da questo punto di vista, che la stessa “nozione europea” di proprietà è particolarmente estesa (e risulta solo in parte sovrapponibile a quella tipica dei singoli Paesi del Vecchio Continente). I giudici di Lussemburgo (facendo proprio un orientamento espresso dalla Corte costituzionale tedesca in una sentenza del 28 febbraio 1980) hanno ritenuto, ad esempio, di poter far rientrare nel concetto in questione finanche le indennità di disoccupazione e, più genericamente, “le prestazioni di sicurezza sociale”⁷³, e quelli di Strasburgo, dal canto loro, hanno utilizzato l'espressione “rispetto dei beni” in un'accezione ancor più ampia (al punto tale da ricomprendervi il diritto ad adeguate forme di garanzia di ogni “interesse patrimoniale” dei privati, inclusi i “crediti di imposta”, “lo sfruttamento di un terreno”, l’“avviamento commerciale” e la “legittima aspettativa” di acquisire un bene)⁷⁴.

sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione”, in www.federalismi.it; RODOTÀ, S.: “Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria”, in *Questione Giustizia*, 2011, spec. 240 ss.

⁶⁹ REICH, C.: “The New Property”, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 733 ss.

⁷⁰ Richiama questa tesi MOSCARINI, A.: *Proprietà*, cit., p. 9.

⁷¹ Cfr., *mutatis mutandis*, quanto previsto dai giudici di Strasburgo, nella sentenza 26 aprile 2011, *Di Marco c. Italia*, ricorso n. 32521/05, reperibile sul sito www.echr.coe.int. Ma, si consideri anche il contenuto del Regolamento europeo n. 1782 del 2003 (attuato in Italia con D. M. 5 agosto 2004), successivamente abrogato dal Regolamento n. 73 del 2009. MOSCARINI, A.: *Proprietà*, cit., p. 166, sottolinea che “questa riforma ha segnato il passaggio da una politica comunitaria, caratterizzata dall'incentivo alla produzione, ad una politica di sostegno al reddito, nella quale si constata una scissione, o disaccoppiamento tra incentivo e produzione. Il regolamento n. 1782 del 2003 indica, quali fini dell'azione comunitaria, definiti “criteri di gestione obbligatori”, la sanità pubblica, la salute delle piante, degli animali, dell'ambiente ed il benessere degli animali (art. 4); prescrive a tutti gli Stati membri di provvedere a che tutte le terre agricole, specialmente quelle non più utilizzate a fini di produzione, siano mantenute in buone condizioni agronomiche ed ambientali (art. 5), e prevede l'erogazione dell'incentivo comunitario anche indipendentemente dalla produzione agricola, riconoscendolo dovuto anche a chi, in possesso di ettari ammissibili, non produca nulla ma si dedichi al mantenimento del terreno in buone condizioni agronomiche ed ambientali”.

⁷² VAN BANNING, T. R. G.: *The Human Right*, cit., p. 230.

⁷³ Cfr. la sentenza Testa (19 giugno 1980, causa C-41,121 e 796/1979, in *Racc.*, p. 1979), sulla quale si è soffermata con grande attenzione MOSCARINI, A.: *Proprietà*, cit., p. 283 ss.

⁷⁴ Per una vasta rassegna giurisprudenziale in materia, cfr. ROLLI, R.: “La proprietà come diritto dell'uomo?”, cit., p. 1048 ss. Sul tema, vedasi inoltre CONFORTI, B.: “La giurisprudenza della Corte

IV. LA PROPRIETÀ QUALE IRRINUNZIABILE STRUMENTO DI ATTUAZIONE PIENA DI ALTRI DIRITTI INVIOLABILI DELL'UOMO.

Al di là della esatta portata da riconoscere al *fundamental right to property*, è innegabile che quest'ultimo costituisca, oggi, uno strumento irrinunciabile per consentire la piena attuazione di una serie di altri diritti inviolabili dell'uomo⁷⁵.

Così come sarebbe risibile pensare che un soggetto limitato fortemente nella sua libertà di movimento, di manifestazione del pensiero o di espressione del credo versi in una condizione equiparabile a quella in cui si trova chi invece gode pienamente di tali diritti, o che l'individuo affetto da una grave infermità mentale abbia una capacità a provvedere ai propri interessi identica a quella posseduta da chi non presenta alcun disagio psico-fisico altamente inabilitante, allo stesso modo non è possibile ritenere che il "nullatenente" (o il "senz'atetto") abbia un'idoneità ad affermare compiutamente la sua personalità comparabile a quella rinvenibile in capo a chi, invece, è titolare di beni e garanzie patrimoniali tali da permettergli di condurre una vita (quantomeno) dignitosa⁷⁶. Da qui, l'opportunità – avvertita recentemente

di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà", in COMPORI, M. (a cura di): *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 107 ss.

⁷⁵ Tale parrebbe essere anche la posizione di due autorevoli studiosi spagnoli: DíEZ PICAZO, L.: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2003, p. 448 (per il quale "la propiedad privada ha ocupado siempre – y sigue ocupando– un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos en que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada") e REY MARTÍNEZ, F.: *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III, Madrid 2001, p. 209 (che ha evidenziato come "el derecho a la propiedad privada no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, por tanto, al Estado de Derecho; también lo está al principio democrático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia. Toda libertad es efímera si no existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible").

⁷⁶ Coscienti di tutto ciò sono apparsi anche i giudici supremi italiani, quando –con la recente sentenza, della II sezione civile, n. 9908/11– hanno ritenuto doveroso esonerare il fallito dal versamento di un canone per l'abitazione da lui occupata quale unico alloggio dignitoso per sé e la famiglia o quando – con la pronuncia n. 3518/99, della I sezione civile –, in applicazione dell'art. 47 della Legge fallimentare, hanno affermato che, in presenza di esigenze vitali di sostentamento, il fallito può vantare un vero e proprio diritto soggettivo *ex art. 2 Cost.* ad ottenere dagli organi della procedura concorsuale un assegno alimentare. Quest'ultima presa di posizione è rimasta isolata ed ha, anzi, registrato, già dopo qualche mese, un'aspra critica della stessa prima sezione della Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che non può parlarsi di un "diritto soggettivo perfetto" del fallito agli alimenti, "essendo rimessa alla discrezionalità del giudice delegato la concessione stessa, così come anche di stabilirne l'entità e la durata nel tempo" (per cui si è ritenuto inammissibile un ricorso dell'interessato avverso la decisione del giudice di non concedere il sussidio). Così nella pronuncia 14 marzo 2001, n. 3664, la quale ha rilevato, inoltre, che "non poche perplessità suscita...il richiamo al principio solidaristico allorché detto principio debba essere assunto a criterio interpretativo di una disposizione facente parte di un complesso normativo, quale la legge fallimentare, ispirato alla prioritaria tutela dei creditori". Il tenore di decisioni come queste farebbero pensare che quanto viene imputato (con troppa disinvoltura) agli organi europei dovrebbe forse essere (più correttamente) addebitato talvolta alle autorità nazionali. È facile immaginare che un'applicazione giurisprudenziale (di dubbia costituzionalità sotto vari profili) di norme poste a tutela di soggetti particolarmente deboli, come quella or ora richiamata, se finisse sotto l'impetosa "scure" delle Corti

anche in Italia – di offrire una tutela minima ai soggetti sovraindebitati (ai quali andrebbe garantita, ad esempio, nel rispetto dei limiti fissati dalla normativa vigente, l’impignorabilità della casa di abitazione per le obbligazioni pecuniarie maturate nei confronti del Fisco⁷⁷).

Il diritto di proprietà non è certamente annoverabile tra i *non-economic rights* dell’individuo (e men che mai tra quelli della personalità⁷⁸), per cui il parallelo or ora proposto potrebbe apparire fuorviante, ma non è davvero tale se si pensa che la situazione giuridica soggettiva *de qua* – in un’epoca, come quella attuale, fortemente assoggettata alle regole del capitalismo – può divenire davvero uno strumento indispensabile per “realizzare la libertà personale, la libertà del bisogno”⁷⁹ e così rientrare a pieno titolo nell’ampia categoria delle *facultates agendi* attraverso le quali trova esplicazione e compimento la soggettività stessa.

Interessante appare, al riguardo, la formula della disposizione costituzionale in materia di proprietà originariamente approvata dalla I sottocommissione, in seno all’Assemblea costituente (ma, poi mai trasfusa nel testo definitivo), secondo la quale “la proprietà privata, frutto di lavoro e di risparmio, viene riconosciuta al fine di garantire la libertà o lo sviluppo della persona e della sua famiglia” (espressione che fa venire subito in mente l’art. 22 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, che parla proprio di una legittima pretesa di ogni individuo “alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l’organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità”).

sovranazionali, troverebbe una radicale censura da parte di queste ultime. Sul punto, si rinvia alla provocazione di LUCARELLI, F.: “Il diritto di proprietà. Valori costituzionali e valori condivisibili alla luce dei Trattati europei”, in COMPORTE M. (a cura di): *La proprietà nella Carta europea*, cit., p. 43, il quale evidenzia che “il deflusso liberista” emargina “il ruolo dello Stato previsto dalla nostra Costituzione” (ben più di quanto faccia, probabilmente, l’Europa). Secondo lo studioso, “in questa atmosfera di *devolution*, la proprietà privata, seppur confinata a ruolo di comprimaria del potere politico, a favore della piccola e media borghesia, ritrova, nei condoni finanziari ed edilizi, spazi di rendita effettuale o di posizione, nel rilancio del mercato immobiliare (drogato dalla disciplina delle locazioni), nell’acquisto di abitazioni legate alla svendita del patrimonio pubblico, nella nuova disciplina delle donazioni e delle successioni...tecniche svolte ad ottenere un immediato e facile consenso. Ma è una proprietà nella sua visione minimalista, più supporto al potere finanziario e mediatico che protagonista della realtà economica”.

⁷⁷ Si rinvia all’art. 76 del D. L. 21 giugno 2013, n. 69 recante “Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia” (c.d. decreto “Del Fare”). Per un commento a tale previsione normativa, cfr. FORTE, N.: “Luci ed ombre dell’impignorabilità dell’abitazione principale”, in www.ipsoa.it/Fisco.

⁷⁸ Cfr. MESSINETTI, D.: “Diritti della personalità”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1983, p. 355; MARINI, G.: “La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità”, in *Rivista di Diritto Civile*, 2006, p. 359.

⁷⁹ Proprio come immagina PERLINGIERI, P.: Introduzione, cit., pp. 5-6, per alcuni particolari diritti di proprietà, rilevando che innegabilmente “ogni soggetto per realizzare la dignità sociale e umana deve avere una quantità di beni di produzione e di consumo” (p. 36).

Una siffatta ricostruzione del diritto di proprietà non deve chiaramente far pensare ad una supina accettazione della bieca idea che “chi non ha”, “non è” o “non vale”⁸⁰, ma –ribaltando completamente la prospettiva– evocare semmai la necessità di prendere consapevolezza del fatto che (in una società sempre più avvezza purtroppo a far prevalere gli aspetti patrimoniali su quelli assiologici) rinunciare a promuovere intense forme di tutela delle situazioni dominicali degli individui (soprattutto delle categorie più deboli) significa comprimere fortemente una prerogativa suprema dei soggetti stessi (i quali, per usare una *superlatio*, potendo scegliere, preferirebbero forse rinunciare a parti del loro corpo –e quindi alla propria integrità psico-fisica– piuttosto che alla titolarità di determinati beni)⁸¹.

Come ha evidenziato correttamente un attento studioso, “la ragione moderna della proprietà è infatti la sussistenza e la dignità degli individui”⁸².

Il diritto in questione sembrerebbe, pertanto, assumere le sembianze non di una “libertà massima” del soggetto (dallo Stato e dagli altri consociati), come teorizzato negli ambienti politico-giuridici ottocenteschi⁸³, ma semmai di un interesse che (soprattutto se ha ad oggetto res indispensabili per la persona) richiede una “protezione minima” da riconoscere ad ogni essere umano (nell’era della globalizzazione e delle rigide logiche del mercato)⁸⁴. E se di tutto ciò si era già mostrata convinta una dottrina più accorta, nel segnalare che l’art. 42 Cost. tutela “la proprietà privata non più come diritto fondamentale della persona delimitante una sfera privata libera da intromissioni del potere politico, bensì come diritto di partecipazione alla organizzazione e allo sviluppo della vita economica”⁸⁵, significative conferme giungono oggi da una recentissima pronuncia della III Sezione Penale della

⁸⁰ PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 177, rileva che nella Costituzione italiana “all’avere si preferisce l’essere” e che per conseguenza l’uomo “è protetto non per ciò che “ha” ma per ciò che «è»”. Ma, già secondo COSTANTINO, M., “Profili fondamentali della proprietà”, in *Studi senesi*, 1971, p. 383, “l’idea di un ordinamento giuridico che valuta i soggetti in base a ciò che *hanno* e non in base a ciò che essi *sono* ripugna non solo all’attuale coscienza civile, ma soprattutto allo spirito del “diritto scritto” vigente”.

⁸¹ Come scriveva CALAMANDREI, P.: *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell’Università nazionale del Messico*, Padova, 1954, p. 146, del resto, “«La legge è uguale per tutti» è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare l’uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l’aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria”.

⁸² Così PALOMBELLA, G.: “Diritti fondamentali: argomenti per una teoria”, cit.

⁸³ Sulla quale, v. BARASSI, L.: *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 34-35; SOLARI, G.: *Individualismo e diritto privato*, I, Torino, 1959, p. 57; RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto*, cit., p. 67.

⁸⁴ Secondo la corretta lettura data sempre da MENGONI, L.: “Proprietà e libertà”, cit., p. 455, la Costituzione italiana “non garantisce la proprietà per sé sola, come spazio riservato alla libertà individuale fine a se stessa, bensì in funzione della libertà politica, come un elemento dell’emancipazione politica”.

⁸⁵ MENGONI, L.: *loc. ult. cit.*

Corte di Cassazione⁸⁶, secondo la quale la Carta costituzionale italiana pur non riconoscendo come inviolabile, a sensi dell'art. 2 Cost., “il diritto di proprietà privata senza aggettivi”, considera certamente tale “il diritto di «*proprietà personale*», quella riferibile al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo”⁸⁷.

V. CONCLUSIONI. LA PROPRIETÀ COME DIRITTO FONDAMENTALE E LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE NUOVE FORME DI GARANZIA DELLA SUA FUNZIONE SOCIALE.

Come si è già accennato, peraltro, l'inclusione del diritto di proprietà fra le situazioni giuridiche soggettive fondamentali/inviolabili non sembrerebbe produrre “controindicazioni” concrete “pericolose” per gli ordinamenti nazionali, ma, a ben vedere comporterebbe semplicemente la necessità di prevedere una più attenta applicazione delle norme che salvaguardano la situazione giuridica soggettiva in questione ed, eventualmente, una rivisitazione del vecchio modo di proteggere tutti gli altri interessi (pubblici o privati) che con essa dovessero entrare in collisione imponendo una delicata opera di bilanciamento⁸⁸.

Il tema meriterebbe un approfondimento che non è possibile effettuare in questa sede. Risulta, però, agevole individuare almeno due “linee di intervento” normativo-ermeneutico percorribili per consentire una adeguata tutela del diritto in esame (così come ricostruito alla luce delle Carte internazionali).

Anzitutto, occorrerebbe probabilmente ammettere definitivamente la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale da (ingiusta) lesione di situazioni dominicali (anche in assenza di una esplicita previsione di legge)⁸⁹: la proprietà (pubblica e privata) è costituzionalmente garantita e già ciò dovrebbe generare, sotto questo profilo, implicazioni notevoli e non

⁸⁶ Cfr. la sentenza 20636/2014 e l'ordinanza 1139/2014 (con la quale la Suprema Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. 380/2001 – in considerazione anche della decisione assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Varvara* – per contrasto con gli articoli 2, 9, 32, 41, 42, 117 Cost.).

⁸⁷ La frase proposta è comunque di MADDALENA, P.: “I diritti umani”, cit. Nel risolvere il caso, con la citata sentenza n. 49/2015, la Consulta non si è occupata della natura del diritto di proprietà.

⁸⁸ In tal modo, si eviterebbero *in nuce* scontri tra Corti, giacché si prenderebbe atto di quell'innegabile “profondo mutamento del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato”, segnalato (forse con un approccio sin troppo radicale) da GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, p. 448, per il quale “non può più dirsi, come si diceva in passato, che il perseguimento dell'interesse pubblico...giustifica il sacrificio dei diritti privati; si deve affermare che l'interesse pubblico è perseguibile compatibilmente con il rispetto dei diritti del secondo, entro i limiti imposti dal loro rispetto”.

⁸⁹ Si stanno orientando in questa direzione, ad esempio, alcuni giudici ordinari. Cfr., per tutte, le sentenze del Tribunale di Vercelli, 12 febbraio 2015, e del Tribunale Firenze, 21 gennaio 2011.

trascurabili⁹⁰ (perfino più pregnanti, forse, di quante ne possa originare il riconoscimento di essa, fra i diritti fondamentali, nella Carta di Nizza o nella CEDU)⁹¹.

Inoltre, così come non è concepibile che per assicurare il diritto alla vita delle tantissime persone emofiliche, presenti in Italia e nel mondo, si possa praticare un “prelievo coattivo” di sangue fra tutti i consociati aventi i requisiti fisici per poter donare, o al fine di consentire la sopravvivenza di un paziente affetto da una grave patologia al rene sia immaginabile obbligare uno stretto congiunto del degente a prestare uno dei suoi due organi, allo stesso modo, *mutatis mutandis* ovviamente, occorrerebbe interrogarsi sulla opportunità di continuare a considerare legittima la possibilità di soddisfare un interesse collettivo (sia pur meritevole della massima protezione) con una radicale ed indiscriminata privazione del diritto di proprietà di un individuo, operata senza particolari garanzie procedurali ed accompagnata da un ristoro irrisorio per il danneggiato (liquidato magari anche con enorme ritardo)⁹².

Lo stesso indennizzo –perfino quando commisurato al valore venale del bene espropriato– non sempre è sufficiente a riparare *in toto* la perdita subita a

⁹⁰ Vale la pena ribadire che non appare condivisibile la scelta interpretativa ed applicativa operata dalla Corte di Cassazione in materia di tutela dei diritti scolpiti nella Carta fondamentale italiana. Ci si riferisce, ad esempio, alla discutibile lettura data all'art. 2059 c.c., che, secondo il Supremo Collegio, non ammetterebbe la possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale al privato leso in una sua situazione dominicale (perché, nonostante sia sancito in una norma costituzionale, ma anche in moltissime Carte internazionali, il diritto di proprietà non può essere considerato inviolabile). Sul tema, si soffermano, con toni comprensibilmente critici, CONTI, R.: *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., p. 221 ss., e FILIPPI, S.: “Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare”, in *La Responsabilità civile*, 2009, p. 58 ss. Ma, interessanti sono anche gli spunti di riflessione proposti da SCALISI, V.: “Danno alla persona e ingiustizia”, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007, p. 155. Sia consentito, infine, rinviare anche a VIGLIANISI FERRARO, A.: “L'incidenza dell'art. 17 della Carta di Nizza nell'ordinamento giuridico italiano”, in D'AMICO, G. (a cura di): *Proprietà e diritto europeo*, cit., p. 153 ss.

⁹¹ Si consideri che, in dottrina, perfino una studiosa apparsa particolarmente critica nei confronti di una incontrollata apertura giurisprudenziale verso il risarcimento di pregiudizi non patrimoniali da lesione di diritti non adeguatamente ancorati a previsioni costituzionali, ossia NAVARRETTA, E.: “Il danno non patrimoniale”, in DELLE MONACHE S. (a cura di): *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 10 ss., rinviando a tutti quei “valori...di contenuto ampio e di pregnante significato assiologico...posti a fondamento della categoria e che in un certo senso chiudono il sistema: la dignità umana, il libero svolgimento della personalità e l'uguaglianza”, finisce per ammettere che “qualunque fattispecie lesiva, per quanto peculiare e atipica, se colpisce in maniera rilevante la persona e la ferisce nella sua più profonda debolezza, è coperta senza dubbio da tutela”; per cui possono esservi diritti su “beni — l'abitazione, l'alloggio e altri — in grado di avere una tale diretta e stretta strumentalità rispetto alla persona, alla sua dignità e al libero svolgimento della sua personalità da poter giustificare il richiamo ad una dimensione personalistica e finanche inviolabile dell'interesse”.

⁹² Secondo MOSCARINI, A.: *Proprietà*, cit., p. 147 ss., del resto, col termine *Wesengehalt*, o contenuto minimo (o essenziale) del diritto, ci si riferirebbe proprio a questo “dato squisitamente economico, consistente nel valore patrimoniale del bene, un interesse quale si desume dalla realtà economica” (e non, ad esempio, ad una sorta di nucleo davvero intangibile, in modo assoluto, della situazione giuridica stessa).

causa del procedimento ablatorio (perché la cosa sottratta al suo titolare potrebbe avere un elevatissimo valore morale per l'interessato): il potere di liquidare, addirittura, una somma esigua (quantunque definita "equa") parrebbe essere da considerare ingiusto giuridicamente (ed inaccettabile, forse, anche da un punto di vista morale).

D'altra parte, perfino la Consulta italiana è cosciente del fatto che lo strumento dell'espropriazione, associata ad una *fair compensation* (poco importa se "seria" o "integrale"), non è oramai il più adeguato per garantire utilità superindividuali⁹³, *a fortiori* in un momento storico, come quello attuale, in cui si discute semmai di promuovere il più possibile una serie di politiche finalizzate alla dismissione dei beni pubblici inutilizzati o non più utili a fini istituzionali⁹⁴.

La soluzione da adottare per tutelare gli interessi delle comunità (incidendo solo indirettamente sulle proprietà dei privati) dovrebbe tradursi, quindi, nel ricorso ad altre forme di attuazione dei doveri imposti dall'art. 2 della Costituzione (i quali andrebbero, peraltro, interpretati tenendo conto anche dell'importante "opera sociale" svolta, direttamente o indirettamente, e con maggiore o minore consapevolezza, da chi è titolare di ingenti proprietà o, se imprenditore, di notevoli mezzi di produzione ed elevate quote di mercato⁹⁵).

Così come accade per conseguire la realizzazione di alcuni irrinunciabili interessi di rango superiore degli individui (si pensi alla donazione del sangue e agli incentivi previsti dallo Stato per chi decide di sottoporsi liberamente a tale pratica solidaristica⁹⁶), anche per il soddisfacimento di obiettivi sociali che sino ad oggi hanno imposto l'adozione di previsioni normative

⁹³ Soprattutto, ove si realizzi, come fa la sentenza 349 del 2007, che "livelli troppo alti di spesa per l'espropriazione di aree edificabili potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)".

⁹⁴ Per farsi un'idea, sul punto, basterebbe visitare il sito dell'Agenzia del Demanio (ente che proprio nei mesi scorsi ha lanciato la "Proposta Immobili 2015", finalizzata a "coinvolgere attivamente gli Enti territoriali e gli altri soggetti del settore pubblico nell'individuazione di portafogli immobiliari di proprietà pubblica da utilizzare per operazioni di valorizzazione e dismissione"). Per un'analisi della normativa vigente in materia, cfr. ASCIONI, S.: *La procedura di dismissione del patrimonio pubblico immobiliare*, Padova, 2013.

⁹⁵ Ecco perché non è vietata nell'ordinamento giuridico europeo la c.d. posizione dominante delle imprese, bensì lo sfruttamento abusivo della stessa. V. TESAURO, G.: *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 682 ss.

⁹⁶ Si rinvia, ad esempio, alla Legge 21 ottobre 2005, n. 219 ("Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati"), ed in particolare a quanto previsto nelle disposizioni riguardanti l'astensione dal lavoro (art. 8): "1. I donatori di sangue e di emocomponenti con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, hanno diritto ad astenersi dal lavoro per l'intera giornata in cui effettuano la donazione, conservando la normale retribuzione per l'intera giornata lavorativa. 2. In caso di inidoneità alla donazione è garantita la retribuzione dei donatori lavoratori dipendenti, limitatamente al tempo necessario all'accertamento dell'idoneità e alle relative procedure".

controverse (ed applicate concretamente in maniera ancor più discutibile) occorrerebbe forse orientarsi verso interventi normativi tutt'affatto differenti (di natura premiale⁹⁷ o comunque meno conflittuali, più democratici e non discriminatori o iniqui).

Alla inderogabile necessità di favorire il perseguimento degli scopi di pubblica utilità dovrebbe risponderci, pertanto, agendo non sul diritto di proprietà (o comunque sui beni) di singoli privati (individuati, magari, senza l'utilizzo di criteri predeterminati idonei ad evitare sperequazioni), bensì sulle sostanze economiche di una più ampia coorte di soggetti, segnatamente di quelli maggiormente facoltosi (col vantaggio di poter assumere, in materia, scelte sulle quali difficilmente verrebbero a registrarsi censure di vario tipo da parte delle autorità sovranazionali).

Si tratterebbe, in altri termini, di dare priorità ad esempio alle misure di carattere fiscale (rispetto alle quali la sovranità dei Paesi europei, sia nei confronti dell'Unione che della CEDU, continua ad essere particolarmente estesa), da attuare colpendo ovviamente le fasce più abbienti (senza far ricadere su uno o su pochi cittadini – quantunque benestanti – i vincoli di solidarietà sanciti nella Carta fondamentale italiana⁹⁸ e non estranei al diritto sovranazionale⁹⁹), ma sempre nel pieno rispetto degli ineludibili principi di progressività, uguaglianza, proporzionalità e socialità.¹⁰⁰

ÍNDICE

⁹⁷ E tale parrebbe essere, ad esempio, la scelta adottata recentemente in Italia in materia di espropriazione. Cfr. Part. 37, comma 2, del D.P.R. n. 327 dell'8 agosto 2001 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità", aggiornato al D.L. 6 luglio 2011, n. 98 e al D. Lgs. 1° settembre 2011, n. 150), che, per incentivare il sacrificio volontario di un proprio interesse al fine di garantire la realizzazione di obiettivi generali, prevede l'aumento del dieci per cento della somma da liquidare al proprietario (e quindi il riconoscimento di un ammontare addirittura superiore al valore venale dell'area edificabile espropriata), nel caso di conclusione dell'accordo di cessione. Per una critica a questa soluzione, definita "sorprendente e di dubbia costituzionalità", cfr., tuttavia, MANGANARO, F.: "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà", cit. (il quale rinvia, sull'argomento, a TRAINA, D. M.: "La nuova disciplina dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili: dall'incostituzionalità "per difetto" all'incostituzionalità "per eccesso" (in caso di cessione volontaria)", in www.giustamm.it, 2008).

⁹⁸ Sostiene convintamente questa tesi anche PERLINGIERI, P.: "Conclusioni", in D'AMICO G. (a cura di): *Proprietà e diritto europeo*, cit., *passim*.

⁹⁹ Si rinvia, sull'argomento, ad VIGLIANISI FERRARO, A.: "Il diritto di proprietà e la sua "funzione sociale" nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo", in corso di pubblicazione.

¹⁰⁰ Da questo punto di vista, si rifletta sul fatto che la Corte costituzionale italiana non è sempre stata incondizionatamente aperta alle istanze provenienti dalle fasce più deboli (dando priorità ai diritti sociali sugli interessi economici dello Stato). Nella sentenza 119/99, ad esempio, ha affermato che il riconoscimento di un diritto fondamentale all'abitazione non osta ad una imposizione fiscale sugli immobili assegnati a soggetti privi di mezzi (purché sia possibile dimostrare, come è accaduto nel caso di specie, che il livello di pressione fiscale non sia tale da pregiudicare sostanzialmente l'accesso alla casa).

A TRANSFERÊNCIA (INTER)NACIONAL DA SEDE DA
SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA

THE CROSS-BORDER TRANSFER OF THE EUROPEAN
COMPANY'S SEAT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 166 - 197.

Fecha entrega: 07/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES
Professor de Direito Comercial
Universidade Lusófona do Porto (PT)
Cesar_Pires@hotmail.com

RESUMO: A Sociedade Anónima Europeia é uma realidade jurídica que permanece desconhecida no seio dos Estados-membros da União Europeia, apesar de constituir um instrumento jurídico que promove a liberdade de estabelecimento das sociedades. Neste artigo procura-se analisar a transferência da sede da Sociedade Anónima Europeia, demonstrando as virtudes e os problemas do regime jurídico constante do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, de 8 de Outubro de 2001.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia; Sociedade Anónima Europeia; sede.

ABSTRACT: The European Company is a legal form that remains unknown within the Member States of the European Union, although it is a legal form that promotes freedom of establishment of companies. This article seeks to analyze the transfer of the European Company's seat, demonstrating the virtues and problems of the legal framework contained in Council Regulation (EC) No [2157/2001](#) of 8 October 2001.

KEY WORDS: European Union; European Company; seat.

SUMARIO: I. ENQUADRAMENTO DO OBJETO DE ESTUDO.- II. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO NA UNIÃO EUROPEIA COMO PILAR PARA O SURGIMENTO DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- III. OS PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS PARA A TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- IV. OBSTÁCULOS E EQUÍVOCOS DO REGIME DA TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- V. OS TERCEIROS FACE À TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- VI. OS SÓCIOS MINORITÁRIOS FACE À TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- VII. A NATUREZA DO REGISTO DA NOVA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- VIII. RELEVÂNCIA DA SEDE ANTERIOR DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA DEPOIS DE CONCLUÍDO O PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA.

I. ENQUADRAMENTO DO OBJETO DE ESTUDO.

A transferência internacional da sede social das sociedades constitui uma matéria envolta em grande polémica. Os Estados sempre manifestaram grande relutância à saída de investimento do seu território, assim como ao reconhecimento de sociedades constituídas ao abrigo da legislação de outros Estados (questão que se coloca com maior acuidade).

A transferência internacional da sede das sociedades é uma questão que está para além do estritamente jurídico; trata-se, também, de uma questão macroeconómica. O protecionismo dos Estados relativamente às sociedades localizadas no seu território está ligado a vários fatores, tais como o tributário, o social ou o laboral.

A afirmação de cada Estado além-fronteiras depende em larga medida da sua capacidade de aumento do Produto Interno Bruto e da redução do seu défice orçamental; este último com repercussões ao nível da convergência na União Europeia. Ora, tendo em conta que o Produto Interno Bruto será tanto mais incrementado quanto maior for o número de empresas constituídas e localizadas aquém-fronteiras e quanto menor for o número de saídas, cada Estado tenderá a adotar mecanismos que sejam os mais eficientes possíveis para alcançarem estes objetivos. Tais mecanismos podem ser de várias ordens, ou seja, quer através da criação de condições físicas necessárias à implementação ou manutenção de empresas no seu território (como criação de infraestruturas rodoviárias) ou através da celebração de contratos de investimento e/ou concessão de benefícios fiscais. Por outro lado, não obstante os benefícios fiscais que possam ser concedidos pelos Estados para

cativar as empresas, a verdade é que a implantação das empresas no seu território acaba sempre por gerar receitas fiscais elevadas, dado que na maior parte das vezes as empresas em causa têm um volume de negócios também muito elevado.

Não obstante, tais aspetos não impedem que as empresas saiam do território dos Estados onde se localizam e procurem estabelecer-se noutros. Por isso, os Estados tendem a consagrar determinados impedimentos jurídicos à mobilidade das sociedades através da proibição, ou limitação, da livre transferência da respetiva sede.

Mas, no seio da União Europeia, a transferência da sede das sociedades tem de ser entendida em estreita articulação com um dos seus pilares fundamentais – a liberdade de estabelecimento –. Várias foram as vezes em que o Tribunal de Justiça das Comunidades¹ foi chamado, no âmbito de reenvios prejudiciais, a pronunciar-se sobre a conformidade de determinadas normas legais internas dos Estados-membros com a liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado CE. Na maioria dos casos declarou, em síntese, que a existência de uma legislação nacional que restringisse, injustificadamente, a liberdade de estabelecimento das sociedades, violava o Tratado CE².

A aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, em 8 de Outubro de 2001³ veio contrariar, em certa medida, a Jurisprudência firmada nos Acórdãos *Inspire Art* e *Centros*, dado que o Regulamento exige que a transferência da sede seja acompanhada da transferência da administração central da Sociedade Anónima Europeia (SAE)⁴.

¹ Hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia (abreviadamente TJ).

² O Acórdão *Daily Mail*, no ponto 1 da sua parte decisória refere que “os artigos 52º e 58º do Tratado (correspondendo, respectivamente, aos actuais art.º 49º e 54º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE) devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.” (Proc. 81/87), in *Colectânea de Jurisprudência da União Europeia*, 198,8, página 05483.

No entanto, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça (desde o Acórdão *Centros* – Proc. C-212/97 –, passando pelo Acórdão *Überseering* – Proc. C-208/00 –, até ao Acórdão *Inspire Art* – Proc. C-167/01) tem seguido o caminho de considerar incompatível com o Direito originário qualquer limitação à constituição de sucursais num país diferente da sede de uma sociedade, ao reconhecimento da capacidade jurídica de uma sociedade adquirida no Estado da constituição, assim como a imposição de requisitos adicionais para o exercício, por parte de uma sociedade, de uma atividade a título secundário.

³ De ora em diante, também, apenas Regulamento (CE) n.º 2157/2001 ou, simplesmente, Regulamento.

⁴ EBERS, M.: “Company law in Member States against the background of legal harmonisation and competition between systems”, *European Review of Private Law*, núm. 4,

Por outro lado, mesmo depois da aprovação do Regulamento, o TJ declarou que “Os artigos 43º (atual art.º 49º do TFUE) e 48º (atual art.º 54º do TFUE) do Tratado CE opõem-se a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-membro, como tendo transferido a sua sede efetiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado” (primeiro parágrafo da parte conclusiva do Acórdão *Überseering*, proferido em 5 de Novembro de 2002).

A questão que se pode colocar é a de saber se o regime jurídico estabelecido para a transferência da sede da SAE é compatível com a liberdade de estabelecimento caso se entenda, tal como no Acórdão *Überseering*, que as sociedades têm a liberdade de transferir a sua administração central para um Estado-membro sem que tenham de transferir a sua sede⁵.

Consideramos que, apesar do Acórdão *Überseering* ter sido proferido após a aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, a obrigação imposta por este (a observância do princípio da unidade geográfica⁶, ou seja, a administração central da SAE tem de localizar-se no mesmo Estado-membro da sua sede) não viola o princípio da liberdade de estabelecimento.

O facto de o Regulamento exigir que a administração central da SAE se localize no mesmo Estado-membro da sua sede tem que ver com a necessária proteção dos credores sociais e com a necessidade de evitar a fraude fiscal.

Deste modo, ao contrário do que sucede com as sociedades direito nacional (cujas leis aplicáveis ao seu estatuto pessoal é determinada de acordo com o Direito Internacional Privado de um determinado Estado-membro), todas as SAE's têm a sua lei pessoal determinada por um instrumento legal de âmbito europeu que fixa, materialmente, as condições para a transferência da respetiva sede. Pelo que, sendo a salvaguarda do interesse geral uma preocupação europeia, não podia o Regulamento deixar de a incorporar.

2003, pp. 512 ss. Refere este autor que: “In contrast to the principles laid down in the *Überseering* decision, the SE [...] Statutes do not permit the registered office and the head office to be located in different Member States”. Acrescentando mais adiante: “As a result, European Companies [...] which are mainly active within the confines of one Member State cannot establish a mailbox company in order to choose a more beneficial legal regime.”

⁵ WYMEERSCH, E.: “Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo”, *Rivista delle Società*, ano 48, 2003, pp. 723 ss.

⁶ SAGASTI AURREKOETXEA, J. J.: “La constitución de la – Societas Europaea – SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, 2002, pp. 115 ss.

Aliás, o que o legislador europeu fez no Regulamento (CE) n.º 2157/2001 foi refletir as preocupações já demonstradas pelo TJ no próprio Acórdão *Überseering* e no Acórdão *Centros*. Nestes Acórdãos, os juízes do TJ, apesar de afirmarem que as legislações nacionais dos Estados-membros em causa eram incompatíveis com o princípio da liberdade de estabelecimento, não deixaram de afirmar que esses mesmos Estados-membros podiam adotar mecanismos tendentes a fazer face a determinados abusos ou fraudes, nomeadamente, sempre que a transferência da sede efetiva se operasse para prejudicar credores privados ou públicos estabelecidos no respetivo território.

É, pois, o próprio Regulamento que delimita a intervenção dos Estados-membros ao mínimo indispensável, ou seja, estes só se podem pronunciar pela oposição à transferência da sede da SAE, caso a mesma se fundamente em razões de interesse público (art.º 8º, n.º 14 do Regulamento). Concomitantemente, a liberdade de estabelecimento das SAE's dentro da União Europeia está garantida pela possibilidade de, em qualquer momento, se processar a transferência da sede estatutária (acompanhada da deslocalização da administração central), sem que tal transferência origine a dissolução destas sociedades de âmbito europeu.

Não obstante, a complexidade em que está envolto o regime jurídico aplicável às SAE's tem sido um dos fatores que mais tem contribuído para a reduzida procura deste tipo societário no seio de alguns Estados. Nos Estados onde o conhecimento deste tipo societário é maior, por existir maior divulgação do regime jurídico aplicável, o número parece elevar-se para patamares bem mais altos⁷. Nesse sentido, procuraremos com o presente estudo contribuir, de alguma forma, para um melhor conhecimento de um aspeto fundamental do regime jurídico: a transferência da sede da SAE.

⁷ Este é um dos factores apresentados como justificadores de um grande número de SAE's localizadas na República Checa e Alemanha. No entanto, o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação do Regulamento (COM(2010) 676 final, de 17 de Novembro), apresenta outros motivos para a verificação de um elevado número de SAE's *inscritas* nestes Estados. Nestes Estados parecem existir SAE's «de prateleira», ou seja, sociedades sem existência económica que são, posteriormente, adquiridas por empresas que pretendem poupar tempo, reduzir os custos e evitar um processo de constituição complexo e incerto (eventualmente, com o intuito de se furtarem, também, à aplicação de regras atinentes ao envolvimento dos trabalhadores). Por seu turno, a diminuta implantação de SAE's em países como Portugal, Itália e Polónia, parece dever-se aos tecidos empresariais existentes nestes Estados, ou seja, pelo facto de serem constituídos primordialmente por pequenas e médias empresas.

II. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO NA UNIÃO EUROPEIA COMO PILAR PARA O SURGIMENTO DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

A liberdade de estabelecimento na União Europeia insere-se numa questão mais ampla concernente à supressão das fronteiras entre os Estados-membros e dos obstáculos ao tráfego económico supranacional.

Num mercado que se quer único, global e com potencialidade para se impor para lá dos limites convencionais da própria União Europeia, torna-se imperioso ultrapassar os obstáculos existentes dentro desse mesmo espaço.

Assim, no que se refere às sociedades, é necessário que o legislador europeu consagre determinados direitos tendentes a atenuar as diferenças que possam existir entre estas entidades, derivadas da sua diferente localização dentro do espaço da União Europeia.

A liberdade de estabelecimento constitui um dos pilares fundamentais da União Europeia necessários à afirmação das sociedades comerciais europeias e, em última análise, à afirmação da própria União Europeia. Este entendimento foi sufragado pelo Tribunal de Justiça que, no Acórdão Reyners⁸, considerou que, após o termo do período de transição, o artigo 52º do Tratado CEE⁹ tinha efeito direto.

Embora o sentido e alcance da norma venha sendo determinado pela jurisprudência do TJ, poderíamos dizer que tal liberdade consiste no direito reconhecido aos nacionais de um Estado-membro de se fixarem no território de outros Estados-membros para aí exercerem uma atividade nas mesmas condições concedidas, por estes, aos seus nacionais¹⁰. No entanto, no domínio das sociedades comerciais, os ordenamentos jurídicos dos vários Estados-membros estabelecem diferentes abordagens ao seu reconhecimento, ou seja, se uns Estados abordam o assunto no domínio da nacionalidade¹¹, outros abordam-no no domínio mais amplo da determinação da lei aplicável ao seu estatuto pessoal (onde se afasta a referência à nacionalidade e se introduz a referência a sede ou domicílio).

⁸ O Acórdão Reyners refere que “estabelecendo para o termo do período de transição a realização da liberdade de estabelecimento, o artigo 52º [actual 49º TFUE] prevê assim uma obrigação de resultado concreta, cuja execução deveria ser facilitada, mas não condicionada, pela implementação de um programa de medidas progressivas” (cons. 26). E, mais adiante, diria mesmo, de modo excessivo, que “com efeito, depois do termo do período de transição, as diretivas previstas pelo capítulo relativo ao direito de estabelecimento tornaram-se supérfluas ...” (cons. 30).

⁹ Posteriormente deu lugar ao art.º 43º do Tratado CE e ao atual art.º 49º TFUE.

¹⁰ SILVA, João Calvão da, *Direito Bancário*, Almedina, 2001, p. 150 ss.

¹¹ ARROYO MARTÍNEZ, I. e MERCADAL VIDAL, F.: *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coords. Ignacio Arroyo e José Miguel Embid), Vol. I, Editorial Tecnos, 2001, pp. 66 e ss.

As opções dos legisladores dos diferentes Estados, quanto à determinação da lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades, podem ser diversas. Tal divergência de critérios pode constituir um entrave à liberdade de estabelecimento das sociedades no âmbito da União Europeia.

Mas, o que significa a liberdade de estabelecimento das sociedades comerciais?

O legislador europeu não apresenta uma noção específica de liberdade de estabelecimento para as sociedades; limita-se a consagrar tal liberdade equiparando-a à liberdade de estabelecimento concedida aos indivíduos com nacionalidade de um dos Estados-membros (art.º 54º, parágrafo 1º do TFUE).

Destarte, podem beneficiar da equiparação aos indivíduos nacionais de Estados-membros as sociedades¹²:

- 1) Cujas constituições tenham obedecido às disposições da lei de um dos Estados-membros; e
- 2) Tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União.

No que se refere ao primeiro requisito, a constituição da sociedade considerar-se-á válida desde que o ato de constituição e os estatutos da sociedade respeitem as exigências legais do Estado-membro em causa¹³. Em Portugal, o ato constituinte de sociedade deve ser reduzido a escrito e as assinaturas dos subscritores devem ser reconhecidas presencialmente (art.º 7º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais português – CSC)¹⁴ e, posteriormente, registado na competente Conservatória do Registo Comercial portuguesa (art.º 3, a) do Código de Registo Comercial português – CRCCom).

¹² Apesar do presente estudo se debruçar sobre as sociedades comerciais não é de todo despidendo referir que a noção de sociedades no âmbito do Direito Europeu é bastante mais abrangente do que aquela que normalmente é apresentada pelos Direitos nacionais dos Estados-membros. Dispõe o art. 54º, 2º parágrafo do TFUE que “*por «sociedades» entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos*”.

¹³ MOTA PINTO, A.: “Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Temas de Integração*, núm. 17, 2004, pp. 77 ss.

¹⁴ Note-se que até à entrada em vigor do Decreto-lei 76-A/2006, de 29 de Março, era exigida escritura pública. Países como o Luxemburgo exigem, ainda hoje, escritura pública para a constituição de sociedades anónimas, em comandita por acções ou de responsabilidade limitada (ou, como refere o art. 4º da Lei de 10 de Agosto de 1915, referente às sociedades comerciais, “*sont, à peine de nullité, formées par des actes notariés spéciaux*”).

Os Estados-membros não podem, por isso, impor quaisquer outros requisitos para a equiparação das sociedades aos indivíduos.

O advogado-geral La Pergola, no Acórdão *Centros*¹⁵ refere mesmo que em sede de reconhecimento da liberdade de estabelecimento às sociedades não há lugar para averiguações sobre a natureza e sobre os conteúdos das atividades que a empresa exerce ou se propõe exercer e que o dado jurídico-formal reveste uma importância decisiva¹⁶.

É evidente que uma interpretação deste género pode acarretar alguns riscos, nomeadamente, pode permitir que uma sociedade com mera sede estatutária num Estado-membro, mas com sede real e efetiva ou plenamente controlada por nacionais de um Estado não membro, beneficie da liberdade de estabelecimento¹⁷.

Mas, a verdade é que a Jurisprudência europeia tem desempenhado um papel fundamental com vista à efetiva aplicação do princípio da liberdade de estabelecimento às sociedades.

Ora, para uma melhor compreensão do alcance da liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia, tenhamos em conta a orientação seguida no Acórdão *Centros*:

“Os artigos 52º [atual artigo 49º TFUE] e 58º [atual artigo 54º TFUE] do Tratado CE opõem-se a que um Estado-membro recuse o registo de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer atividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua atividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste uma sociedade e eximindo-se assim

¹⁵ Acórdão proferido no processo C-212/97 (*Centros Ltd v.s. Erhvevs- og Selskabsstyrelsen*).

¹⁶ PARLEANI, G. : “La mise en concurrence des législations nationales des États membres de l’Union européenne pour constituer dans l’un d’eux une société inactive, qui agira dans un autre pays de l’Union par une succursale concentrant toute l’activité, n’est pas une fraude au droit de l’État de la succurselle”, *Revue de sociétés*, Dalloz, núm. 2, 1999, p. 394.

¹⁷ CALVO CARAVACA, A. L. e CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, 2003, p. 122. Estes autores dão-nos notícia de uma tese segundo a qual “para que a sociedade possa considerar-se «estabelecida» num Estado-membro, esta sociedade deve apresentar um «vínculo efectivo e continuo com a economia de um Estado-membro». Esta tese foi aprovada pelos Programas gerais de 18 de Dezembro de 1962. No entanto, como afirmam estes autores, a formulação feita entronca de imediato com um obstáculo decorrente da imprecisão ou vaguidade do critério; haveria sempre a necessidade dos Estados-membros chegarem a um acordo com vista à delimitação do conceito, cujo alcance se mostra praticamente impossível visto que certos Estados-membros acolhem a “*incorporation theory*”.

à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de um capital social mínimo. Todavia, esta interpretação não exclui que as autoridades do Estado-membro em causa possam tomar qualquer medida adequada para prevenir ou sancionar as fraudes, tanto no que se refere à própria sociedade, se necessário em cooperação com o Estado-membro no qual esta foi constituída, como no que se refere aos sócios que se provasse que pretendem, na realidade, através da constituição de uma sociedade, eximir-se às suas obrigações perante credores privados ou públicos estabelecidos no território do Estado-membro em causa.”

Esta decisão constitui uma inversão na Jurisprudência europeia fixada no Acórdão *Daily Mail*¹⁸, que tomou em linha de conta a teoria da sede real e efetiva das sociedades comerciais.

Desde o Acórdão *Centros*¹⁹ que se vem discutindo se a teoria da sede real e efetiva é incompatível com o Direito Europeu. Para os países defensores da teoria da sede real e efetiva torna-se difícil aceitar que este Acórdão tenha pretendido firmar jurisprudência no sentido da incompatibilidade daquela teoria com o princípio da liberdade de estabelecimento.

Não obstante os argumentos que, então, eram carreados para defender uma ou outra posição²⁰, a verdade é que a Jurisprudência do Tribunal de Justiça tem vindo a estabelecer uma preferência pela teoria da constituição, quando se levantam problemas relacionados com a liberdade de estabelecimento das sociedades em *situações de imigração*. Assim, no Acórdão *Inspire Art*²¹ o TJ considerou incompatível com o direito à liberdade de estabelecimento a existência de uma legislação nacional que preveja requisitos adicionais para o exercício, por parte de uma sociedade, de uma atividade a título secundário, e no Acórdão *Überseering*²² afirmou que os artigos 43º e 48º do Tratado CE

¹⁸ Veja-se o ponto 1) da parte decisória deste Acórdão: “Os artigos 52.º [actual art.º. 49º TFUE] e 58.º [actual art.º 54º TFUE] do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.” (Proc. 81/87), *Colectânea de Jurisprudência da União Europeia*, 1988, p. 05483.

¹⁹ ROTH, W.-H.: “Centros in perspective: free movement of companies, private international law and community law”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, Parte 1, 2003, p. 183.

SIEMS, M.: “Convergence, competition, Centros and conflicts of law”, *European Law Review*, Vol. 27, núm. 1, 2002. p. 48.

²⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2000, pp. 120 ss.

²¹ Acórdão do TJ, de 30 Setembro de 2003 (Proc. C-167/01).

²² Acórdão TJ, de 5 de Novembro de 2002, (Proc. C-208/00).

impunham ao Estado-membro, onde uma determinada sociedade (com sede estatutária noutro Estado-membro) decidiu exercer a sua liberdade de estabelecimento, o respeito pela sua capacidade jurídica e, portanto, capacidade judiciária adquirida no Estado da Constituição.

Se por um lado se compreendem as posições assumidas em defesa da teoria da sede real e efetiva aquando da decisão proferida no Acórdão *Centros*, nomeadamente, com arrimo no instituto da fraude à lei e no dever de proteção de terceiros, a verdade é que os Acórdãos *Inspire Art* e *Überseering* parecem demonstrar que a teoria da constituição é aquela que melhor privilegia a liberdade de estabelecimento das sociedades e o objetivo do mercado único.

No Acórdão *Inspire Art*, o TJ veio, mais uma vez, colocar em discussão e reflexão um dos argumentos para a defesa da teoria da sede real e efetiva, ou seja, o de ser aquela que evita a possibilidade de fraude à lei e a existência de sociedades fictícias (ou “*pseudo foreign corporations*” para usar um termo norte americano). Consequentemente, parece resultar da Jurisprudência do TJ que estas questões não podem limitar a liberdade de estabelecimento das sociedades, quando muito fazem impender sobre os Estados-membros o poder-dever de adotarem mecanismos com vista a prevenir a sua existência.

Não concordamos, portanto, com a opinião de quem pretende justificar a relevância atribuída à teoria da sede real e efetiva com o facto do Direito europeu derivado atribuir, em alguns domínios²³, relevância ao instituto da fraude à lei. Quando tal referência é feita não tem como finalidade atribuir relevância à teoria da sede real e efetiva, mas sim introduzir uma exceção à regra (a teoria da constituição). Exceção esta que deve ser salvaguardada pelos Estados-membros, isoladamente ou em cooperação, sem nunca colocarem em causa um dos pilares em que assenta a construção de um mercado único, ou seja, sem colocarem em causa a liberdade de estabelecimento das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas.

Aliás, a aplicação da lei da sede real e efetiva conduz à recusa do reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade. Tomemos como exemplo uma sociedade anónima inglesa constituída regularmente de acordo com a lei inglesa, mas cuja administração central se situa na Alemanha. Os Tribunais alemães aplicam a esta sociedade o Direito alemão, perante o qual a mesma não cumpre as exigências previstas (em matéria de registo comercial, capital social mínimo ou proteção dos credores). Por esta razão os Tribunais alemães não reconhecem personalidade jurídica a esta sociedade. Trata-se de

²³ Diretiva 95/26/CE (referida por SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, cit., p. 153).

uma solução que atenta de forma grave contra os interesses dos sócios, que ficarão pessoalmente responsáveis²⁴.

Por seu turno, no Acórdão *Überseering*, tendo o TJ sido chamado a pronunciar-se, num reenvio prejudicial feito por um tribunal alemão, sobre se os artigos 43º e 48 do Tratado CE impunham ao Estado-membro, para o qual a sociedade decidiu transferir a sua sede efetiva, reconhecer a capacidade jurídica desta, adquirida ao abrigo da lei da sua constituição, respondeu a tal questão em sentido afirmativo e inequívoco.

Ora, a matéria colocada à consideração do TJ (a capacidade jurídica) insere-se no âmbito do estatuto pessoal das sociedades e, por isso, a posição tomada pelo TJ é demonstrativa de uma clara opção pela teoria da constituição, nas *situações de imigração*²⁵.

A jurisprudência europeia abala, assim, mais um dos pilares da teoria da sede real ou efetiva ao retirar-lhe a competência para regular a capacidade da sociedade para celebração de negócios.

As diferentes opções dos legisladores quanto à sede relevante para a determinação da lei aplicável às sociedades comerciais têm sido os principais fatores impeditivos de uma maior mobilidade das sociedades comerciais dentro da União Europeia. Por isso, durante décadas sentiu-se a necessidade de um novo impulso para promoção e consagração da liberdade de estabelecimento das sociedades.

Tal impulso foi dado pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, que aprovou o estatuto da SAE. Com a aprovação deste instrumento legal, o legislador europeu criou um novo tipo de sociedade, de âmbito europeu, que se esperava ser um instrumento que fomentasse a mobilidade das sociedades comerciais dos diferentes Estados-membros (que era um dos objetivos pretendidos pela Décima Diretiva, aplicável às fusões internacionais de sociedades). Portanto, não é por acaso que a fusão de sociedades sujeitas a diferentes ordenamentos jurídicos foi uma das vias ou procedimentos previstos por aquele Regulamento para a criação de uma SAE e a possibilidade de transferência da sede da SAE de um Estado-membro para outro foi, expressamente, consagrada por este

²⁴ HOPT, K. J.: “L’entreprise et le droit européen – quelques réflexions sur la réglementation européenne de l’activité et de l’organisation de l’entreprise”, *Revue des Sociétés*, núm. 2, 2001, pp. 311 ss.

²⁵ Se quisermos usar as palavras de Parleani diremos que “ a competição legislativa temperada pela reserva do interesse geral dá talvez, finalmente, resultados animadores” (PARLEANI, G.: “La mise”, cit., p. 398.)

instrumento legal²⁶.

Aliás, a mais recente jurisprudência do TJ vem considerando (agora no domínio de uma *situação de emigração de sociedade*) que o Regulamento constitui um instrumento ao dispor das sociedades europeias para se estabelecerem livremente em qualquer Estado-membro. Com efeito, no Acórdão Cartésio²⁷, o TJ apesar de afirmar, à data, que “no estado atual do direito comunitário, os artigos 43.º CE e 48.º CE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que impede que uma sociedade constituída ao abrigo do direito nacional desse Estado-Membro transfira a respetiva sede para outro Estado-Membro conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade de direito nacional do Estado-membro em conformidade com o qual foi constituída”, não deixa de considerar que o Regulamento constitui um importante instrumento fomentador da liberdade de estabelecimento, ainda que opere uma mudança de direito aplicável²⁸, por via da transferência da sede.

III. OS PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS PARA A TRANSFERÊNCIA (INTER)NACIONAL DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

Conforme referido supra, a sede da SAE tem de se situar no mesmo Estado-membro da União Europeia onde se encontre situada a sua administração central. Não significa isto que a sede da SAE tenha que se manter inamovível a partir do momento em que, pela primeira vez, a SAE tenha estabelecido a sua sede num determinado Estado-membro.

A sede da SAE pode ser livremente transferida desde que, no essencial, se verifique o cumprimento das obrigações necessárias à proteção dos credores ou outros titulares de direitos em relação à SAE. Está bem de ver que, tendo a Jurisprudência do TJ chamado a atenção, ao longo dos tempos, para a necessidade de estabelecimento de mecanismos eficazes para fazer face a fraudes (nomeadamente fiscais), a transferência da sede da SAE só possa efetivar-se desde que estejam devidamente salvaguardados e garantidos esses interesses públicos.

²⁶ VELASCO SAN PEDRO, L. A. e SÁNCHEZ FELIPE, J. M.: “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, 2002, pp. 15 ss.

²⁷ Acórdão do TJ, de 16 de Dezembro de 2008 (Proc. C-210/06). Este Acórdão é objecto várias críticas (veja-se: PEREIRA DIAS, R.: “O acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2, Março 2010, Vol. 3, pp. 215 ss..

²⁸ *Idem*, pontos 115 a 120 do Acórdão.

No entanto, os pressupostos de que depende a transferência da sede da SAE não se reconduzem, apenas e só, à garantia dos interesses ou direitos de terceiros.

Para que a SAE possa transferir a sua sede é necessário que o órgão de direção ou de administração (consoante a SAE esteja organizada segundo um modelo dualista ou um modelo monista, respetivamente) tome a iniciativa de elaborar um projeto de transferência. Se considerássemos apenas a letra do Regulamento seríamos levados a considerar que esta iniciativa pertenceria, exclusivamente, ao órgão de direção ou de administração da SAE. Tal interpretação resulta da letra do artigo 8º, n.º 2 conjugado com o n.º 4 do mesmo artigo, ou seja, nestas normas do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 diz-se que a elaboração do projeto cabe ao órgão de direção ou de administração e, posteriormente, a Assembleia da SAE é chamada a *pronunciar-se sobre a transferência*.

Sem prejuízo dos resultados a que possa conduzir uma interpretação literal dos referidos preceitos, tendemos a considerar que o legislador europeu não pretendeu reservar para o órgão de direção ou de administração a competência exclusiva de iniciativa para a transferência da sede da SAE. Nada impede que a Assembleia se pronuncie e delibere, em termos gerais, sobre a conveniência da transferência da sede da SAE para um dos vários Estados-membros ou para um específico Estado-membro. Não vislumbramos razões válidas para considerar que a vontade do legislador tenha sido a de impedir que o órgão deliberativo se pronuncie sobre a transferência da sede da SAE *antes de elaborado o projeto por parte do órgão de direção ou de administração*.

Assim, o órgão deliberativo da SAE pode aprovar uma proposta no sentido de que o órgão executivo elabore um projeto de transferência da sede da SAE para um determinado Estado-membro, ou no sentido de que este órgão determine o Estado-membro para o qual a SAE deve transferir a sua sede (por se ter tornado estrategicamente errado continuar com a sede no mesmo Estado-membro daquele que se verificava à data da deliberação) e que, posteriormente, submeta à Assembleia o projeto elaborado, para que esta se pronuncie sobre ele.

Na verdade, entendemos que o legislador europeu ao dizer que a Assembleia é, em determinado momento, chamada a pronunciar-se sobre a transferência (n.º 4 do art.º 8 do Regulamento) pretendeu, apenas, dizer que, depois de elaborado o projeto de transferência da sede da SAE, a Assembleia é chamada a pronunciar-se sobre esse mesmo projeto.

Tomada a decisão de transferência da sede da SAE, por iniciativa do órgão

de direção ou de administração, ou por iniciativa da Assembleia, deve aquele elaborar o respetivo projeto onde conste (por referência ao momento da sua elaboração) a firma, a sede e o número de registo da SAE.

Estes elementos constituem o núcleo essencial para a identificação da própria SAE (nomeadamente, a sede).

Na verdade se considerarmos apenas a firma da SAE como identificativa da mesma poderemos alcançar um resultado indesejado. Se a SAE está sujeita ao regime jurídico estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 e aí nada se refere quanto ao carácter distintivo, à novidade ou exclusividade da firma, então, só restam as proteções que advêm das legislações nacionais dos Estados-membros.

A questão que de imediato se pode colocar é a de saber se a firma de uma determinada SAE deve ser distinta das demais SAE's e sociedades de direito nacional. Se considerarmos que, quanto a este aspeto, deve ser aplicada a lei nacional do Estado-membro da futura sede da SAE, da sede atual da SAE ou ambas as leis, o carácter distintivo da firma não fica garantido dado que nada, nem ninguém, nos garante que a mesma não seja suscetível de confusão com uma outra firma de uma outra SAE, ou de uma sociedade de direito nacional, com sede num terceiro Estado-membro.

Não sendo o objeto do presente trabalho o estudo do carácter distintivo das firmas, o que acabamos de referir coloca o papel da sede da SAE num plano de evidência, ou seja, uma determinada sociedade (SAE) pode ser distinguida das demais devido ao facto da sua sede se situar neste ou naquele Estado-membro.

Além das menções relativas à SAE, reportadas ao momento em que é elaborado o projeto de transferência da sede, devem constar deste a sede proposta para a SAE, os seus estatutos, as consequências que a transferência pode ter para o envolvimento dos trabalhadores²⁹, o calendário proposto para a transferência e todos os direitos relativos à proteção dos acionistas e/ou credores³⁰ (alíneas a) a e) do n.º 2 do art.º 8º do Regulamento).

No que se refere à nova sede proposta para a SAE refira-se, para já, que, de acordo como o Regulamento, a mesma deve situar-se no mesmo Estado-

²⁹ No que se refere ao envolvimento dos trabalhadores (uma das questões, senão a principal, que esteve na base dos repetidos adiamentos para aprovação do regime jurídico aplicável à SAE) limitar-nos-emos a dar notícia da Diretiva aprovada –a Diretiva 2001/86/CE, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001 (publicada no JO L294, pp. 22 e ss., de 10/11/2001)–.

³⁰ Sobre esta questão ver infra ponto 5 e 6.

membro onde se situará a administração central da SAE³¹. Pelo que, na definição estratégica da transferência da sede, o órgão de direção ou de administração terá em conta, não só os custos emergentes da deslocalização da sede social, mas também os custos relacionados com a deslocalização da administração³².

Embora não seja provável (dado o âmbito de atuação da própria SAE), os “novos” estatutos propostos para SAE decorrentes da transferência da sua sede podem redundar em alterações de pequena monta. Para tanto, basta que os “velhos” estatutos da SAE não disciplinem matérias não reguladas ou parcialmente reguladas pelo Regulamento. Dito de outro modo, estando as matérias não reguladas, ou parcialmente reguladas no Regulamento, sujeitas à lei nacional do Estado-membro onde se situa a sede da SAE (art.º 9º, n.º 1, al. c) do Regulamento), só as disposições dos estatutos da SAE relativas a estas matérias é que poderão ter de se adaptar ao regime jurídico nacional do Estado-membro para o qual a SAE pretende transferir a sua sede.

Atento o que foi referido, não é de somenos importância a questão relativa à firma da SAE. A alínea b) do n.º 2 do art.º 8º do Regulamento parece abrir caminho a duas possibilidades decorrentes da transferência da sede da SAE:

A) a mudança da firma pode resultar da autonomia da vontade, ou seja, o órgão de direção ou de administração pode livremente propor uma nova firma para a SAE, justificando tal opção no relatório explicativo dos aspetos jurídicos e económicos da transferência da sede;

B) a mudança da firma pode resultar de uma imposição legal do ordenamento jurídico do Estado-membro para o qual a SAE pretende transferir a sua sede.

Por seu turno, o calendário proposto para a transferência da sede da SAE (al. d) do n.º 2 do art.º 8º do Regulamento) deve consagrar não só a data previsível a partir da qual esta transferência produz efeitos (data da inscrição

³¹ Como é óbvio, dado que no momento da elaboração do projecto a transferência da sede ainda não produziu efeitos, esta coincidência não tem que verificar-se. Neste momento trata-se, somente, de um plano de intenções elaborado pelo órgão de direcção ou de administração.

³² Esta questão deve, portanto, ser tida em conta antes da elaboração do próprio projecto de transferência da sede, sob pena de, no momento da elaboração do relatório explicativo e justificativo dos aspectos jurídicos e económicos da transferência (n.º3 do art. 8º do Regulamento), o órgão de direcção ou de administração ter de procurar fundamentos para algo já determinado. Embora não seja de prever que o órgão de direcção ou de administração possa chegar a uma situação idêntica a esta se a iniciativa da transferência for sua, o mesmo já não se pode dizer no caso da iniciativa para a transferência ser da Assembleia (que pode apresentar a proposta de transferência da sede sem necessidade de elaborar qualquer tipo de relatório, já que esta função cabe ao órgão executivo).

da nova sede da SAE no Registo do Estado-membro de destino), mas também todo o restante itinerário da transferência, nomeadamente, o período durante o qual os acionistas e credores da SAE podem analisar o projeto de transferência e o relatório elaborado pelo órgão de direção ou de administração, a data prevista para a publicação do próprio projeto e a data da reunião da Assembleia da SAE.

Deixando, para já, de parte os aspetos relativos à proteção dos credores e acionistas³³, uma das consequências imediatas da pretensão de transferência da sede da SAE é a necessidade de proceder à publicação do respetivo projeto (art.º 8º, n.º 6, 1ª parte, conjugado com o art.º 13º do Regulamento). Dada a existência de uniformização quanto às exigências de publicação de determinados atos levada a cabo pela Diretiva 68/151/CE³⁴ (substituída pela Diretiva 2009/101/CE³⁵), a forma de publicação do projeto de transferência da sede da SAE é determinada pelas disposições dos Estados-membros derivadas da transposição desta (s) Diretiva (s). Ora, as SAE's que tenham a sua sede em Portugal ficam sujeitas ao registo, do projeto de transferência da sua sede para outro Estado-membro, na Conservatória do Registo Comercial competente (art.º 3º, n.º 2, al. c) do CRCCom.) e à publicação do ato de registo no sítio de Internet de acesso público³⁶ (art.º 70º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do CRCCom.)

Decorridos dois ou mais meses sobre a data da publicação do projeto, a Assembleia da SAE pode deliberar sobre a transferência da respetiva sede (art.º 8º, n.º 6 do Regulamento). Este prazo iniciar-se-á após a publicação do ato de registo do projeto no boletim nacional designado pelo Estado-membro da sede da SAE (art.º 3º, n.º 3 e 5 Diretiva 2009/101/CE).

A deliberação de transferência da sede da SAE deve ser tomada de acordo com as condições previstas no art.º 59º do Regulamento (*ex vi* o disposto na 2ª parte do n.º 6 do art.º 8º). Assim, segundo o Regulamento, o quórum deliberativo necessário para a aprovação da transferência da sede da SAE é igual ao quórum deliberativo exigido para a alteração dos estatutos da SAE, ou seja, pelo menos dois terços dos votos expressos.

No entanto, o Regulamento prevê que no caso da legislação nacional, do

³³ Sobre esta matéria ver *infra* epígrafes V e VI.

³⁴ Publicada no JO L065, de 14/03/68.

³⁵ Publicada no JO L258/11, de 01/10/2009.

³⁶ Nos termos da portaria 590-A/2005, de 14 de Julho, o sítio da Internet é o seguinte: www.mj.gov.pt/publicacoes (actualmente <http://publicacoes.mj.pt>) Não obstante o que vem consagrado no CRCCom quanto à publicação e ao registo, o legislador nacional não deixou de reafirmar essa necessidade (art. 4º, n.º 2, al. c) do Regime Jurídico português sobre a Sociedade Anónima Europeia – RJSAE).

Estado-membro da sede da SAE, aplicável às sociedades anónimas de direito interno consagrar uma maioria mais elevada, então, o quórum deliberativo passa a ser aferido pela lei nacional do Estado-membro da sede da SAE.

Ora, no que diz respeito à lei nacional portuguesa, o quórum deliberativo mais elevado exigido para a alteração do contrato de uma sociedade anónima é de dois terços dos votos emitidos (art.º 386º, n.º 3, conjugado com o art.º 383º, n.º 2 do CSC), ou seja, o quórum exigido pela lei nacional é igual àquele que é fixado pelo Regulamento.

Não obstante, a matéria concernente à transferência da sede das sociedades anónimas de direito português tem um tratamento autónomo no âmbito do CSC. A maioria exigida para a transferência da sede, de todas as sociedades de direito interno português, para o estrangeiro é de 75% dos votos correspondentes ao capital social (art.º 3º, n.º 5 do CSC), ou seja, três quartos dos votos emissíveis. Aliás, esta norma do CSC não deixa grande margem para dúvida quanto à sua aplicabilidade a todo o tipo de sociedades, ao referir que “a deliberação de transferência da sede prevista no número anterior deve obedecer aos requisitos para as alterações do contrato de sociedade, *não podendo em caso algum* ser tomada por menos de 75% dos votos correspondentes ao capital social”.

Destarte, apesar da transferência da sede implicar uma alteração do contrato de sociedade, a maioria exigida para a deliberação sobre aquela matéria é mais elevada do que a exigida para esta³⁷.

Atento o facto da percentagem de votos exigida para o quórum deliberativo ser reportada ao capital social, o quórum constitutivo será, também, de 75 % dos votos correspondentes ao capital social.

Posteriormente, a SAE deve efetuar as *démarches*, exigidas pela lei nacional do Estado-membro da sua sede, tendentes a provar, junto da entidade competente desse mesmo Estado-membro, que os interesses dos credores e titulares de outros direitos (incluindo os de entidades públicas) estão salvaguardados³⁸.

Cumpridos os requisitos exigidos pela lei nacional do Estado-membro da sede da SAE para a proteção dos sujeitos supra referidos, deve a entidade competente respetiva emitir um certificado comprovativo do cumprimento de todos os atos e formalidades prévios à transferência (n.º 8 do art.º 8º do

³⁷ VENTURA, R.: *Alterações ao contrato de sociedade*, Almedina, 1996, pp. 42 e ss.

³⁸ As SAE's com sede em Portugal devem cumprir os requisitos exigidos pelo art. 14º do RJSAE.

Regulamento)³⁹.

Segundo o disposto no art.º 8º, n.º 9 do Regulamento, depois de emitido o referido certificado pela entidade competente do Estado-membro da sede da SAE, e cumpridos os requisitos ou formalidades prévias exigidos pela lei nacional do Estado-membro da nova sede da SAE, pode ser efetivado o novo registo. Apesar da simplicidade da redação deste dispositivo legal julgamos que, além do certificado emitido pelo Estado-membro da sede da SAE, na maior parte dos Estados-membros o mesmo não poderá efetivar-se sem a apresentação da respetiva tradução oficial. As diferenças linguísticas entre a maioria dos Estados-membros impõem o controlo da legalidade do documento por uma questão de segurança jurídica.

IV. OBSTÁCULOS E EQUÍVOCOS DO REGIME DA TRANSFERÊNCIA (INTER)NACIONAL DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

No que se refere à transferência da sede da SAE, o Regulamento deixa a cada Estado-membro a possibilidade de prever, no seu ordenamento jurídico, que a transferência da sede da SAE de que resulte uma mudança do direito aplicável não produza os seus efeitos se, no prazo de dois meses após a publicação do projeto, uma entidade competente desse mesmo Estado-membro se lhe opuser (art.º 8º, n.º 14, primeiro paragrafo do Regulamento).

Trata-se de uma disposição legal que coloca em causa todo um regime legal construído com base na ideia de continuidade jurídica operante nos diversos ordenamentos jurídicos, ao consentir que os Estados-membros introduzam uma limitação à liberdade de estabelecimento, tornando, paradoxalmente, a mobilidade transfronteiriça da SAE ainda menos acessível do que para as sociedades de direito nacional⁴⁰.

No entanto, esta norma vai mais além do que a sua própria letra. O n.º 14 do art.º 8º do Regulamento não permite apenas que a lei nacional impeça a produção de efeitos da transferência da sede da SAE (que se verifica com o registo da SAE no Registo do Estado-membro da nova sede). Esta norma permite que se impeça a Assembleia de deliberar sobre tal assunto. Dito de

³⁹ De acordo com o art. 2º, n.º 1 do RJSAE, as entidades competentes para a emissão do referido certificado são as Conservatórias do Registo Comercial ou os notários. A emissão do certificado por estas entidades está dependente do cumprimento das formalidades prévias à transferência, incluindo o dever de obtenção de um certificado de não oposição por parte da autoridade da concorrência e da autoridade de supervisão ou de regulação sectorial que exerce esses poderes sobre a SAE (art. 10, *ex vi* o disposto no art. 15º, n.º 2 do RJSAE).

⁴⁰ COLANGELO, M.: “La «società europea» alla prova del mercato comunitario delle regole”, *Europa e diritto privato*, 2005, n.º 1, pp. 147 e ss.

outro modo, se a entidade competente do Estado-membro da sede da SAE tem dois meses após a publicação do projeto para se opor à transferência e a decisão da Assembleia só pode ser tomada passados dois meses sobre a data de publicação do projeto, então, quando este órgão deliberativo for chamado a pronunciar-se (e se o fizer) está já, nesse momento, a praticar atos inúteis.

Se, por um lado, se compreende a posição do legislador europeu em pretender que a SAE não fique, durante muito tempo, dependente da decisão da entidade competente para poder avançar com o processo de transferência da sede, por outro lado não se compreende que uma entidade estranha à vida societária possa pronunciar-se sobre um mero plano de intenções da SAE.

Imaginemos um projeto de transferência da sede de uma SAE em que, por hipótese, a entidade competente desse Estado-membro se oponha à transferência, mas a Assembleia da SAE se recuse a aprovar. Neste caso, a transferência nem chegava a ser aprovada pelo órgão deliberativo e, como tal, não haveria qualquer interesse público que exigisse tutela.

Diferentemente, imaginemos que sendo a Assembleia chamada a pronunciar-se sobre o projeto de transferência da sede acaba por o aprovar com alterações ou devolve ao órgão de direção ou de administração para que este proceda às alterações necessárias e exigidas por aquela. Caso estas alterações tivessem em vista corrigir eventuais violações do interesse público referido na parte final do n.º 14 do art.º 8º do Regulamento, a intervenção da entidade competente não teria qualquer sentido. Se quisermos fazer uma aproximação a uma matéria próxima desta, diríamos que a intervenção da autoridade competente do Estado-membro da sede da SAE é semelhante à intervenção do juiz do foro, no âmbito das demais relações privadas internacionais, quando lança mão da exceção de ordem pública internacional para impedir o “jogo” normal das normas de conflitos. Só que, enquanto no âmbito da ordem pública internacional, a doutrina maioritária vai no sentido de que esta exceção só deve operar no momento da verificação do resultado a que conduza a aplicação da lei estrangeira, no caso sobre que nos debruçamos a intervenção da autoridade competente do Estado-membro da sede da SAE tem lugar num momento em que a necessidade de tutela do interesse público ainda não é efetiva.

Ora, assim sendo, podemos dizer que o primeiro parágrafo, do n.º 14 do art.º 8º do Regulamento consagra uma conceção apriorística de interesse público, ou seja, o interesse público surge como uma espécie de lei de garantia diretamente aplicável a situações de potencial transferência da sede da SAE, independentemente de esta poder vir a efetivar-se ou não.

As preocupações que demonstramos quanto ao prazo estabelecido para

oposição da autoridade competente do Estado-membro da sede da SAE parecem, também, ter sido vistas pelo legislador português na aprovação do Regime Jurídico sobre a Sociedade Anónima Europeia – RJSAE.

Nos termos do RJSAE, o direito de oposição cabe à autoridade da concorrência e, nos casos em que a SAE esteja sujeita a supervisão, também à autoridade reguladora sectorial que exerça poderes de supervisão ou regulação sobre a mesma (art.º 15º, n.º 1 e art.º 8º, n.º 1 a 3, *ex vi* o disposto no art.º 15º, n.º 2 do RJSAE). Para obter o certificado de não oposição a SAE deve notificar as referidas autoridades, no prazo de 7 dias úteis após a aprovação do mesmo pela Assembleia Geral da SAE, de que pretende transferir a sede (art.º 8º, n.º 2 RJSAE).

Sem prejuízo da nossa concordância quanto ao *timing* para o exercício do direito de oposição (trinta dias contados desde a data da notificação que receberem as referidas autoridades – art.º 8º, n.º 4 do RJSAE), fixado pelo legislador nacional (atentas as razões acima expostas) receamos que a norma nacional possa ser colocada em causa por uma interpretação demasiado literal do preceito do Regulamento (que em termos literais fixa o prazo de oposição das entidades competentes em dois meses contados desde a data da publicação do projeto).

Mas, tomando como seguro que o problema da compatibilidade entre estes dois preceitos legais de fontes diferentes não é levantado, nos termos do RJSAE as autoridades competentes concedem um prazo não inferior a quinze dias para a SAE se pronunciar (n.º 4 do art.º 8). Tendo a SAE enviado a sua resposta à pretensão demonstrada pelas autoridades (ou por uma delas), estas devem, dentro de quinze dias contados desde a data da receção daquela, decidir fundamentadamente (art.º 8º, n.º 5 do RJSAE). Caso as autoridades competentes deixem passar algum dos prazos supra referidos preclui o direito de oposição (art.º 8º, n.º 6 do RJSAE).

No entanto, mesmo o regime jurídico criado pelo legislador nacional não está desprovido de equívocos. No caso de transferência da sede de uma SAE sujeita ao ordenamento jurídico português, uma Conservatória do Registo Comercial ou um Notário só pode emitir o certificado a que se refere o n.º 8 do art.º 8 do Regulamento desde que tenha sido emitido, previamente, um certificado de não oposição por parte da autoridade da concorrência e da respetiva autoridade de supervisão ou regulação. Segundo o art.º 10º (*ex vi* o disposto no art.º 15, n.º 2 do RJSAE), estas autoridades devem, no prazo de dez dias a contar da apresentação do pedido por parte da SAE, emitir certificado de não oposição. Ora, a questão que se coloca é a de saber se este prazo de dez dias corre a par dos prazos fixados no art.º 8º do RJSAE? Poderá a SAE, ao mesmo tempo que notifica as autoridades competentes

para o exercício do direito de oposição, notificá-los também para emitirem o certificado de não oposição?

Apesar da redação do art.º 10º do RJSAE não ser clara, consideramos que a sua interpretação deve ter em conta o estabelecido na parte final do n.º 6 do art.º 8º. Assim, estabelecendo-se neste dispositivo legal que “o decurso de qualquer dos prazos previstos nos números precedentes sem que as autoridades competentes procedam de acordo com o aí estabelecido vale como não oposição”, então, mesmo que a SAE notifique as autoridades competentes antes de decorrido qualquer dos referidos prazos (sem que as mesmas se pronunciem ou se pronunciem pela não oposição) estas só estão obrigadas a emitir o certificado de não oposição à transferência a partir do momento em que preclui o seu direito de se pronunciarem pela oposição; contando-se o prazo de dez dias, referido no art.º 10º, a partir da verificação desta preclusão.

Caso as autoridades competentes se pronunciem, fundamentadamente, pela oposição à transferência da sede da SAE, esta pode impugnar judicialmente a decisão no prazo de um mês contado a partir da data da notificação enviada para a sua sede (art.º 9º, n.º 4 do RJSAE).

V. OS TERCEIROS FACE À TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

No que se refere aos terceiros afetados pela transferência da sede da SAE, o Regulamento apenas prevê, especificamente, a proteção de trabalhadores e credores.

Assim, no caso de a SAE ter assumido determinadas obrigações perante fornecedores ou clientes (imagine-se a celebração de um contrato de exclusividade relativamente a certos produtos), estes só podem fazer valer os seus direitos por via de uma ação judicial fundamentada em responsabilidade contratual.

Do mesmo modo, atento o disposto no n.º 15 do art.º 8º do Regulamento, tendemos a considerar que a existência de ações judiciais, baseadas quer em responsabilidade contratual, quer em responsabilidade extracontratual, intentadas contra a SAE e cuja existência de qualquer crédito seja aí colocada em causa, não podem impedir a SAE de transferir a sua sede, em virtude da inexistência da exigida analogia destes processos com os processos de dissolução, liquidação, insolvência ou suspensão de pagamentos.

No que se refere à proteção dos trabalhadores, o Regulamento estabelece que

o projeto de transferência da sede da SAE deve explicar as consequências que a mesma pode ter para o seu envolvimento (art.º 8º, n.º 2, al. c) do Regulamento), ou seja, quais os efeitos decorrentes da transferência da sede da SAE sobre “qualquer mecanismo, incluindo a informação, a consulta e a participação, através do qual os representantes dos trabalhadores possam influir nas decisões a tomar no âmbito da sociedade” (art.º 2º, al. h) da Diretiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de Outubro de 2001⁴¹). Acresce que, o órgão de direção ou de administração está obrigado a elaborar um relatório explicativo das consequências da transferência da sede da SAE sobre os trabalhadores, ou seja, o órgão de direção ou de administração há de explicar, nomeadamente, quais os créditos dos trabalhadores, quais os trabalhadores que irão ser despedidos (se for o caso) e quais os trabalhadores que, mantendo o seu vínculo, manterão o seu local de trabalho ou serão deslocalizados (art.º 8º, n.º 3 do Regulamento)⁴². Por seu turno, os trabalhadores têm a possibilidade de analisar, na sede da SAE, o respetivo projeto de transferência e o relatório elaborado pelo órgão de direção ou de administração (art.º 8º, n.º 4 do Regulamento).

Idêntica proteção é concedida aos credores comuns da SAE. Também em relação a estes é exigido que, quer o projeto de transferência da sede da SAE, quer o relatório elaborado pelo órgão de direção ou de administração, mencionem e expliquem todos os direitos e consequências dessa mesma transferência em relação a eles e que possam ser analisados na sede da SAE. Não obstante, nada é consagrado no Regulamento no que se refere à garantia do direito dos credores de analisarem os referidos documentos. Incumbe,

⁴¹ Esta Diretiva (publicada no JO L294, p. 22 e ss., de 10/11/2001) completa o estatuto da “Societas Europaea” no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores. Este envolvimento dos trabalhadores deve ser assegurado através de um procedimento de negociação entre o órgão de direção ou de administração da SAE e os representantes dos trabalhadores (art. 3º desta Diretiva). Este procedimento de negociação está sujeito à lei nacional do Estado-membro em que se situa a sede da SAE. A sede da SAE foi, portanto, o critério atributivo da competência escolhido pela Diretiva (cujo fim é a tutela de interesses dos trabalhadores) para regular um procedimento colectivo de negociação.

Apesar do escopo da Diretiva ser a protecção dos trabalhadores e o critério utilizado para a determinação da lei aplicável ao procedimento de negociação ser uma lei cuja ligação poderá ser mais forte relativamente à SAE do que aos próprios trabalhadores (imaginemos que o centro de exploração da SAE se localiza noutro país), a verdade é que o Estado-membro onde se desenvolverá a negociação será naquele onde a SAE tem a sua sede.

Aliás, esta opção do legislador europeu não é de todo incoerente com o princípio da protecção dos trabalhadores, dado que mesmo no âmbito do contrato individual de trabalho internacional, tem sido defendida a aplicação da lei da sede da sociedade (*vide* GENS RAMOS, R. M.: *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, 1991, pp. 941 e ss.)

⁴² Como é óbvio, tais aspectos devem conformar-se com a lei aplicável ao próprio contrato individual de trabalho (tema que, pela sua amplitude, nos limitamos, na nota anterior, a dar notícia da obra consagrada de ilustre professor Rui Moura Ramos).

por isso, ao legislador nacional de cada Estado-membro adotar os mecanismos necessários à efetiva garantia do referido direito.

Ora, apesar do Regulamento consagrar o direito, nada impede que as SAE's criem obstáculos factuais ao seu exercício. Um desses obstáculos cabe dentro da própria previsão do Regulamento, ou seja, a deslocalização da administração central. Vejamos.

O Regulamento nada refere quanto ao momento em que a SAE pode ou deve transferir a sua administração central. Se considerássemos que o Regulamento consagra a teoria da sede real ou efetiva numa vertente mais radical (ou seja, a SAE tem que ter, em qualquer momento, a sua sede estatutária no mesmo Estado-membro onde se situa a sua administração central) isso significaria que em nenhum momento a SAE poderia transferir a sua sede⁴³.

Não é, no entanto, a nosso ver, esta a ideia que subjaz ao regime jurídico aplicável às SAE's. Não havendo qualquer prazo ou data fixados para a deslocalização da administração central, nada impede que a SAE fixe uma data que seja anterior àquela que é fixada para o exercício, por parte dos credores, do direito de analisarem o projeto e o relatório. Isto implica que a SAE, mesmo que já tenha transferido a sua administração central⁴⁴ para o Estado-membro para o qual pretende transferir a sua sede, deve disponibilizar um espaço físico localizado no mesmo local onde se encontra situada a sua sede de modo a permitir que os credores analisem os referidos documentos.

No entanto, a verdade é que a SAE pode não disponibilizar esse espaço. Neste caso, quais os meios de reação que os credores têm para ver

⁴³ Aliás, esta hipótese, além de constituir algo de absurdo atendendo ao escopo do Regulamento, seria um contra-senso quando confrontada com a possibilidade transferência da sede.

⁴⁴ A administração central de uma sociedade deve considerar-se situada no local do seu centro de gravidade. O centro de gravidade da sociedade seria o local onde as decisões fundamentais da direcção empresarial se transformam em actos de gestão da empresa, ou seja, onde a vontade dos órgãos da sociedade se forma. Sem descuidar a dificuldade de delimitação deste conceito, o mesmo seria completado com determinados indícios, tais como:

- a) o local onde se situam as instalações da gerência ou da direcção da sociedade;
- b) o local habitualmente designado para as reuniões dos órgãos de direcção ou de gerência da sociedade;
- c) o local onde o público estabelece contacto com a sociedade;
- d) o local onde é recebida e expedida a correspondência, onde são celebrados contratos, emitidas facturas e onde são assinados outros documentos sociais.

(MOTA PINTO, A.: "Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades (continuação)", *Temas de Integração*, núm. 18, 2004, pp. 150 ss.)

materializado o seu direito?

Com arrimo no Regulamento (art.º 64º) podíamos concluir que os credores interessados tinham a possibilidade de informar o Estado-membro da sede da SAE de que esta deixou de cumprir a obrigação prevista no art.º 7º e, conseqüentemente, esse Estado-membro adotaria as medidas necessárias para obrigá-la a regularizar a situação. Mas, a verdade é que estando a SAE, nesse momento, a transferir a sede, não pode ser obrigada a restabelecer a sua administração central, nem a fazer uma duplicação da operação de transferência da sede (conforme previsto na al. a), do n.º 1, do art.º 64º do Regulamento).

No que se refere ao ordenamento jurídico português, o RJSAE, embora consagre determinadas medidas com vista à proteção dos credores⁴⁵, nada

⁴⁵ Nomeadamente, os credores “podem declarar antecipadamente vencidos os seus créditos, devendo fazê-lo no prazo de 30 dias a contar da publicação do projecto de transferência de sede” (art. 14º, n.º 3, parte final do RJSAE). Além deste direito consagrado no RJSAE, os obrigacionistas têm direito de participar na Assembleia Geral convocada para discussão e votação da transferência da sede, desde que o contrato de sociedade não determine o contrário (art. 379º, n.º 2 do CSC). Esta possibilidade dos obrigacionistas participarem na discussão dos assuntos da ordem do dia está sempre posta em causa, porque no momento em que ela tiver lugar (dois meses após a publicação do projecto) eles já não podem declarar antecipadamente vencidos os seus créditos (dado que só o podem fazer no prazo de 30 dias após a publicação do projecto). Se tiver de existir uma decisão concertada dos obrigacionistas, ela deve ser tomada em Assembleia de Obrigacionistas, convocada antes de expirado o prazo para declararem vencidos os seus créditos perante a sociedade (art. 355º, n.º4 do CSC).

São diferentes as garantias consagradas em algumas legislações europeias.

Em França a lei distingue os credores obrigacionistas dos credores não obrigacionistas. Os credores obrigacionistas têm de ser obrigatoriamente chamados a pronunciar-se em Assembleia de Obrigacionistas, excepto se a sociedade oferecer a estes credores, mediante previa solicitação da sua parte, o reembolso dos títulos. A oferta de reembolso é objecto de publicação. Os obrigacionistas que não reclamem o reembolso dentro do prazo conservam a sua condição na sociedade, por respeito ao que está estabelecido no projecto de transferência de sede (art. L.229-2, paragrafo 5º do *Code de Commerce*). Os credores não obrigacionistas podem opor-se judicialmente à transferência da sede mas, mesmo que lhes seja dado provimento em tal impugnação, a sentença limita-se a declarar que a transferência não lhes é oponível, dado que a referida impugnação não impede a transferência da sede (art. L.229-2, paragrafo 6º do *Code de Commerce*); as disposições deste parágrafo não prejudicam a existência de acordos que permitam ao credor a exigência imediata do seu crédito.

Em Espanha, os credores que tenham os seus créditos garantidos não têm direito de oposição e os que não estejam vencidos, mas tenham nascido antes da publicação do projecto de transferência da sede, podem opor-se até que seja constituída garantia (art.º 334º, ex vi o disposto no art.º 462 da Ley de Sociedades de Capital, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/2010). Quanto ao modo de exercício do direito de oposição, segundo o art.º 336º da Ley de Sociedades de Capital (*ex vi* o disposto no art. 462º) os credores podem opor-se à transferência da sede da SAE, desde que o façam no prazo de um mês a contar da publicação do projecto de transferência.

estipula tendo em vista a efetivação do direito de análise do projeto e do relatório.

É evidente que a SAE, para obter o certificado a que se refere o art.º 8º, n.º 8 do Regulamento tem de provar que os interesses dos credores foram devidamente protegidos. No entanto, a questão que se suscita de imediato é a de saber como é que os credores podem exercer ou comprovar que no devido tempo declararam pretender exercer os direitos que lhe são atribuídos ou, mesmo que o consigam, a quem devem dar o conhecimento desse facto?

Segundo o RJSAE as autoridades competentes para emitirem o certificado previsto no art.º 8º, n.º 8 do Regulamento são as Conservatórias do Registo Comercial ou os Notários portugueses (art.º 2º, n.º 1). Deste modo, deve admitir-se como possível o registo na Conservatória de factos impeditivos da emissão do certificado, nomeadamente, a consignação por parte dos credores de que tentaram exercer os seus direitos, mas que se debateram com obstáculos materiais (art.º 3º, n.º 2, al. i) do CRCom).

VI. OS SÓCIOS MINORITÁRIOS FACE À TRANSFERÊNCIA (*INTER*)NACIONAL DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

A definição de minoria não é unívoca e a sua tutela depende do tipo de minoria que possa surgir no caso concreto.

No entanto, para o que nos interessa, podemos dizer que a minoria (ou sócios minoritários) a tutelar é aquela que decorre do resultado da própria deliberação de transferência da sede. Assim sendo, se pretendêssemos avançar com uma definição de minoria para este caso *sub júdice* diríamos que ela é constituída por aqueles sócios que não partilham o parecer maioritário. Sócios minoritários serão “aqueles que, na votação efetuada, discordam da maioria – os dissidentes –” e “aqueles que nem sequer estiveram presentes na Assembleia Geral”⁴⁶.

A transferência da sede da SAE implica também uma modificação da lei aplicável às relações internas entre os sócios. A lei nacional do Estado-membro da nova sede pode alterar por completo os direitos e deveres entre os sócios, entre estes e a sociedade e, como vimos, oportunamente, entre a sociedade e os terceiros.

Atento o método utilizado pelo Regulamento para definir o regime jurídico

⁴⁶ TRIUNFANTE, A. M.: *A tutela das minorias nas Sociedades Anónimas – direitos de minoria qualificada / Abuso de direito*, Coimbra Editora, 2004, pp. 29 e ss.

aplicável à SAE, esta pode fundamentar o interesse na transferência da sede em razões de natureza estratégica, oportunidade de negócio ou, até mesmo, porque descobriu que uma lei de outro Estado-membro estabelece, em determinado momento, um regime mais favorável. Ora, o uso deste fundamento para a transferência da sede da SAE pode levar a que os sócios majoritários vejam na transferência da sede um meio para infligir danos ou obrigar à saída dos sócios minoritários.

Aqueles sócios que tenham o poder de decisão podem aproveitar o facto de existirem várias leis no “mercado europeu” para modificar a *lex societatis* (inicialmente escolhida como aplicável quer à SAE, quer às relações internas ou externas) em seu favor e em prejuízo dos outros sócios.

O busílis da questão está, por isso, em encontrar as melhores formas de garantia dos direitos dos sócios que votam contra a transferência da sede face à inevitabilidade dessa mesma transferência.

A forma de obviar a estes riscos é a eleição da lei da sede da SAE anterior à transferência, como lei aplicável a tais casos⁴⁷.

Neste sentido, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 estabelece que cabe ao Estado-membro onde a SAE tenha a sua sede a faculdade de adotar as medidas que considere necessárias para assegurar a proteção adequada dos sócios minoritários que se tenham pronunciado contra a transferência (art.º 8, n.º 5 do Regulamento).

Deixando-se aos Estados-membros a liberdade para adotarem ou não tais medidas de proteção poder-se-ia concluir que os sócios minoritários de uma SAE, com sede num determinado Estado-membro que não use tal faculdade, são discriminados em relação aos sócios minoritários de uma SAE com sede noutro Estado-membro que a use. Mas, tal conclusão seria precipitada. Os sócios minoritários quando decidiram constituir a SAE ou entraram no seu capital sabiam qual era a *lex societatis* e sabiam ou tinham obrigação de saber que, dentro das possibilidades conferidas por esta lei, uma delas era a transferência da sede da SAE para outro Estado-membro e quais os direitos que lhes eram atribuídos na eventualidade de uma decisão do género, contra a sua própria vontade.

Destarte, os Estados-membros que usarem a faculdade prevista Regulamento (CE) n.º 2157/2001 podem colocar os sócios que se tenham pronunciado

⁴⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2001, núm. 16, pp. 107 e ss.

contra a transferência em várias posições⁴⁸.

O RJSAE consagra a possibilidade de exoneração do sócio que tenha votado contra a transferência (art.º 13º). O sócio que pretenda usar da faculdade de se exonerar deve, nos trinta dias seguintes à deliberação da transferência da sede da SAE, manifestar por escrito à sociedade a vontade de o fazer (art.º 13º, n.º 2 com remissão para o art.º 7º, n.º 2 do RJSAE). A contrapartida a efetuar pela sociedade, salvo acordo das partes, é determinada por um revisor oficial de contas nomeado pela respetiva Ordem, que calcula a mesma de acordo com o estabelecido no art.º 1021º do Código Civil português e por referência ao momento da deliberação de transferência (art.º 7º, n.º 4).

No entanto, há que fazer uma distinção no que se refere à não realização da aquisição, consoante se trate de facto imputável à SAE ou ao sócio.

Na primeira hipótese, caso a sociedade promova o registo da transferência da SAE continua obrigada a adquirir a participação social do sócio, devendo compensá-lo pelos prejuízos sofridos (art.º 7º, n.º 7, *ex vi* o disposto no art.º 13, n.º 2 do RJSAE) e os administradores da SAE à data da transferência,

⁴⁸ A este respeito refere GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., ob. cit. na nota anterior, que a legislação nacional de um determinado Estado pode:

- a) conceder-lhes um direito de oposição absoluto (um direito de veto), de tal modo que caso não haja unanimidade, não se permite a mudança da «*lex societatis*»;
- b) conceder-lhes um direito de oposição relativo, de tal modo que se não estiverem de acordo com a decisão podem separar-se da sociedade e obter a sua contrapartida;
- c) não lhes conceder nenhum direito, de tal modo que a mudança da «*lex societatis*» se considere uma operação societária que têm de suportar, queiram ou não, todos os sócios se assim for deliberado pela maioria”.

E, acrescenta o autor, que a opção por uma destas soluções podia fundamentar-se num critério segundo o qual os sócios minoritários poderiam separar-se da sociedade se a mudança da *lex societatis* alterasse, realmente, a sua posição jurídica, mas já não quando a sociedade se submeta a uma lei equivalente à lei espanhola. “A regra assim formulada poderia ser mais justa, mas a sua implementação traz problemas notórios: a autoridade competente deveria comparar, em cada caso, o direito espanhol com o direito estrangeiro correspondente à nova «*lex societatis*», para comprovar como ficariam protegidos os sócios e se a mudança piora ou melhora a sua posição. Salvo em cenários onde fosse fácil esta comparação (por exemplo, na Europa), a sua prática implicaria custos de aplicação da norma muito elevados”.

Concordando com o autor no essencial da sua doutrina e atendendo a que, os julgadores nacionais dos diversos Estados-membros, no âmbito de outras relações privadas internacionais têm de lançar mão de diversas *lex causae*, a solução proposta poderia perfeitamente aplicar-se no âmbito da mudança da *lex societatis*. No entanto, verificamos que os legisladores nacionais dos Estados-membros não optam por esta solução e consagram, na sua maioria, a possibilidade dos sócios minoritários saírem da sociedade mediante uma contrapartida. Assim, acontece na Espanha, na França e na Irlanda (este último Estado-membro consagra, ainda, a possibilidade dos sócios obterem a anulação da transferência, desde que representem pelo menos, em termos nominais, 10% do capital – art. 12º, n.º 1. a) do *Statutory Instrument n.º 21 of 2007*).

bem como os administradores da SAE após a transferência, respondem solidariamente com esta (art.º 7º, n.º 8).

Na segunda hipótese, a SAE pode requerer à Conservatória do Registo Comercial ou ao Notário português que irá emitir o certificado do previsto no art.º 8º, n.º 8 do Regulamento que notifique o exonerando com vista à celebração do contrato de aquisição da sua participação (art.º 13º, n.º 4 RJSAE). Trata-se, por isso, de uma faculdade concedida à SAE para obrigar o sócio exonerando a alienar a sua participação⁴⁹. Caso a SAE não pretenda usar dessa faculdade, o sócio, decorridos trinta dias sobre o momento da determinação da contrapartida nada pode fazer sem o acordo da SAE, tendo em conta que este perde o direito à exoneração (art.º 7º, n.º 6, *ex vi* o disposto no art.º 13º, n.º 2 do RJSAE).

VII. A NATUREZA DO REGISTO DA NOVA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

Verificados os pressupostos referidos anteriormente, e desde que tenha chegado a um acordo sobre o regime de envolvimento dos trabalhadores⁵⁰ a SAE pode requerer o registo da nova sede (art.º 8º, n.º 9 do Regulamento).

O Regulamento estabelece, assim, uma forma de reconhecimento automático das condições prévias necessárias para o registo da transferência da sede da SAE no Registo do Estado-membro de destino, mediante a apresentação de um certificado emitido pelo Registo do Estado-membro onde a SAE tenha a sua sede.

Esta técnica de verificação das condições necessárias para o reconhecimento da incorporação da sociedade, limitado à simples análise do certificado

⁴⁹ Esta faculdade não está prevista para o caso de constituição de uma SAE por fusão, apesar do regime previsto no art. 7º do RJSAE ser quase todo aplicável, com as necessárias adaptações, à exoneração do sócio por motivo de transferência da sede da SAE para outro Estado-membro (vide art. 13 do RJSAE).

⁵⁰ Esta exigência decorre da remissão feita pelo n.º 1 e n.º 2, al. c) do art. 8º do Regulamento para o seu art. 12º. Este dispositivo legal refere o seguinte, nos seus números 3 e 4:

“3. Para que uma SAE possa ser registada num Estado-membro que tenha usado da faculdade prevista no n.º 3 do artigo 7º da Diretiva 2001/86/CE, é necessário que, nos termos do artigo 4º da referida diretiva, se tenha chegado a um acordo sobre o regime de envolvimento dos trabalhadores, incluindo a participação, ou que nenhuma das sociedades participantes tenha sido regulada por regras de participação antes do registo da SAE.

4. Os estatutos da SAE não devem em caso algum ser incompatíveis com o regime definido para o envolvimento dos trabalhadores. Quando novas disposições estabelecidas nos termos da Diretiva 2001/86/CE forem incompatíveis com os estatutos existentes, estes devem ser alterados na medida do necessário.”

emitido pelo Registo estrangeiro é, também, uma realidade em Espanha, que tem vindo a abandonar a técnica conflitual (ou seja, aquela cuja validade da constituição /transferência da sociedade é aferida pela aplicação do Direito material estrangeiro designado pela norma de conflitos)⁵¹.

A partir do momento em que, nos termos da legislação nacional do Estado-membro da nova sede da SAE, esta se considere inscrita no Registo respetivo, a transferência da sua sede, assim como a alteração dos Estatutos, produzem os seus efeitos (artº8, nº10 do Regulamento).

O Registo da transferência visa, como em qualquer outro caso, dar publicidade ao ato. A partir deste momento a SAE considera-se situada no Estado-membro da nova sede para a generalidade dos efeitos jurídicos em que a localização seja relevante.

O Registo definitivo da nova sede da SAE é condição de eficácia da transferência⁵². Sem este Registo continua a considerar-se que a SAE se situa no Estado-membro da sede anterior ao processo de transferência.

Depois de efetuado o registo da nova sede da SAE, a entidade responsável pela nova inscrição (“o Registo”, segunda a letra do Regulamento) deve notificar a entidade antiga para que esta possa efetuar o respetivo cancelamento (artº8, nº11 do Regulamento).

O cancelamento do registo anterior pela entidade responsável desse Estado-membro assenta no princípio da confiança mútua, ou seja, o Registo do Estado-membro da anterior sede da SAE não necessita de verificar se foram cumpridos os requisitos exigidos pela lei nacional do Estado-membro da nova sede da SAE para poder efetuar o cancelamento; basta a notificação feita pelo Registo da nova inscrição⁵³.

O registo feito no Estado-membro da nova inscrição, assim como o cancelamento do anterior deve ser publicado de acordo com a legislação nacional de cada Estado-membro interveniente no processo de transferência da sede da SAE em cumprimento do estabelecido pela Diretiva 68/151/CEE⁵⁴ (artº8, nº12 do Regulamento com remissão para o seu artº13). Estamos, portanto, num momento de evolução da cooperação entre Registos na Europa, em que as dificuldades decorrentes da falta de proximidade entre

⁵¹ ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp. 67 e ss.

⁵² *Vide* MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1996, pp. 605 e ss.

⁵³ ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, cit., p. 73.

⁵⁴ Actualmente Diretiva 2009/101/CE, publicada no JO L258/11, de 01/10/2009.

estas entidades tendem a ser atenuadas. A alteração da Diretiva 68/151/CE, pela Diretiva 2003/58/CE, desempenhou um papel fundamental na supressão destas dificuldades, ao estabelecer a necessidade dos Estados-membros adotarem medidas para facilitar a consulta dos Registos Comerciais europeus, nomeadamente, através da criação de sítios de Internet onde constem os atos de Registo⁵⁵.

Ao contrário do que sucede com o projeto de transferência da sede da SAE, o registo e o cancelamento do registo anterior da SAE, que conclui o processo de transferência, é objeto de um aviso informativo a publicar no Jornal Oficial da União Europeia (artº14, n.º1, 1ª parte, do Regulamento)⁵⁶.

Embora este aviso informativo não tenha nada que ver com um modelo de Registo Central Europeu, deixou antever a possível evolução do processo de registo das sociedades – a existência de um futuro Registo supranacional associado a uma eficiente articulação com Registos nacionais dos Estados-membros.

Aliás, a existência de um Registo Central Europeu poderia desempenhar um papel importantíssimo na proteção dos interesses da própria SAE. A partir do momento em que transfere a sua sede, a SAE tem todo o interesse em que se proceda ao cancelamento (e respetiva publicação) do registo, no Registo da anterior sede. Caso a articulação entre o novo Registo e o antigo Registo não seja a melhor, a SAE vê-se na contingência de se sujeitar a que os terceiros possam invocar a antiga sede (artº8, nº13 de Regulamento). Ora, caso a SAE pudesse comunicar, a um Registo Central, a transferência da sua sede, com base num certificado emitido pelo Registo nacional do Estado-membro de destino, os terceiros deixariam de poder invocar a sede anterior mesmo que o Registo da sede anterior ainda não tivesse procedido ao seu cancelamento.

A realização destes intentos será operada no âmbito da interconexão de registos centrais dos Estados-membros, dos registos comerciais e dos registos de sociedades, ainda em fase de implementação⁵⁷.

⁵⁵ Sobre a criação de um espaço registal europeu, *vide* ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, cit., pp.74 e ss.

⁵⁶ Desse aviso constam a firma, o número, a data e o local de registo da SAE, a data, o local e o título da publicação, bem como a sede e o seu sector de actividade da SAE (art. 14º. n.º 1, 2ª parte, Regulamento).

⁵⁷ A Diretiva 2012/17/UE do Parlamento e do Conselho, de 13 de Junho de 2012 (que altera a Diretiva 89/666/CEE do Conselho e as Diretivas 2005/56/CE e 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), em articulação com o recentíssimo acto de execução levado a cabo pelo Regulamento de Execução (UE) 2015/884 da Comissão, de 8 de Junho de 2015, que estabelece especificações técnicas e procedimentos necessários ao sistema de interconexão dos registos criado pela Diretiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do

VIII. RELEVÂNCIA DA SEDE ANTERIOR DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA DEPOIS DE CONCLUÍDO O PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA.

Com o Registo da transferência da sede para outro Estado-membro, a SAE, para a generalidade dos efeitos de que depende a sua localização, passa a considerar-se situada nesse Estado-membro.

Consequentemente, o regime jurídico que lhe é aplicável a partir desse momento é o do Estado-membro da nova sede, nomeadamente, no que se refere a responsabilidade civil, laboral e fiscal.

Mas isto não significa que a SAE, no que concerne a litígios surgidos antes da sua inscrição no Registo da nova sede, não continue vinculada ao ordenamento jurídico do Estado-membro no qual estava localizada a sua sede anterior. Relativamente a estes litígios continua a considerar-se que a SAE tem a sua sede no Estado-membro da sede anterior (artº 8, nº 16 do Regulamento)⁵⁸.

Dado que na maior parte dos casos se entende que a palavra “litígio” está associada a litigância, consideramos que a aplicação o Regulamento sem uma análise comparativa da versão inglesa⁵⁹ pode conduzir a resultados bem distintos. Dado que na versão inglesa não se faz qualquer referência à ideia de litigância, mas sim a “causa de pedir”, tendemos a considerar que qualquer ação proposta contra a SAE (antes ou depois do registo da SAE no Estado-membro da nova sede) está sujeita ao ordenamento jurídico do Estado-membro da anterior sede, desde que a causa de pedir se reporte a um momento anterior àquele registo.

ÍNDICE

Conselho.

⁵⁸ A versão francesa não é muito diferente da versão portuguesa do Regulamento: “*Une SE qui a transféré son siège statutaire dans un autre État membre est considérée, aux fins de tout litige survenant avant le transfert tel qu’il est déterminé au paragraphe 10, comme ayant son siège statutaire dans l’État membre où la SE était immatriculée avant le transfert, même si une action est intentée contre la SE après le transfert.*”

⁵⁹ A redacção da versão inglesa é a seguinte: “*An SE which has transferred its registered office to another Member State shall be considered, in respect of any cause of action arising prior to the transfer as determined in paragraph 10, as having its registered office in the Member States where the SE was registered prior to the transfer, even if the SE is sued after the transfer.*”

EL ARRENDAMIENTO TURÍSTICO EN LA COMUNIDAD
VALENCIANA

LEASING TOURISM IN VALENCIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 198 - 225.

Fecha entrega: 02/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

DRA. M^a PILAR MONTES RODRÍGUEZ
Profesora TEU Derecho civil
Universidad de Valencia
Pilar.Montes@uv.es

RESUMEN: El presente estudio analiza el régimen jurídico del arrendamiento turístico tanto en el Derecho estatal, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, como en el Derecho autonómico, con especial análisis de la normativa de la Comunidad valenciana

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento turístico; arrendamiento de temporada; Comunidad Autónoma valenciana.

ABSTRACT: This study analyzes the legal regime of tourist leases both the spanish state law, following the entry into force of the Law 4/2013, of July 4, as in the regional law, with special analysis of the rules of the Valencian Community

KEY WORDS: tourist leasing; seasonal lease; Autonomous Community of Valencia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN EN EL DERECHO ESTATAL. SU EXCLUSIÓN COMO ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA DE LA LAU TRAS LA LEY 4/2013.- III. SITUACIÓN EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.- 1. Decreto 30/1993, de 8 de marzo.- 2. Decreto 92/2009, de 3 de julio.- 2.1. Publicidad.- 2.2. Entrega de los alojamientos y obligación de conservación.- 2.3. Precio.- 2.4. Resolución del contrato de arrendamiento turístico.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En España y especialmente en la Comunidad valenciana, el turismo aporta una parte muy importante del PIB. Se trata de una actividad en alza¹ incluso en tiempos de crisis y los ordenamientos jurídicos, entre los que se encuentra el español y el autonómico valenciano, no permanecen ajenos a esta situación. Desde sus inicios la regulación de la actividad turística ha sido dual², en parte desde el derecho público que perseguía su control desde las administraciones públicas y en parte desde el derecho privado por cuanto tal actividad se desarrolla fundamentalmente mediante la contratación entre las empresas del sector y sus clientes, los turistas³. Con la llegada del Estado autonómico, la inclusión del turismo como potencial competencia de las

¹ Un análisis de los fundamentos socioeconómicos del aumento de la actividad turística no reglada y los problemas que ello apareja en ROMÁN MÁRQUEZ, A.: “Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, vol. 6º, núm. 1, 2014, pp. 4 a 6.

² Así lo entiende RAMALLO MILLÁN, E. P.: *Manual Básico del Derecho turístico*, Tecnos, Pamplona, 2013, p. 18: “Del propio contenido normativo multisectorial surge la dualidad que rige el *derecho turístico*, esto es el Derecho Privado y el Derecho Público. De este modo se explica que las directrices, la ordenación administrativa de las empresas turísticas y la acción administrativa de fomento turístico, así como su régimen disciplinario sean regidos por legislación que corresponde al Derecho Público y la regulación del estatuto jurídico de los sujetos particulares que participan en el comercio turístico – empresarios y usuarios turísticos-y olas relaciones jurídico-privadas establecidas entre ellos a través de los contratos turísticos sean regulados según el Derecho Privado”.

³ Para FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “Lección 1. El turismo como fenómeno objeto de regulación.”, en AA.VV.: *Manual de contratación turística* (dir. por J. FRANCH FLUXÁ), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 20 y 21, en el ámbito del turismo, como en otros, puede advertirse claramente dos fenómenos que son propios de la evolución y adaptación del Derecho a la realidad económico-social. De un lado asistimos a una publicación del Derecho Privado, básicamente Mercantil, motivado por el incremento de las normas dirigidas a proteger a los turistas, en su mayoría debido a su condición de consumidores y usuarios. Y ello se realiza no sólo a través de leyes como el TRLGDCU, sino también a través de un ingente número de normas reglamentarias de la más diversa índole. Por otra parte, se asiste al fenómeno inverso, por cuanto las Administraciones Públicas acuden a las posibilidades de creación de personas jurídicas (sociedades públicas, agencias de turismo, etc.) a las que resulta de aplicación un régimen de Derecho Privado, que les permite un funcionamiento más ágil y adaptado al contexto económico en el que se desenvuelven.

CCAA en el art. 148 CE y su posterior asunción por los Estatutos, se multiplicó la regulación administrativa que, en demasiadas ocasiones se ha extendido más allá de la actividad turística, abarcando, sin competencia para ello, la regulación contractual. Por otro lado y tras la entrada en la Unión Europea, la incorporación de Directivas que pretendían, desde la necesidad de un mundo en proceso de globalización, homogeneizar las reglas de la contratación turística (viajes combinados, aprovechamiento por turnos) elevó el nivel de protección del contratante turista. Se trata de un proceso simultáneo en el tiempo pero aparentemente contradictorio, de gran complejidad y, en ocasiones, difícil comprensión que ha llevado a algunos autores, aunque no sin críticas, a hablar de Derecho turístico⁴.

Y uno de los principales objetivos de esa regulación es articular diferentes mecanismos jurídicos para facilitar al turista un alojamiento provisional en el lugar donde pretende pasar parte de su tiempo libre.

Cuando el turista necesita alojamiento durante un determinado espacio de tiempo en un determinado lugar diversas son las posibilidades que el ordenamiento jurídico español y el mercado turístico en él contempla para satisfacer este interés vacacional.

Las opciones pueden tener visos de permanencia. La primera, la más costosa económicamente, consistiría en comprar un apartamento o segunda vivienda para pasar en ella el tiempo de ocio, o al menos de vacaciones. Si se encuentra lejos del domicilio habitual la utilización puede ser escasa y por tanto es la opción más cara. La segunda posibilidad sería adquirir un derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (la mal denominada multipropiedad) al que se le aplique la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa de intercambio y normas tributarias.

Un segundo grupo de soluciones estarían marcadas por la idea de temporalidad y carácter esporádico. Dentro de ellas la primera opción sería celebrar un contrato de hospedaje y alojarse en cualquier establecimiento hotelero disfrutando de una habitación, suite o bungalow con el nivel de calidad elegido (clasificación por estrellas) y otros servicios accesorios, incluidos en el precio siempre como la piscina, en ocasiones (alojamiento y desayuno, media pensión o pensión completa) o siempre pagados a parte

⁴ RAMALLO MILLÁN, E. P.: *Manual básico...*, cit., p.18, lo entiende como la regulación jurídica de las actividades económicas privadas que surgen de los servicios turísticos utilizados por los usuarios particulares o grupales y sobre cuya actividad conjunta tiene potestad normativa y regulatoria la Administración pública en sus distintos estamentos jerárquicos (estatal, autonómico, provincial, municipal).

como el gimnasio o el spa.

Otra posibilidad sería la cesión temporal (una, dos semanas, un mes o dos) y con una finalidad vacacional no de vivienda de un apartamento amueblado a cambio de un precio. Estamos ante el arrendamiento turístico o vacacional.

La mayoría de estas opciones son ofrecidas por empresarios que se dedican específicamente a la prestación onerosa de tales actividades en el mercado. Así el contrato de hospedaje lo prestan empresas hoteleras o el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles exige la Ley que se preste por un empresario y que el adquirente sea un consumidor.

No ocurre lo mismo con el arrendamiento o alquiler turístico, también denominado comercialización de estancias turísticas⁵ o alojamiento turístico o en apartamento o vivienda turística o de uso turístico. La legislación de arrendamiento no exige que el arrendador sea un empresario, incluso en el arrendamiento para un uso distinto del de vivienda (que ahora ya no se denomina legalmente arrendamiento de local de negocio). Por tanto un propietario puede ceder el uso de su inmueble amueblado durante un periodo de tiempo a cambio de un precio sin ejercer actividad empresarial alguna y por tanto sin exigirle la realización de trámites o el pago de impuestos⁶. Precisamente esta no exigencia ha difuminado los límites entre la actividad particular de arrendamiento y la actividad empresarial de cesión onerosa de inmuebles para su uso turístico, dando lugar a comportamientos fraudulentos que justificarían los cambios legales. En cualquier caso siempre resulta beneficioso al arrendatario contratar con un empresario porque en ese caso su calificación como consumidor permite que se le aplique toda la normativa de protección.

Además, cabe destacar la variada terminología utilizada tanto por el legislador europeo (la decisión 1999/34/CE habla de alojamiento turístico⁷), el Estado

⁵ FRANCH FLUXÁ, J.: “Lección 4. El contrato de alojamiento”, en AA.VV.: *Manual de contratación turística* (dir. por J. FRANCH FLUXÁ), Atelier, Barcelona, 2015, p. 100, utiliza la expresión estancias turísticas en alojamientos privados.

⁶ MARTOS CALABRÚS, M. A.: “El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo 2014, p. 91, señala “una cosa es ceder en arrendamiento un inmueble (o varios), sin ordenar medios ni recursos que permitan de forma estable la obtención de un beneficio, y otra, dedicarse, organizada, habitual y profesionalmente a realizar esta clase de arrendamientos. En el primer caso no hay actividad económica, ni empresa; en el segundo, sí”.

⁷ La Decisión de la Comisión 1999/34/CE, de 9 de diciembre de 1998, sobre los procedimientos de aplicación de la Directiva 95/57/CE, del Consejo, sobre la recogida de la información estadística en el ámbito del consumo, define en su anexo I, al alojamiento turístico como toda instalación que regularmente (no ocasionalmente) ofrece plazas para que el turista pueda pasar la noche. Y luego distingue entre Establecimientos de alojamiento colectivo (hoteles, viviendas de vacaciones, campings, etc.) y alojamiento turístico privado (habitaciones alquiladas en casas particulares o a particulares).

(el RD 2887/1982 habla de apartamento turístico) o las diversas comunidades autónomas que, en sus regulaciones supuestamente administrativas eluden la utilización del término arrendamiento (ostenten o no competencia en materia de Derecho civil), comportamiento que mantiene el legislador estatal pues tras la reforma de 2013, tampoco utiliza como veremos en el art. 5 e) la palabra “arrendamiento”.

II. SITUACIÓN EN EL DERECHO ESTATAL. SU EXCLUSIÓN COMO ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA EN LA LAU TRAS LA LEY 4/2013.

El Estado español goza de competencia exclusiva en materia de Derecho civil, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1 8ª “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Y, en todo caso corresponde al Estado competencia exclusiva sobre “bases de las obligaciones contractuales”. En ejercicio de esa competencia ha legislado en materia de arrendamientos urbanos. El Código civil dedica a este contrato el art. 1543, que define el arrendamiento de cosas, y los arts. 1.546 y siguientes que pretenden dar a conocer los derechos y las obligaciones de arrendador (art. 1554) y arrendatario (art. 1555, 1661 a 1.563) y además disponemos de un régimen más completo y detallado en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU).

La LAU diferencia⁸, como es sabido, entre arrendamientos de vivienda (art. 2 y Título II) que son aquellos que recaen sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y arrendamientos para uso distinto el de vivienda (art. 3 y Título III), que serían aquellos que, recayendo sobre una edificación, tengan por destino primordial uno distinto del de vivienda.

Dentro de esta segunda categoría, el art. 3.2 LAU incluye los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra. El arrendamiento de temporada puede recaer sobre una edificación habitable, semejante a la que podría ser objeto del arrendamiento de vivienda, pero con la cesión onerosa de su uso no se pretende satisfacer una necesidad permanente de vivienda, precisamente porque se caracteriza por la

⁸ Analizan ambas modalidades contractuales, tras las modificaciones introducidas en la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E.: “Comentario al art. 2.1 y 2.2 Arrendamiento de vivienda” y “Comentario al art. 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), Thomson Reuters Aranzadi, 6ª ed., Pamplona, 2013, pp. 63 a 97 y 99 a 118; y GUILARTE GUTIERREZ, V.: “Comentario a los arts. 2 y 3”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. por F. CRESPO ALLUÉ y V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Thomson Reuters Lex Nova, 1ª. ed., Pamplona, 2014, pp. 29 a 75.

provisionalidad, la temporalidad⁹.

Por tanto tales arrendamientos de temporada se someterían, al igual que el resto de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, de forma imperativa a lo dispuesto en los Títulos I y IV de la Ley (art. 4.1) y, en lo no dispuesto allí, se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil (art. 4.3 LAU). La aplicación imperativa del Título IV imponía al arrendatario para un uso diferente del de vivienda, la prestación de fianza¹⁰ de dos mensualidades y su depósito ante la administración autonómica, lo que en el caso del arrendamiento turístico planteaba problemas de aplicación por su reducida duración¹¹.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas cambia esta situación al excluir determinados arrendamientos de temporada del ámbito de aplicación de la LAU. La finalidad de tal exclusión radica de acuerdo con la EM¹² de la Ley 4/2013, en que tales arrendamientos podrían estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la

⁹ En este sentido MAGRO SERVET, V.: “Interpretación del alcance de la exclusión de los arrendamientos de aprovechamiento turístico de la LAU en la Ley 4/2013, de 4 de junio”, *Revista de Derecho inmobiliario*, 1 julio 2013, p. 2: “la Jurisprudencia de forma unánime ha establecido que la duración inicialmente pactada en el mismo no califican por si misma al contrato como de vivienda o temporada. Para calificarlo como de uno u otro tipo es necesario determinar si el arrendatario necesita esa vivienda como permanente o sólo temporalmente. Si lo es temporalmente será de temporada”.

¹⁰ Precisamente es el deber de fianza el que justifica el cambio legislativo, en opinión de CARRASCO PERERA, A.: “Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de los arrendamientos de vivienda”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, pp. 120-121: “en la LAU vigente, la cesión del uso turístico de la vivienda, individualmente o a través de un canal intermediador, excluye que el contrato se califique de arrendamiento de vivienda, pero no queda excluido de la LAU, y pasa a ser considerado arrendamiento para uso distinto de vivienda, que en términos prácticos comporta que hay que pagar fianza obligatoriamente y depositarla en la caja correspondiente de las CCAA. Con el texto de la reforma, estos contratos quedan excluidos enteramente de la LAU si son comercializados por una empresa intermediaria, pero siguen siendo arrendamientos para uso distinto de vivienda si la contratación opera directamente entre particulares. Lo único que se consigue con esto es conceder “una ayuda de estado” a las empresas comercializadoras, que pueden ofrecer productos más interesantes que los meros particulares, al quedar excluidos aquéllos del deber de prestar fianza”.

¹¹ En este sentido, CRESPO ALLUÉ, F.: “Comentario al art. 36 LAU”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. por F. CRESPO ALLUÉ y V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Thomson Reuters Lex Nova, 1^a ed., Pamplona, 2014, p. 864, al comentar el ámbito de aplicación del art. 36 LAU: “ello plantea como interrogantes la inclusión de la obligatoriedad en figuras difícilmente encajables en ella, tales como los arrendamientos de temporada (sometidos a la LAU, artículo 3.2) donde el importe de la fianza podría, en algunos casos, superar a la propia renta a pagar, cuando la duración del arrendamiento (temporada de verano, por ejemplo) sea especialmente corta”.

¹² Ya en el 121/000021 Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante PLMFMAV) aparecía esta justificación en la Exposición de motivos y la modificación del art. 5, añadiéndole un apartado e), en su artículo primero, dos. BOCG Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, nº 21-1, de 7 de septiembre de 2012.

calidad de los destinos turísticos. “De ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación”¹³.

Así pues el art. 5 LAU, que regula los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de la ley, incluye un nuevo apartado e), que declara excluida la cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial. En principio tal exclusión tan sólo resulta aplicable respecto de los arrendamientos vacacionales que cumplan estos requisitos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, que no tiene en este caso eficacia retroactiva¹⁴, de acuerdo con su D. Transitoria 1º, y salvo que las partes pacten someterse a sus efectos¹⁵.

Diversos son los requisitos exigidos por el apartado e) del art. 5 LAU, para que se produzca la exclusión:

a) En primer lugar ha de tratarse de una cesión temporal del uso de una vivienda realizada de manera lucrativa. Como es sabido tal cesión durante un tiempo del uso de un inmueble a cambio de un precio sitúa al contrato en el

¹³ Muy crítico con estos argumentos se muestra CARRASCO PERERA, Á.: “Comentarios al Proyecto”, cit., pp. 120 y 121, al hablar de disparatada justificación que la EM ofrece para esta novedad. Para este autor, por la cautela que evite que se produzcan situaciones de intrusismo y competencia desleal, se expulsa estos arrendamientos del ámbito de la LAU para su regulación en la normativa sectorial, que era precisamente lo que estaba ya ocurriendo, “con el agravante que “la normativa sectorial” específica a que se refiere es un conjunto de reglamentaciones aisladas de las CCAA sobre arrendamientos turísticos, que no contienen un régimen jurídico civil”. En la misma línea GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Comentario al art. 5”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. por F. CRESPO ALLUÉ y V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Thomson Reuters Lex Nova, 1ª ed., Pamplona, 2014, p. 107. La enmienda núm. 85 (BOCG, Congreso de los diputados, X legislatura, serie A: Proyectos de Ley, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 12 de febrero de 2013, p. 65) presentada por el Grupo Parlamentario vasco (EAJ-PNV) solicitaba la supresión del art. 5 e), por entender que excluir esta modalidad del ámbito de aplicación de la Ley es incongruente con los objetivos que persigue la Ley.

¹⁴ En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El arrendamiento urbano”, en AA.VV.: *Derecho civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2015, p. 318.

¹⁵ La Disposición transitoria primera, tras la rúbrica *Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*, dispone: “Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley”.

ámbito del arrendamiento¹⁶ de cosas (art. 1543 CC) y fuera de su calificación como comodato o precario (art. 1.740 CC).

b) El bien objeto de la cesión ha de ser la totalidad (no sólo una parte, alquiler de habitación) de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato. En la medida que se utiliza el término vivienda cabe exigir que la misma tenga las condiciones necesarias para servir como tal (con instalación de luz, agua, etc.) y que, a tal efecto, le haya sido concedida cédula de habitabilidad. Además debe estar íntegramente amueblada y en condiciones de uso, esto es, con electrodomésticos, ajuar y menaje del hogar suficiente para su adecuada utilización como vivienda. Por tanto no cabe excluir el arriendo de una vivienda no amueblada o de un inmueble que no tenga la calificación de vivienda.

c) Además se exige que tal cesión temporal y onerosa haya sido ofrecida para su comercialización o promoción en canales de oferta turística, por ejemplo Airbnb. Si la invitación a contratar se realiza entre particulares mediante un cartel en el zaguán o en el balcón, continuaría siendo un arrendamiento para uso distinto del de vivienda incluíble en el art. 3 y cuyo régimen jurídico aplicable sería el contemplado en el art., 4.3 LAU¹⁷. Para que se produzca la exclusión no exige el art. 5 e) la habitualidad en la cesión onerosa del uso o la prestación de servicios turísticos, como si hacen, como veremos, tanto el RD 2877/1982 y las normas autonómicas, entre ellas la valenciana (aunque en ésta la comercialización en canales turísticos constituye una forma de habitualidad).

d) Por último, aunque no menos importante, la exclusión parece condicionarse a que esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial, que puede ser estatal o autonómica.

En efecto y desde una perspectiva exclusivamente turística, y aparentemente administrativa, el Estado reguló el arrendamiento turístico en el RD 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales. Tal y como señalaba su propio título el mencionado RD diferenciaba entre apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales.

De acuerdo con el art. 1, se configuraban como turísticos los bloques o conjuntos de apartamentos y los conjuntos de villas, chalés, bungalows y

¹⁶ ORDÁS ALONSO, M.: “Comentario al art. 5 Arrendamientos excluidos”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), Thomson Reuters Aranzadi, 6^a ed., Pamplona, 2013, p. 175, “se trata, aunque la Ley evite utilizar tal denominación de arrendamientos tanto porque carece de sentido excluir de su ámbito de aplicación algo que no se encontraría sometido al mismo, como por la necesaria finalidad lucrativa exigida por el precepto”.

¹⁷ En este sentido ORDÁS ALONSO, M.: “Comentario al art. 5”, cit., p. 175.

similares que fueran ofrecidas empresarialmente en alquiler, de modo habitual, debidamente dotados de mobiliario, instalaciones, servicios y equipo para su inmediata ocupación por motivos vacacionales o turísticos. Su régimen jurídico era el más extenso y se ubicaba en el capítulo primero. De acuerdo con el art. 2.1 los apartamentos turísticos podían ser ofrecidos para su ocupación en las modalidades de bloque (el edificio o edificios integrados por apartamentos que se ofrecieran en su totalidad bajo una sola unidad empresarial de explotación) o conjuntos. Para su apertura y funcionamiento, los apartamentos turísticos debían ser previamente clasificados por la Administración mediante reconocimiento forma de sus características y categorías. Además, el art. 3 exigía a las empresas explotadores de tales inmuebles (excepto cuando fueran las propietarias de los inmuebles o cuando fueran administradores de fincas o API colegiados) la obligación de prestar fianza para responder de la correcta prestación de los servicios concertados. En cuanto al contenido del propio contrato de arrendamiento, el art. 9 señalaba que en la publicidad o propaganda impresa de los apartamentos turísticos, deberían figurar de forma que no indujera a confusión los servicios comprendidos en la oferta de precios y la de aquellos que fueran opcionales para el cliente. Con la finalidad de delimitar las prestaciones que siempre se entendían incluidas, el art. 10 señalaba que la cesión del apartamento turístico comprendía siempre el uso y goce del mismo y de los servicios e instalaciones anejas a él así como de las comunes al bloque o conjunto en que se encontrara. De acuerdo con el apartado 2 del art. 11 se consideraban servicios comunes incluidos en el precio, las piscinas, jardines y terrazas comunes, hamacas, toldos, sillas, columpios y mobiliario propio de jardines o playas, los parques e instalaciones infantiles y los aparcamientos al aire libre no vigilados ni con plaza reservada.

En cuanto al precio, de acuerdo con el art. 14, podría ser fijado libremente por la empresa para las diversas temporadas sin más obligación que la de notificar anualmente a la administración turística, para la debida información y orientación del usuario, las tarifas máximas vigentes en cada temporada y respetarlas en su aplicación. Además prohibía que los precios fueran alterados al alza durante el transcurso del año de vigencia, y en ausencia de declaración anual, se presumía la vigencia de los del ejercicio anterior.

Además el apartado 1 del art. 11 señalaba que en el precio del mismo se incluirían siempre los siguientes servicios: suministro de agua, energía eléctrica, energía para cocina, calefacción y agua caliente, recogida de basuras, así como la entrega del alojamiento, mobiliario, instalaciones y equipos en las debidas condiciones de limpieza así como la atención al usuario durante el tiempo de duración del contrato. Además podían incluirse también en el precio, de acuerdo con el apartado 3 del propio precepto, otros servicios complementarios. Cuando éstos no se incluyeran en el precio se debería dar

publicidad a sus precios, no ser obligatoria su utilización así como dar el debido justificante de los pagos. En todo caso el art. 15 señalaba que el precio del alquiler de los alojamientos turísticos y el de los servicios ofrecidos tenían que ser aceptados por escrito por el cliente, no siendo válido pacto en contrario.

Por último y en cuanto a la duración del contrato, el art. 16 señalaba que sería el que libremente hubieran fijado por escrito las partes, sin que en ningún caso pudiera ser inferior a 3 días o superior a 45, salvo las posibles prórrogas firmadas por las partes.

Como cabe observar de lo expuesto, el RD 2877/1982 no se limitaba a regular administrativamente la actividad turística de cesión onerosa del uso (arrendamiento) de un apartamento turístico sino que se extendía también a su regulación contractual, a las obligaciones de las partes (condiciones del inmueble y del uso, precio, servicios incluidos), esto es abordaría también cuestiones civiles para las que el Estado ostenta competencia *ex* art. 149.1. 8^a CE.

Pues bien, el RD 2877/1982 fue derogado por el RD 39/2010, de 15 de enero. La razón que justificaría la derogación de la normativa estatal en favor de la de las Comunidades autónomas radica, según la EM del mencionado Real Decreto, en la entrada en vigor de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorpora al derecho español la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. La Directiva europea persigue suprimir o reducir las trabas a la prestación de servicios y parece que una doble regulación no resulta muy eficaz en este sentido.

Pero lo cierto es que esa doble regulación no siempre existe. Efectivamente la mayoría de las Comunidades Autónomas han legislado al respecto, en algunos casos con anterioridad a 2010 y, en general, su normativa presenta notables semejanzas con la incluida en el RD estatal de 1982 y, por tanto, no se limitan a regular administrativamente la actividad turística de alojamiento en apartamentos turísticos sino que también abordan la regulación contractual del contrato de cesión onerosa del uso, pero cuidando de no utilizar el término arrendamiento, conscientes de que no tienen competencia legislativa para ello¹⁸.

¹⁸ En este sentido me pronuncié, en relación a la competencia de las Comunidades autónomas sobre protección contractual de los consumidores tras la STC núm. 71/1982, hace ya mucho tiempo en MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: “La defensa de los consumidores y usuarios y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Lunes cuatro treinta. Revista de asuntos registrales*, núm. 221-222, 1997, pp. 24-42 y 23-48. Y recientemente MARTOS CALABRÚS, M. A.: “El contrato de arrendamiento...”, cit., p. 91: “hemos dicho que el legislador autonómico es incompetente para regular un tipo contractual, en

En efecto, existe regulación sectorial en Andalucía, el Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, en la Comunidad Autónoma de Aragón el Decreto 167/2013, de 22 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de los apartamentos turísticos, en Asturias el Decreto 60/1986, sobre ordenación de los apartamentos turísticos, en Baleares la Ley 2/2005, de 22 de marzo de comercialización de estancias turísticas en viviendas y la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de les Illes Balears, en Canarias el Decreto 142/2010, de 4 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad turística de alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos de Canarias, así como la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo, en Cantabria el Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en Cataluña el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña, en Euskadi el Decreto 198/2013, de 16 de abril, por el que se regulan los apartamentos turísticos, en Extremadura el Decreto 182/2012, de 7 de septiembre, por el que se establece la ordenación y clasificación de los apartamentos turísticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en Galicia el Decreto 52/2011, de 24 de marzo, por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas de la Comunidad autónoma de Galicia, en la Comunidad de Madrid el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico, en la Región de Murcia el Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales, en Navarra el Decreto foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra y, como veremos, también en la Comunidad Valenciana. Aquellas Comunidades Autónomas en las que el turismo es un sector económico relevante han sido las más rápidas en ofrecer una regulación.

No habría normativa específica sobre apartamentos turísticos en las Comunidades autónomas de Castilla León, Castilla La Mancha, en la Rioja y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

La opción de técnica legislativa adoptada por el legislador estatal es, a mi

virtud de lo establecido en el art. 149.1.8ª de la constitución, que hace reserva a favor del Estado, “en todo caso” de las “bases de las obligaciones contractuales (...)”. En cualquier caso, y es a lo que vamos, el legislador autonómico lo que no puede hacer es establecer el contenido del contrato ni crear un tipo contractual; o sea, no puede crear ni regular un contrato de alquiler de vivienda vacacional.

juicio, errónea, por cuanto supone una renuncia competencial implícita a la regulación contractual del arrendamiento vacacional. Ciertamente es que la utilización de la Ley de arrendamientos urbanos y de la figura del arrendamiento de temporada de forma masiva por los particulares suponía una suerte de fraude de ley que perjudicaba en primer lugar a la Hacienda Pública, en cuanto se producían supuestos de economía sumergida, a la competencia con otros operadores turísticos que cumplen la normativa al respecto y pagan sus impuestos, pero sobre todo al arrendatario turista que se veía privado de la posibilidad de utilizar la normativa de protección porque aquel con quien contrataba, el arrendador, no era un empresario formalmente, aunque se dedicara a alquilar de forma reiterada en el mercado y utilizando medios de difusión específicos de los empresarios pero sin someterse a los controles que aquellos soportan. Por ello parece justo que se someta a estos arrendadores a la normativa específica, y ello desde luego beneficia al arrendatario consumidor o usuario que va a poder exigir niveles superiores de calidad en la vivienda cedida y un mayor control en el cumplimiento de las condiciones contractuales además de la aplicación de toda la normativa de protección y la utilización de los medios específicos de solución de controversias como el sistema arbitral o la mediación de consumo. Y este nivel contractual protector lo ofrecen ahora muchas de las comunidades autónomas, aunque no sean formalmente competentes a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.8^a CE.

Pero el principal problema radica en que el Estado ha derogado su normativa específica en favor de las Comunidades autónomas y, en ellas no siempre existe esa normativa específica, por lo que en muchos casos nos encontramos antes supuestos de vacío legal. En los casos de carencia de Derecho autonómico cabría aplicar, tal y como apunta el art. 5 e) en su último requisito y corrobora el art. 149.3 CE, el derecho estatal como derecho supletorio, en este caso las normas sobre arrendamiento de temporada de la LAU (arrendamiento para uso distinto del de vivienda) y, en lo no dispuesto en ellas, las del arrendamiento del Código civil¹⁹.

III. SITUACIÓN EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.

El art. 31.2 de la LO 5/1982, de 1 de julio, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana de 1982, concedía competencia exclusiva a la Generalitat valenciana para legislar sobre la promoción y la ordenación del turismo en su ámbito territorial, al amparo de lo dispuesto en el art. 148.1.18 CE. Y también competencia exclusiva para la conservación,

¹⁹ Se pronuncia en este sentido BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas”, *Actualidad civil*, 5 junio 2013, p. 5.

modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano, aunque tal competencia fue interpretada de una manera restrictiva -a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.8ª y limitándola al derecho consuetudinario existente en la Comunidad a la entrada en la Constitución- por la STC 121/1992, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno frente a la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, sobre regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos²⁰.

1. Decreto 30/1993, de 8 de marzo.

En ejercicio, en principio, de la competencia en materia de Turismo, se dictó el Decreto 30/1993, de 8 de marzo del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Apartamentos turísticos, villas, chalés, bungalows y similares. El art. 1 delimitaba el objeto del Reglamento a la ordenación administrativa de las condiciones técnicas, de uso y servicios de los apartamentos turísticos ubicados en el territorio de la Comunidad valenciana, su regulación y sus modalidades de explotación, así como a las empresas dedicadas a la cesión de su uso y disfrute. Su art. 2 nos daba una definición de apartamento turístico: “los inmuebles, cualquiera que sea su configuración y características, cuyo uso se ceda, mediante precio, una o más veces durante un año para habitación ocasional de personas no residentes habitualmente en la localidad o que los ocupen con fines de vacaciones o de ocio”.

En el art. 3 describía a quienes se dedicaban en el tráfico a explotar tales bienes, las empresas explotadoras de apartamentos turísticos, esto es “las personas físicas o jurídicas, sean o no titulares de los alojamientos, que realicen de forma habitual la actividad de uso o disfrute de los mismos. Se entiende que existe habitualidad cuando se destinen al tráfico turístico bloques, tal y como estos se definen en el párrafo segundo del artículo siguiente o conjuntos cuando el agregado sea de más de cinco unidades de alojamiento”.

Pero, añadía el apartado 2º de la misma norma, no tendrían la consideración de empresas explotadoras “quienes, disponiendo de hasta cinco apartamentos, con título bastante, los cedan directamente para su uso y disfrute turístico, entendiéndose, en este caso, que destinan al tráfico turístico unidades de alojamiento turístico tal y como estas se definen en el apartado 4 del artículo siguiente”.

²⁰ Al respecto MONTES RODRÍGUEZ, Mª. P.: “Competencia legislativa de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 25, 2008, pp. 5-29, y más específicamente en relación al régimen económico matrimonial MONTES RODRÍGUEZ, Mª. P.: “Competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana para legislar sobre régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. por Mª. D. MAS BADÍA), Tecnos, Pamplona, 2010, pp. 437-470.

La idea de la habitualidad identificaba la actividad de explotación de apartamentos turísticos y su sumisión a las reglas del Decreto valenciano. Parece pues que no estaban sujetos a la aplicación del mismo, por no ser realizados por una empresa explotadora, aquellos contratos realizados por personas físicas o jurídicas que cedieran el uso de hasta 5 apartamentos con fines vacacionales. En estos casos debería aplicarse las reglas de la LAU.

Para los que sí estaban sujetos, el Decreto 30/1993 aportaba una serie de exigencias de registro de las empresas (Capítulo II arts. 5 a 12), establecía una clasificación atendiendo a sus características (Capítulo II arts. 13 a 17) o regulaba la autorización para la explotación de bloques (Capítulo IV, arts. 18 a 20). Pero lo más destacable, por lo que a nuestro análisis respecta, se encontraba en los tres últimos capítulos, V, VI y VII.

El primero de ellos se dedicaba a los servicios y precios. El primero de sus preceptos, el art. 21, intentaba regular (a semejanza del art. 8 LGDCU entonces vigente) la obligación de información en la publicidad sobre los apartamentos turísticos, y su exigibilidad por el usuario aunque sus características, condiciones y prestaciones no figuraran expresamente en el contrato celebrado. Además su apartado 2 exigía, a modo de declaración de intenciones, que los precios fueran adecuados a la calidad de los bienes y servicios y que, a falta de pacto en contrario, incluirían las reparaciones y suministros necesarios para el apartamento y elementos comunes. En cualquier caso se considerarían incluidos, (y por tanto a cuenta del arrendador) la conservación, mantenimiento y reparaciones (a semejanza del art. 21 LAU y 1.554.2 CC), la recogida de basuras desde la vía pública, suministro de agua, energía eléctrica y combustible y conserjería. También formaban parte del precio los siguientes servicios comunes, de acuerdo con el art. 22, las piscinas, jardines y terrazas comunes, parques infantiles, y todos los que las empresas expresamente ofrecieran como incluidos en el precio. Respecto de los que no se incluyeran en el precio debían anunciarse los precios.

Por su parte los arts. 23 a 25 regulaban los precios, libres en su fijación, pero debidamente comunicados anualmente. Todo servicio no incluido en el precio del alojamiento debía especificarse de forma concreta, y debe ser puesto en conocimiento del cliente. La lista de precios debía colocarse en lugar visible (cartel en la conserjería y en los apartamentos) y además se debía entregar al cliente, junto con la llave, información detallada de todos los conceptos que se debían abonar y sus precios. El art. 26 permitía al empresario exigir anticipos que no podían exceder del 25% del precio global del alojamiento, y para el supuesto de anulación de reservas, el art. 27 lo obligaba a reembolsar el anticipo pero permitiéndole retener (salvo por fuerza mayor del cliente), en concepto de indemnización el 10% si se anulaba

con más de 30 días, el 50% entre 7 y 30 días y el 100% con menos de 7 días. Si no se ocupaba en las 48 horas siguientes al día fijado, se cesaba en la obligación de reserva con pérdida del anticipo pagado. También cabía la exigencia de un depósito o fianza de no más de 25.000 ptas. para responder de pérdida o deterioro (art. 29).

El Capítulo VI estaba dedicado a la ocupación y uso de los apartamentos que, en principio, sería el fijado en la publicidad o el contrato y, en lo no dispuesto, comenzaría a las 17 horas del primer día contratado y finalizaría a las 10 horas del último, transcurrido el cual se deberá desalojar el apartamento (arts. 30 y 31). Además, de acuerdo con el art. 32, quedaba prohibido a los clientes introducir muebles o realizar obras o reparaciones sin autorización escrita, alojar a más personas de su capacidad máxima, dedicar el alojamiento a fines diversos e introducir animales o sustancias explosivas, inflamables o realizar actividades molestas o contrarias a la convivencia, higiene u orden público.

Por último el Capítulo VII dedicaba sus reglas a la responsabilidad por el incumplimiento de las prescripciones contempladas en el Decreto y al régimen de sanciones.

Como puede comprobarse el contenido del Decreto valenciano era muy semejante al del RD 2887/1982 del Estado. E igualmente incluía reglas que no sólo regulaban la actividad administrativa de control de la actividad turística de cesión onerosa del uso de apartamentos turísticos sino también el contenido de dicho contrato, incluyendo los derechos y deberes de las partes, aunque sin utilizar la denominación de arrendamiento. Y la Comunidad valenciana no ostentaba competencia para ello, a tenor de lo dispuesto en la STC 121/1992. Pero el Decreto no fue objeto de recurso alguno ante el TC. Y otras comunidades autónomas se unieron a ella dictando normas semejantes al amparo de su competencia en materia de turismo incluso careciendo formalmente de competencia en materia de Derecho civil.

2. Decreto 92/2009, de 3 de julio.

Más adelante el Parlamento Valenciano abordó la regulación normativa general de la actividad turística en el territorio de la Comunidad autónoma al dictar la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de Turismo de la Comunidad Valenciana. El art. 2 delimita su ámbito de aplicación al territorio de la CV tanto a las personas físicas o jurídicas que realicen una actividad turística en la C. Valenciana y a los establecimientos turísticos.

En el año 2006, se modificó el Estatuto de autonomía valenciana por Ley

Orgánica 1/2006, de 10 de abril, cuyo art. 55 modificó el Título IV, y el art. 49, en cuyo apartado 1.2º se atribuyó competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil foral valenciano y en el 12º competencia exclusiva a la CCAA Valenciana en Turismo.

En ejercicio de esta última competencia y en desarrollo de la Ley 3/1998, se dictó el Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que se aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial. La primera observación que cabe hacer a esta nueva regulación que pretende mejorar lo dispuesto en el Decreto 30/1993 es que no lo deroga formalmente.

En efecto, en su Preámbulo se alude al mencionado Decreto, que a juicio del legislador valenciano perseguía un doble objetivo: garantizar la calidad de sus instalaciones y de los servicios prestados e intentar disminuir el número de apartamentos turísticos que escapaban al control de la administración. Pues bien, como reconoce el mismo Preámbulo, “si bien el primero de los objetivos está notablemente cumplido, el segundo no se ha conseguido, en su totalidad, por múltiples razones: La primera, de puro concepto. La definición de los apartamentos contenida en la normativa hasta hoy vigente no introducía notas que claramente definiesen y singularizasen estos inmuebles respecto de las viviendas arrendadas por temporada de conformidad con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Siendo así, no todo inmueble cedido mediante precio una o más veces al año para la habitación ocasional de personas, aun cuando su fin fuese vacacional o de ocio, debía ser turístico. Las notas subjetivas que definían al apartamento turístico, haciendo referencia a la temporalidad y a los fines que motivaban su uso, franqueaban el paso de estos inmuebles a la Ley de Arrendamientos Urbanos, donde bajo sus auspicios encontraban acomodo todo tipo de alquileres, turísticos o no.

En segundo lugar, la irrupción de nuevas y rápidas formas de comercialización, directas y sin intermediarios, y en especial a través de las técnicas de la sociedad de la información -internet-. La oferta inmobiliaria a través de la red es muy vasta. Disponiendo de un terminal con conexión a la red un usuario medio puede tanto arrendar una vivienda como ofertarla en arrendamiento, sin que en ningún momento intervenga un tercero, público o privado, en la transacción. Esta inmediatez en la contratación, esta aparente facilidad, no va acompañada en todos los casos, y como sería deseable, de un excelente servicio, de una óptima dotación de los inmuebles, ni de unas mínimas garantías para los usuarios, al tiempo que facilita la elusión de las normas, tanto turísticas como de otra índole, y dificulta la investigación de las

infracciones administrativas que pudieran cometerse.

Ante esta situación, esta norma se dirige a paliar, en la medida de lo posible, las disfunciones descritas, además de orientarse hacia las siguientes metas: 1. Potenciar la calidad de los establecimientos. 2. Contribuir a la profesionalización del sector, instituyendo como piedra angular de la comercialización a las empresas gestoras de viviendas turísticas. 3. Incidir en el modo en que se efectúa la publicidad de las viviendas y en los derechos y obligaciones que incumben a las partes. Expresamente se indica que la publicidad deberá ajustarse a las exigencias de veracidad, objetividad y buena fe, haciendo especial énfasis en aquella que se efectúa por internet. 4. Clarificar la responsabilidad de empresas, personas físicas o jurídicas y entidades que gestionen viviendas turísticas y establecer una lista no exhaustiva de causas de resolución del contrato de alojamiento turístico. Con esos objetivos se ordenan las viviendas turísticas denominadas apartamentos turísticos -que no deben confundirse con las que integran un bloque o conjunto de apartamentos, cuya regulación se aborda en el Decreto 91/2009, de 3 de julio, del Consell, así como sus empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, que se dediquen a la cesión de su uso y disfrute. Ambos conceptos, viviendas y empresas gestoras, se abordan, respectivamente, en los artículos 2 y 4 de esta norma”.

En el artículo único del Decreto 92/2009 se aprueba el Reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas Apartamentos, Villas, Chalés, Bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, cuyo texto se incluye en el anexo.

Dentro del mismo y en su Capítulo I, el art. 1 delimita su ámbito de aplicación: El presente reglamento tiene por objeto la ordenación turística de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, que, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, se dediquen a la cesión de su uso y disfrute.

El Decreto no denomina en su art. 1 arrendamiento al contrato a realizar y, a lo largo del mismo, se utiliza la expresión contrato de alojamiento turístico (art. 18), aunque es evidente que estamos ante el arrendamiento de cosa (inmueble urbano) regulado por el CC y descrito en él en el art. 1.543: en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Por ello, en lo no dispuesto en el mismo, creo aplicables en todo caso y con carácter supletorio, las normas contempladas en los art. 1546 y ss CC.

Por su parte el art. 2 define el objeto del contrato, que entiende por vivienda turística. Como podemos comprobar la denominación cambia, ya no es un apartamento turístico sino una vivienda turística que podrá ser apartamento, villa, chalé, bungalow o similar. Se amplía pues su ámbito objetivo de aplicación.

Su tenor literal afirma: “1. Se consideran viviendas turísticas los inmuebles, cualquiera que sea su tipología, cuyo uso se ceda mediante precio, con habitualidad, en condiciones de inmediata disponibilidad, y con fines turísticos, vacacionales o de ocio. 2. Se considerará que existe habitualidad cuando se de alguna de las siguientes circunstancias respecto del inmueble:

- a) Sea cedido para su uso turístico por empresas gestoras de viviendas turísticas.
- b) Sea puesto a disposición de los usuarios turísticos por sus propietarios o titulares, con independencia de cuál sea el periodo de tiempo contratado y siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera.
- c) Cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido Internet u otros sistemas de nuevas tecnologías”.

De acuerdo con el Preámbulo del propio Decreto 92/2009, el concepto de vivienda turística se compone de las siguientes notas: cesión onerosa, habitualidad, inmediata disponibilidad y finalidad vacacional o de ocio. A ellas habría que añadir el cumplimiento, según la categoría en la que pretenda clasificarse la vivienda, superior, primera o estándar, de una serie de requisitos que se fijan en el anexo. De entre todas las notas que definen a la vivienda turística, la habitualidad es la más importante al anunciar su carácter vocacional turístico. El concepto es sencillo de concebir por contraposición a aquellos otros arrendamientos de vivienda que, aun de temporada, son percibidos como meramente coyunturales y en los que no se prestan, necesariamente, servicios adicionales distintos del puro y estricto alojamiento. A los efectos de esta norma existirá habitualidad, esto es, la vivienda tendrá vocación turística, cuando, alternativamente, se dé alguna de las siguientes circunstancias respecto del inmueble: cuando sea cedido por empresas gestoras -esto es tanto como decir que sea cedida por los profesionales del sector -; cuando, sin ser empresa quien ceda el uso, se presten en la vivienda servicios propios de la industria hostelera -esta característica, además de indiciaria de profesionalidad, incorpora un concepto acuñado y ampliamente utilizado en la legislación tributaria- y, finalmente, cuando se utilicen canales de comercialización turística.

Por primera vez, y para su deslinde de figuras afines, la norma recoge un ámbito de aplicación objetivo referido exclusivamente al inmueble. Mediante las exclusiones que se operan en la norma se pretende, en un caso, acotar el objeto de regulación y, en otros, además de señalar la proximidad de dichas figuras con la que en este decreto se regula, poner de relevancia la normativa que les es aplicable.

El art. 3, en su apartado a) exceptúa del ámbito de aplicación objetivo de esta norma, las viviendas que se arrienden por temporada según lo establecido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y en la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de Vivienda de la Comunitat Valenciana, siempre que el arrendador no se comprometa a prestar servicios propios de la industria hostelera al arrendatario ni el alojamiento se comercialice turísticamente, pues en tales casos el inmueble y la persona que efectivamente lo gestione deberá cumplir las prescripciones de este decreto. Se consideran propios de la industria hostelera servicios como los de limpieza de inmuebles, cambio de lencería, custodia de maletas, lavandería, reparaciones y mantenimiento y similares, aunque no cabe olvidar que tanto en el C.C., art. 1554.2 como en la LAU, arts. 21 y 30 el arrendador está obligado a reparar y conservar el inmueble arrendado.

Hay que tener presente que el Decreto Valenciano se dicta en 2009, con anterioridad a la derogación de la normativa sectorial estatal en 2010 y de la entrada en vigor de la Ley 4/2013 que introduce la exclusión en el apartado e) del art. 5 LAU.

Se aprecian no obstante diferencias entre ambos preceptos, pues en el art. 3, a) del Decreto 92/2009 se exige para la remisión a la LAU tanto que no se presten servicios propios de la industria hotelera como la no comercialización en canales de oferta turística, mientras que el art. 5 e) de la LAU tan sólo exige la publicitación en canales profesionales de la oferta contractual y no menciona la prestación de servicios hoteleros, probablemente porque la reparación se ha de realizar de acuerdo con sus propias reglas.

Además, el art. 3 Decreto 92/2009, en su apartado 2º y en su art. 4 delimita su ámbito de aplicación desde un punto de vista subjetivo.

En efecto el art. 3.2 señala que quedan fuera del ámbito de aplicación subjetivo de esta norma, en cuanto a la obligación de comunicar la dedicación al uso turístico de la vivienda y las modificaciones que en ella se produzcan, quienes con título bastante cedan directamente una sola vivienda turística, salvo que voluntariamente soliciten su clasificación turística. Se entenderá que se ceden directamente cuando sean puestas a disposición del

usuario por el propietario o titular. En el mismo sentido el art. 8º 2, dedicado a la obligación de comunicación al uso turístico de las viviendas turísticas dispone: “la obligación a la que se refiere el apartado anterior será potestativa para quienes con título bastante cedan directamente una sola vivienda turística. No obstante y en cualquier caso, la vivienda deberá cumplir los requisitos que este decreto exige, al menos, para la categoría estándar, y estará sujeta al resto de prescripciones de esta norma”.

Por su parte, el art. 4 define a las empresas gestoras de viviendas turísticas. Se consideran empresas gestoras de viviendas turísticas las personas jurídicas o físicas cuya actividad profesional, principal o no, consista en la cesión a título oneroso del uso y disfrute de, al menos, cinco viviendas turísticas, con independencia de su ubicación o no en un mismo edificio o complejo y de cuál sea el título que les habilite para hacerlo.

De lo expuesto por ambos preceptos y de la explicación aportada por el preámbulo, parece deducirse que en función del número de viviendas turísticas que se cedan para su uso turístico (en las condiciones del art. 2) por su propietario (que en principio no habría de revestir el carácter de empresa gestora), las obligaciones impuestas por el Decreto serán diferentes.

Si sólo se cede una vivienda turística para su uso con tales fines, en las condiciones del art. 2, el propietario no estará obligado a comunicar tal uso, y por lo tanto no se inscribirá la vivienda en el registro ni se la clasificará por la administración. En cualquier caso puede hacerlo si lo desea y se le sometería todas las obligaciones que después analizaremos

No obstante, la no comunicación no impide que a ese arrendamiento de vivienda turística se le aplique el Decreto valenciano, aunque de una manera limitada.

En efecto, de lo dispuesto en los arts. 3.2 y 8.2 se derivarían las siguientes obligaciones:

- a) Si en la cesión del uso de la única vivienda turística se utiliza publicidad (y en ello se incluirían los canales de oferta por internet), el art. 10.4 dispone que quienes, en el ejercicio de la facultad prevista en el art. 8.2, hayan optado por no comunicar la dedicación al uso turístico de las viviendas turísticas que cedan, deberán hacer constar esta circunstancia expresamente.
- b) Además el art. 8.2 señala que la vivienda estará obligada a cumplir los requisitos que se exigen para las viviendas turísticas clasificadas en la categoría estándar, la más baja de acuerdo con el art. 12, e incluidas en el anexo.

c) Y el contrato de arrendamiento deberá, además, cumplir el resto de obligaciones incluidas en la norma, sobre precio, entrega, publicidad, ya demás como veremos los que regula el Código civil sobre arrendamiento de finca urbana.

Si por el contrario, el propietario cediera dos o más viviendas turísticas y, desde luego, si reúne las características de la empresa gestora a las que alude el art. 4, se deberá comunicar el inicio de la actividad, la inscripción en el Registro de empresas gestoras y su correspondiente clasificación turística.

En efecto el art. 5 señala que el ejercicio de la actividad de cesión del uso y disfrute de viviendas turísticas por parte de las empresas definidas en el art. 4 requerirá, con carácter preceptivo, su comunicación a la administración Turística. Además, el art. 8.1 señala que las viviendas turísticas obtendrán la inscripción en el Registro mediante la comunicación del interesado acerca de su dedicación al uso turístico, realizada en impreso normalizado y dirigida al Servicio Territorial de Turismo de la provincia donde éstas radiquen, indicando su dirección, número de plazas y cuantos requisitos sean necesarios para su clasificación. La citada comunicación será preceptiva para el ejercicio de la actividad y contendrá una declaración responsable del interesado en la que expresamente dejará constancia de la disponibilidad del inmueble y de que en la vivienda concurren los requisitos exigidos por este decreto para su clasificación en la categoría solicitada. Además, cuando así resulte preceptiva en virtud de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de Vivienda de la Comunitat Valenciana, o norma que la sustituya, el interesado acompañará la licencia de primera ocupación.

En ninguno de los dos preceptos se dice nada de si estarán obligados también quienes como propietarios, personas físicas cedan en arrendamiento entre 2 y 4 apartamentos, pero interpretando a contrario lo dispuesto en los arts. 3.2 y el apartado 2 del propio art. 8, donde se señala que esta obligación tan sólo es potestativa para quienes con título bastante cedan directamente una sola vivienda turística, cabe responder afirmativamente a tal cuestión. Sobre todo si tenemos presente lo dispuesto en el apartado 3 del art. 10: “la publicidad que se efectúe de las viviendas turísticas inscritas gestionadas directamente por sus propietarios o titulares deberá incluir, obligatoriamente, los números de registro de las citadas viviendas y sus categorías”.

El art. 6 dispone como debe solicitarse la inscripción y sus efectos:

“1. El inicio de la actividad de la empresa gestora se comunicará, mediante impreso normalizado y a los efectos de su inscripción en el Registro General de Empresas, Establecimientos y Profesiones Turísticas de la Comunitat Valenciana -en adelante, el Registro-, al Servicio Territorial de Turismo de la

provincia donde esté ubicado el mayor número de viviendas turísticas, adjuntando la siguiente documentación:

a) Documento acreditativo de la personalidad física o jurídica del solicitante. Si se tratase de una persona física, se aportará copia del Documento Nacional de Identidad. En el supuesto de personas jurídicas, se acompañará copia de su documento de constitución, debidamente inscrito, y su código de identificación fiscal.

b) Declaración responsable acerca de:

1º. La disponibilidad de un local u oficina de atención al público.

2º. Que ostenta la disponibilidad de las viviendas turísticas que se gestionan y que éstas cumplen cuantos requisitos establece este decreto para su clasificación en la categoría declarada. Deberá efectuarse una relación indicando la dirección completa de cada una de ellas y su número de plazas.

2. La declaración responsable junto con la relación de viviendas efectuada y, en su caso, la licencia de primera ocupación de las mismas, servirá de comunicación a la administración de su dedicación al uso turístico

3. Cuando se trate de agentes de la propiedad inmobiliaria, de agencias de viajes o administradores de fincas, bastará que acompañen a la comunicación la declaración responsable que contenga la relación de viviendas y, en su caso, la documentación sobre las mismas citada anteriormente. Todo ello sin perjuicio de las atribuciones que les correspondan de acuerdo con sus normas reguladoras.

4. Efectuada la comunicación, el Servicio Territorial de Turismo competente asignará a la empresa el número de registro correspondiente e inscribirá en el Registro a ésta y a las viviendas que se gestionen, según lo comunicado, notificándoselo al interesado. Posteriormente dicho órgano efectuará cuantas comprobaciones resulten pertinentes”.

Además, tal y como señala el art. 13. 1, efectuada la comunicación a la que se refiere el artículo 8 de este Decreto, el Servicio Territorial de Turismo de la provincia en que se ubique la vivienda la clasificará turísticamente e inscribirá en el registro, de conformidad con lo declarado. A tal efecto, entregará al titular un documento que acredite la inscripción. Posteriormente dicho órgano efectuará cuantas comprobaciones resulten pertinentes.

En su ordinal 2º, la inexactitud o falsedad de los datos declarados, la indisponibilidad de la documentación preceptiva o el incumplimiento en las

viviendas turísticas de los requisitos técnicos generales y específicos exigidos en este decreto para su clasificación, sin perjuicio de las responsabilidades a que pudieran dar lugar en el ámbito disciplinario, podrán comportar, previa audiencia al interesado, la baja de la vivienda en el registro, con la consiguiente pérdida de su clasificación turística. Las mismas consecuencias podrán comportar no iniciar la actividad en el plazo de dos meses, contados desde el día de la comunicación efectuada.

De acuerdo con el art. 12 del Decreto 29/2009, las viviendas turísticas se clasificarán en las categorías superior, primera y estándar, cuyas características exigibles constan en el anexo del propio Reglamento. El apartado 3 del propio precepto señala que las instalaciones y servicios de las deberán mantenerse, en todo momento, con las condiciones y requisitos y calidades determinantes de su clasificación y categoría y exhibirán, de acuerdo con el art. 15, a su entrada, interior o exterior, el distintivo correspondiente.

2.1. Publicidad.

El art. 10 dispone en su apartado 1 que la publicidad, oferta y gestión de las viviendas turísticas se ajustará a las exigencias de veracidad, objetividad y buena fe, proporcionando al cliente o usuario información suficiente sobre las características de aquéllas, las condiciones de uso y las prestaciones que comprenden los servicios contratados; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto por las normas vigentes sobre publicidad y defensa del consumidor y del usuario. En él se impone a los propietarios de viviendas que utilicen la publicidad como instrumento para dar a conocer su oferta un doble deber, de veracidad sobre lo afirmado y de información sobre las características del mismo, su número de registro (apartados 2 y 3) o la no obligación de inscripción (apartado 4.). El cumplimiento de este deber será objeto de especial vigilancia, señala el apartado 5, cuando la publicidad se efectúe a través de los servicios de la sociedad de la información (páginas web de la empresa o portales de oferta turística).

Y desde luego a tales afirmaciones publicitarias cabe aplicarles lo dispuesto en el art. 61 TRLGDCU.

2.2. Entrega de los alojamientos y obligación de conservación. Depósito.

El art. 9 establece, respecto del inmueble objeto del arrendamiento, la vivienda turística, diferentes obligaciones tanto para arrendador como para arrendatario, coherentes en gran medida con las que establece el CC al regular el arrendamiento de cosas.

En cuanto al arrendador la primera de las obligaciones es la de entrega, tal y

como señala el art. 1.554.1 CC, e impone el apartado 2 del art. 9 Decreto 92/2009: “Las viviendas turísticas se pondrán a disposición de los usuarios en condiciones adecuadas de conservación, limpieza y prestación de servicios desde el día fijado para su ocupación, con suministros e instalaciones en funcionamiento”. En cuanto al momento en que se ha de realizar la entrega, el art. 16. 1 señala que en defecto de especificación expresa de hora de inicio, se entenderá que el derecho de ocupación del alojamiento comienza a las 17 horas del primer día de estancia.

Además, la obligación de entrega para su uso, pues en eso consiste el arrendamiento, en la cesión del mismo, ha de realizarse en condiciones adecuadas de conservación.

Ello implica una segunda obligación para el arrendador, previa y posterior al contrato que es conservar el inmueble en las circunstancias anunciadas y propias de su clasificación. Esta obligación también aparece en el CC en el art. 1.554.2 y en los arts. 30 y 21 LAU para el arrendamiento de temporada. El apartado 1 del art. 9 dispone al respecto que los propietarios, titulares o empresas gestoras de viviendas turísticas, inscritas o no, deberán mantener los alojamientos que cedan turísticamente en perfecto estado de habitabilidad, en concordancia con su categoría y con la descripción hecha a la administración Turística.

Pero no son los arrendadores los únicos obligados a conservar la vivienda turística porque también el arrendatario lo está, de acuerdo con el art. 1.555.2 CC, usándola con la diligencia de un buen padre de familia, y del apartado 3 del art. 9 Decreto 92/2009: “Por su parte, los usuarios respetarán las instalaciones, tanto de las viviendas turísticas como de los elementos comunes del edificio en el que se ubiquen, restituyéndolas a su propietario, titular o empresa gestora en su estado original”.

En efecto el arrendatario está obligado, tal y como también señala el art. 1.561 CC a devolver la vivienda turística en su estado original, sin menoscabos que, de acuerdo con el CC no se deban a supuestos calificables como caso fortuito o al deterioro producido por el mero paso del tiempo. Por tanto responderá por todos los daños que en el mismo se deriven por causa imputable a él o a quienes le acompañen en el arrendamiento (arts. 1.562 a 1.564 CC).

Con la finalidad de poder reparar los mismos, el art. 17 Decreto 92/2009 permite al arrendador exigir un depósito de una cantidad para efectuar tales reparaciones y que, salvo pacto en contrario, no podrá exceder de 250 euros. Tal depósito es semejante a la fianza regulada por la LAU en el art. 36, pero aparece limitada en la cuantía lo que resulta especialmente adecuado en

contratos de duración temporal muy limitada como los contemplados en el Decreto 92/2009.

Además el art. 17 dispone que se hará constar dicha opción de exigir un depósito en el momento de formalizar el contrato entre el usuario turístico y el cedente. Dicho depósito responderá también por el incremento del número de ocupantes, en el caso de que el alojamiento sea ocupado de hecho por más personas de las permitidas para el mismo, según el precio estipulado con el cedente y sin perjuicio de su facultad para resolver el contrato. Conforme a lo pactado en el contrato y a su término, y una vez desocupado el alojamiento, dicha fianza se reintegrará al cliente, previas las deducciones que, en su caso, procedan, y que servirían para reparar los daños causados en el inmueble por causa imputable al usuario.

En cuanto al momento de la devolución el art. 16.1 señala que el derecho la ocupación del alojamiento termina a las 10 horas del día en que esta finalice, salvo especificación expresa diversa.

2.3. Precio.

El art. 16.1 remite en cuanto al régimen jurídico aplicable a los precios del arrendamiento de vivienda turística, a lo dispuesto en el Decreto 19/1997, de 11 de febrero, excepto en lo relativo a la duración de los servicios contratados, a los que dedica los tres restantes apartados:

“2. Los precios serán adecuados a la calidad de los bienes y servicios, incluirán cuantos impuestos resulten aplicables de conformidad con lo dispuesto por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y, a falta de especificación expresa o pacto en contrario, deberán comprender las reparaciones y suministros necesarios para la utilización de la vivienda turística con arreglo a su destino, incluyendo la de los elementos comunes y accesorios de los inmuebles. La utilización de estos elementos se sujetará a las normas de uso de la comunidad de propietarios.

En particular, se entenderán comprendidos en el precio los siguientes servicios, instalaciones y suministros:

- a) Conservación, mantenimiento y reparaciones, a excepción de las que excedan del uso normal y diligente.
- b) Recogida de basuras desde la vía pública o recinto especialmente destinado a su depósito.

- c) Suministro de agua.
- d) Energía eléctrica y combustible.
- e) Piscinas, jardines, solanas y terrazas comunes, con los elementos que les sean propios.
- f) Parques infantiles.
- g) Gastos de comunidad de propietarios.

3. Los propietarios, titulares o empresas gestoras de viviendas turísticas podrán ofrecer a los clientes, como comprendidos en el precio, cuantos servicios complementarios estimen oportunos.

4. Cuando se presten otros servicios complementarios no incluidos en el precio de la vivienda, se les dará la debida publicidad”.

2.4. Resolución del contrato de arrendamiento turístico.

El art. 18 establece de manera no exhaustiva (cabe pactar otras diferentes) una serie de conductas prohibidas para los usuarios arrendatarios, cuya comisión confiere al arrendador una facultad de resolución del contrato (art. 1124 CC), previa advertencia entre las partes.

En efecto, sus apartados 1 y 2 disponen:

“1. En todo caso, queda prohibido a los clientes:

- a) La utilización habitual de la vivienda turística y/o la pernocta en la misma de un número de usuarios superior al de la capacidad máxima del alojamiento o, en su caso, de la que se hubiese fijado en el contrato.
- b) La cesión a terceros del uso de la vivienda turística.
- c) Realizar cualquier actividad que entre en contradicción con los usos de convivencia, higiene y orden público habituales, o que impida el normal descanso de otros usuarios del inmueble.

2. Asimismo queda prohibida la presencia simultánea de usuarios turísticos en un mismo alojamiento y periodo como consecuencia de la celebración de distintos contratos, aun cuando ocupen habitaciones diferentes”.

IV. CONCLUSIONES.

De nuevo y a semejanza de lo que hacía el Decreto de 1993 e incluso más allá, el Decreto valenciano 92/2009 no sólo aborda la regulación

administrativa de la actividad turística de cesión onerosa del uso de viviendas turísticas sino también acomete las reglas contractuales, estableciendo de manera precisa derechos y obligaciones de las partes no sólo frente a la Administración sino entre sí. Y lo hace en principio sin tener competencia para ello, a pesar de lo que diga el art. 49.1. 2º EA, pues no había sobre la materia (arrendamiento de cosa) derecho foral que conservar, modificar o desarrollar.

Pero la criticable renuncia del Estado sobre su competencia en esta materia, concretada no únicamente en la derogación de las normas turísticas con el RD 2010, sino también en el art. 5 e) LAU, tras la Ley 3/2014 cambia la situación no sólo de la Comunidad Valenciana sino de todas aquellas que han asumido competencia en materia de Turismo y han legislado sobre la cuestión que aquí nos aborda. Y, desde luego, la aplicación de la normativa autonómica puede suponer una elevación del nivel de calidad en la prestación de estos contratos turísticos en la medida en que no sólo mejora la competencia en el sector y ayuda a recaudar impuestos en tiempos de crisis económica sino que supone además una aumento del nivel de protección del arrendatario turista que va a disponer no sólo de la normativa sectorial autonómica sino también de toda la demás legislación estatal de protección de los consumidores y usuarios (TRLGDCU).

ÍNDICE

PROPRIEDADE INTELECTUAL EM BIOTECNOLOGIA: UM BREVE
DIÁLOGO ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A
BIOTECNOLOGIA EM FACE DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

INTELLECTUAL PROPERTY IN BIOTECHNOLOGY: A BRIEF
DIALOGUE ABOUT RELATION BETWEEN THE LAW AND THE
BIOTECHNOLOGY IN THE FACE OF TECHNOLOGICAL
INNOVATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 226 - 240.

Fecha entrega: 27/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

PEDRO ACCIOLY DE SÁ PEIXOTO NETO
Advogado/Professor Adjunto
Universidade Federal de Alagoas (UFAL/Brasil)
peaccioly@gmail.com

RESUMO: As inovações tecnológicas são de grande importância para a valorização da biodiversidade, transformando-a em ativos estratégicos de alto valor agregado. Assim, este artigo irá analisar a propriedade intelectual em biotecnologia como um grande campo de interface entre o direito com a biotecnologia. Será demonstrada a sua complexidade e importância para o desenvolvimento de novas tecnologias, o que só é possível, de forma satisfatória, quando o direito usa um diálogo com a biotecnologia, permitindo contribuir no campo institucional para trazer mais segurança jurídica, promoção e valorização de ativos da biodiversidade, sempre pautados pelas lentes da interdisciplinaridade para a promoção de inovações tecnológicas.

PALAVRAS-CHAVE: biotecnologia; direito; propriedade intelectual.

ABSTRACT: Technological innovations are of great importance to the biodiversity appreciation, transforming these into strategic assets with high added value. Thus, this article will analyze the intellectual property in biotechnology as a great interface field between law with the biotechnology. It will be demonstrated its complexity and importance to the development of new technologies, which is only possible in a satisfactory way when the law uses a dialogue with the biotechnology, allowing contribute in the institutional field to bring more legal certainty, promotion and enhancement of assets of the biodiversity, always grounded in the lenses of interdisciplinarity for the promotion of technological innovations..

KEY WORDS: biotechnology; law; intellectual property.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO.- II. A BIOTECNOLOGIA E O DIREITO.- III. DESAFIOS DO DIREITO DIANTE DA BIOTECNOLOGIA.- IV. OS DESAFIOS DA TUTELA JURÍDICA DAS BIOTECNOLOGIAS.- V. A RELAÇÃO JURÍDICA UNIVERSIDADE/EMPRESA PARA A PROMOÇÃO DAS INOVAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS.- VI. O INSTITUTO JURÍDICO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E SUAS REPERCUSSÕES PARA O DIÁLOGO ENTRE BIOTECNOLOGIA E DIREITO.- VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO.

A geração de novos produtos e/ou processos representa, para as sociedades da Pós-Modernidade, elemento essencial no processo de formação de riqueza e fortalecimento das empresas de base tecnológica, especialmente na moderna e desafiadora área das inovações ligadas à biodiversidade animal, vegetal ou microbiana. É nessa seara que emerge o inovador campo de forte natureza interdisciplinar entre o direito e a biotecnologia, a que pode ser chamado de propriedade intelectual em biotecnologia, que perpassa pela utilização de todo um conjunto de princípios jurídicos específicos do direito da propriedade industrial, arcabouço legislativo estruturante, sendo alguns de sede constitucional, outros de estatura infraconstitucional e até, de certa maneira, fundados em cláusulas contratuais, como as de sigilo, exclusividade de comercialização, dentre outras.

Desse modo, porque, então, é importante estudar a propriedade intelectual em biotecnologia? A resposta é bastante simples, tendo em vista que a tutela jurídica dos inventos de natureza biotecnológica, na Pós-Modernidade, é uma realidade complexa e que para o direito poder atuar deve, necessariamente, adentrar no campo da interdisciplinariedade –trazendo ferramental de outros campos da ciência que com ele essencialmente, nesta matéria, interagem com força– para permitir que ocorra um maior esclarecimento dos efeitos que tais medidas trazem para o desenvolvimento econômico e tecnológico de um país, incluindo aí, por exemplo, as ciências agrárias para a biotecnologia aplicada na agricultura. O que implica sempre, dentro de uma lógica ligada ao corte epistemológico, que este seja realizado no objeto alvo desta biotecnologia e isso não significa que não seja possível ampliar o foco a ser iluminado por meio de uma interação com outras esferas que com o fenômeno estejam relacionados.

Também, numa sociedade complexa do conhecimento podem surgir momentos em que dúvidas plausíveis, sobre o correto emprego de determinadas tecnologias, apareçam e devam ser tratadas no campo jurídico

por meio de um olhar interdisciplinar, o que faz surgir, por exemplo, debates sobre o papel do Estado no processo de regulação destas biotecnologias, tendo em vista que novas tecnologias podem impactar a vida dos indivíduos e até, quiçá, comprometer bens jurídicos da maior importância para as gerações presentes e/ou futuras, o que é mais gravoso quando envolve questões ambientais, de segurança alimentar e do direito de propriedade com função social.

Assim é que o presente trabalho irá fazer uma breve análise acerca da propriedade intelectual em biotecnologia, com especial foco ao liame entre o direito e a biotecnologia para promoção das inovações tecnológicas, procurando demonstrar que as estruturas jurídicas de análise somente podem atender a um campo tão complexo de estudo quando estão devidamente munidas de lentes principiológicas, especificamente conformadas para este fim. O presente trabalho iniciará com a análise da propriedade intelectual em biotecnologia, em face do papel do direito nesta seara, seguindo-se de suas repercussões, até adentrar em três campos específicos e de grande importância na atualidade, especialmente relacionados com a realidade brasileira: as patentes, a tutela de cultivares e a relação universidade/empresa, cujos disciplinamentos legais repercutem de modo expressivo em duas esferas importantíssimas do interesse público: o interesse social e a essência do desenvolvimento tecnológico e econômico de uma sociedade da Pós-Modernidade globalizada.

II. A BIOTECNOLOGIA E O DIREITO.

O grande desenvolvimento biotecnológico acaba por gerar o surgimento de certas especificidades, as quais exigem uma compreensão mais integrada com outras áreas científicas. Isso exige um diálogo maior entre o direito e outros ramos científicos para além dos tradicionais campos das humanidades –já presente na interface entre o direito e a economia, na tradicional vertente da análise econômica do direito–, na direção de uma melhor compreensão do papel das ciências jurídicas diante das incertezas ou mesmo de um risco aceitável, por exemplo, no sistema jurídico-ambiental, numa sociedade tecnológica e muito complexa, que pode ser facilitado por meio de uma visão fundada em valores indisponíveis do interesse público para as gerações futuras.

Ocorre que essa análise é muito valorada por novos ramos do direito, a exemplo do biodireito, que enfrenta significativos desafios no século XXI e apresenta contornos bastante inovadores e ainda em construção. Por sua vez poderá ser bem elucidada a contribuição do biodireito a partir da seguinte definição doutrinária: “(...) em sentido amplo, um novo ramo da ciência

jurídica, que surge em razão dos poderes alcançados pela biociência, pela medicina genética, pela bioengenharia, entre outras áreas do conhecimento humano que permitem a manipulação de patrimônio genético, e que tem por fim estabelecer as normas e os princípios relacionados à origem, ao desenvolvimento e ao término da vida humana”¹.

Também, aqui, deve-se enfatizar que no campo das biotecnologias, existe uma grande capacidade de geração de riqueza e renda, o que pode ser bem evidenciado em setores relacionados ao desenvolvimento de medicamentos e para o aumento da produção de alimentos sustentáveis.

Entretanto, a grande complexidade dos avanços biotecnológicos das últimas décadas exige do direito, em especial do direito ambiental –que trabalha com um dos bens mais preciosos para a sociedade, qual seja: o meio ambiente sadio para as gerações presentes e futuras– a contínua busca das balizas do desenvolvimento sustentável.

III. DESAFIOS DO DIREITO DIANTE DA BIOTECNOLOGIA.

O Direito, como um ramo científico autônomo, deve ser capaz de dialogar com outros campos científicos, é claro dentro das limitações metodológicas de suas ferramentas e instrumentos, mas sempre aberto para interagir com outros campos da ciência que com ele possam se cruzar, trazendo sempre uma resposta à sociedade sedenta de soluções adequadas para seus anseios, principalmente em matérias relacionadas com as biotecnologias, que muito têm avançado e geram sempre debates ético-jurídicos profundos, por suas graves repercussões para o interesse da sociedade.

Isso exige do Direito uma maior integração com outros campos, diante da complexidade de determinadas questões muito atuais, cujas soluções normativas e interpretativas do direito, no caso concreto, não são de fácil resolução, mas imprescindíveis para assegurar níveis adequados de desenvolvimento socioeconômico sustentável, aqui representado pela nova e crescente fronteira científica das biotecnologias susceptíveis de apropriação, como um tipo de exclusivo jurídico nascido da criatividade e engenhosidade dos inventores.

Desse modo é que as biotecnologias atuam numa área de íntima relação e intervenção na realidade social, com reflexos na economia, na saúde e no ambiente, exigindo-se do direito sempre um atuar na prevenção e/ou

¹ ROCHA, R.: “Os desafios do século XXI e o biodireito: utilitarismo ou valores?”, *Revista de direito constitucional e internacional*, núm. 68, 2009, p. 248.

resolução de conflitos entre os indivíduos detentores do direito de propriedade industrial biotecnológica e atuando como um instrumento de desenvolvimento ou de manutenção de estruturas tradicionais, mas nem sempre adequadas ao contexto de novos paradigmas civilizatórios que se relacionam com as novas tecnologias, tendo em vista que o direito não poderá se limitar exclusivamente a um mero “regulador funcional”, de modo que não se pode olvidar a nobre lição da doutrina de que: “(...) a transmutação do direito como *validade* (validade normativamente autónoma e referida a uma axiologia material e especificamente fundamentante) para o direito como simples *regulador funcional* de uma sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes «liberdades», tornadas «direitos» subjetivos sem deveres, e em «limites» garantísticos; mesmo afinal e exclusivamente como *instrumento*— já simples instrumento ideológico-político para o poder ou para os contrapoderes, não obstante a retórica do Estado-de-Direito, já instrumento normativo-tecnológico de uma intenção tão-só estratégico-socialmente programático-planificadora e regulamentar”².

Ocorre que, ao debater a complexa relação das incertezas jurídicas e/ou científicas, adentra a ciência do Direito num campo de intensa interação com outros campos do saber científico, cabendo a tal ciência—dentro de sua autonomia com lentes e instrumentos próprios—verificar qual deverá ser o seu contributo para a matéria. Isso exige do direito um atuar dentro de uma complexidade significativa, tendo em conta o que a doutrina portuguesa verifica, ao adentrar no campo da problemática atual da autonomia do direito, ensinando que: “a problematicidade atual do direito vai ao ponto de atingir inclusivamente a sua subsistência, a *qua tale* do direito, ao pôr justamente em causa não só o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma do seu sentido”³.

Também, pode o direito empregar métodos mais sofisticados de análise—de maior previsibilidade e precisão—utilizando-se de ferramentas e instrumentos científicos devidamente adaptados para que possa compreender melhor a realidade e buscar uma solução mais racional e adequada, diante de casos complexos e de grande repercussão no seio socioeconômico e que exigem do Direito uma posição adequada dentro de sua esfera de atuação, podendo utilizar, por exemplo, os recursos da matemática aplicada, de modo que as ferramentas da matemática possam contribuir para o campo do direito, o que ainda é pouco explorado pelos profissionais deste campo, mas que podem

² CASTANHEIRA NEVES, A.: *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*, Instituto Piaget, 3ª ed., Lisboa, 2012, p. 11.

³ CASTANHEIRA NEVES, A.: *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*, cit., pp. 9-10.

ser muito úteis para a resolução de uma série de problemas que são trazidos para a ciência jurídica solucionar, especialmente no campo da propriedade intelectual em biotecnologia. Sem esquecer de outras aplicações que a doutrina traz para o jurista, desde quantificar indenizações, penas e cálculo dos honorários, até usos mais sofisticados por meio da utilização da análise econômica do direito, que utiliza modelos matemáticos teóricos e de crescente complexidade⁴.

Nesta direção, deve-se considerar que as normas jurídicas repercutem na sociedade criando estímulos e desestímulos a determinadas atitudes, influenciando nas condutas dos indivíduos, o que pode ser mais previsível a depender do método empregado, e que pode, até certo ponto, por exemplo, apresentar um comportamento semelhante até nos estímulos decorrentes dos preços, daí aumentar a sanção imposta à atitude nela enquadrada como violadora, e essa tenderá a ser desestimulada⁵. Isso é uma vertente muito importante, especialmente no campo das biotecnologias agrícolas e médicas, tendo em vista, principalmente, que os inventos gerados por estas produzem efeitos significativos para certos bens de grande destaque para o interesse público, como por exemplo a sadia qualidade de vida, a preservação da biodiversidade e até a saúde pública.

Assim é que, diante das incertezas que possam advir de novas biotecnologias genéticas, em especial no que tange aos transgênicos, deverá o Estado, em atenção ao valor jurídico da proteção mais elevada, atuar com muita cautela quanto à liberação destes organismos, considerando-se que grandes extensões de terras serão cultivadas e que o dano na esfera ambiental poderá ser bem considerável e até de rara possibilidade de retorno ao *status quo ante*, tendo em tela, também, que o ente público não pode dispor do interesse público como máxima administrativista basilar para a Administração Pública.

Diante disso pode-se invocar o princípio da proteção mais elevada que, mesmo não estando de modo expresso na Constituição Portuguesa e também na Brasileira, não há que se negar a sua importância para o desenvolvimento sustentável – maior norteador de um sistema jurídico-ambiental preocupado com as gerações presentes e futuras –, principalmente quando se tem em tela questões relativas às novas tecnologias susceptíveis de impactos ao meio ambiente. Ora, não se pode olvidar que: “a responsabilidade de longa duração pressupõe a obrigatoriedade não apenas de o Estado adoptar medidas de protecção adequadas mas também o dever

⁴ CIENFUEGOS SALGADO, D.: *Matemáticas aplicadas al Derecho*, Editorial Porrúa, 2ª ed., Cidade do México, 2010, p. 2.; DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, *Revista de Administración Pública* (2014), núm. 195, p. 108.

⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, cit., pp. 102-105.

de observar o *princípio do nível de proteção elevado* quanto à defesa dos componentes ambientais naturais. Embora a Constituição Portuguesa não consagre *expressis verbis* este princípio, ele vem servindo de parâmetro e de *standard* material no ordenamento jurídico da União Europeia (no âmbito do ambiente, da saúde, do emprego)”⁶.

Com isso, exige-se do Direito um olhar mais atento para as biotecnologias susceptíveis de concessão de exclusivos intelectuais, principalmente em sua vertente regulatória, dado ainda pairar, de certo modo, campos de inserção dos princípios jurídicos publicistas da precaução e da prevenção, a fim de possibilitar uma liberação mais segura para a sociedade e para os produtores rurais que das biotecnologias se utilizam, conjuntamente com outros inventos agregados a estas, a exemplo de certos agroquímicos, especialmente os conhecidos como herbicidas -substâncias químicas largamente empregadas na agricultura moderna para eliminar ou reduzir a infestação de certas plantas invasoras à cultura agrícola- que vêm inseridos dentro da lógica empresarial da ampliação de dependência destes produtores com as empresas detentoras dos direitos do transgênico e daqueles insumos agroquímicos.

Daí a necessidade de uma análise jurídica da questão, análise esta devidamente embasada numa interação com as informações técnicas fornecidas por estudos científicos sérios e imparciais sobre a real segurança destas biotecnologias, para além das ideologias do sim e do não, numa busca da racionalidade fundada em valores constitucionais importantes, com finalidade de para permitir uma escolha alicerçada em bases sustentáveis e de valorização de bens maiores para a sociedade da Pós-Modernidade, como o desenvolvimento sustentável no médio e longo prazos para as gerações presentes e futuras.

IV. OS DESAFIOS DA TUTELA JURÍDICA DAS BIOTECNOLOGIAS.

Posto essa breve análise conjuntural das repercussões do campo das biotecnologias com o direito, faz-se, agora, necessário tocar num ponto crucial que gera debates acirrados, principalmente em países ricos em biodiversidade e que ainda não detêm uma estrutura empresarial interna e uma academia plenamente integrada ao processo de inovação tecnológica em biotecnologia, pelo fato de que são países com forte tradição em exportar matéria-prima destinadas à inovação e importar invenções já acabadas e cujas relações de troca são mais favoráveis para os países desenvolvedores destas inovações, em geral países localizados nas nações mais desenvolvidas.

⁶ CANOTILHO, J. J. G.: “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”, *Tékhnē: Revista de Estudos Politécnicos*, vol. 8, núm. 13, 2010, p. 14.

É neste ponto que surge a necessidade de se considerar o valor de um importante instituto jurídico de tutela dos exclusivos biotecnológicos, qual seja: a patente de produto e/ou processo -que em sua essência está relacionada à criação de um estímulo para que as empresas possam investir em determinados segmentos tecnológicos-, cujos investimentos vultosos exigem a contrapartida de uma concessão na forma de uma espécie de direito de propriedade de jaez industrial, temporária, é certo, mas cujos atributos permitem aos seus detentores excluir terceiros e comercializar esta nova biotecnologia sob os auspícios do Poder Público, a quem confere tais direitos exclusivos.

Ocorre que a legislação patentária exige o preenchimento de certos requisitos, o que no caso brasileiro estão insculpidos em uma lei deveras especializada na matéria, a Lei n. 9.279/1996, denominada de Lei das Patentes ou Lei da Propriedade Industrial (LPI) – “Art. 1º Esta Lei regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial” (LPI)-, exigindo-se três requisitos essenciais, quais sejam na ordem: novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial, nos termos do seu art. 8º. Também, para o campo biotecnológico, cria, de certo modo, limites para o patenteamento desta área da biotecnologia, como se vê: “Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: (...) IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais” (LPI).

Aqui se nota que, por opção legislativa brasileira, existe clara restrição a certas concessões de exclusivos em matéria de seres vivos, evitando a apropriação por privados do patrimônio genético. Mas isso não significa dizer que processos inovativos relacionados com a biodiversidade para a produção de determinado medicamento de produtos naturais não possam ser objeto de exclusivo patentário, principalmente as denominadas formulações terapêuticas, onde um dado laboratório farmacêutico pode perfeitamente desenvolver um novo medicamento com formulação inovadora que, preenchendo os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial, é perfeitamente susceptível de tutela patentária.

Diante da importância demonstrada em certas searas biotecnológicas, países como o Brasil demonstraram uma certa preocupação, relativamente recente, em permitir, dentro de sua ordem jurídica da propriedade intelectual em biotecnologia, a adoção do instituto da proteção de cultivares, de modo a acelerar o surgimento de inovações da biodiversidade do tipo específico “cultivar”. Tal feito foi devidamente positivado no âmbito infraconstitucional brasileiro por meio da Lei n. 9.456/1997 ou Lei de Proteção de Cultivares (LPC), que assegurou aos idealizadores deste tipo de inovação, denominados

de “melhoristas” – “Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei: I - melhorista: a pessoa física que obtiver cultivar e estabelecer descritores que a diferenciem das demais” (LPC)–, o direito de receber do Estado, quando da obtenção de uma nova variedade vegetal –compreendendo, aqui, nos termos do art. 3º. inciso “IV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos” (LPC)–, a expedição de um título de propriedade denominada de Certificação de Cultivares, nos termos do art. 2º da LPC.

Aqui, como ocorre com a patente, há a obrigatoriedade de que sejam preenchidos determinados requisitos, são eles: a novidade (art. 3º., inciso V da LPC), a distintividade (art. 3º., inciso IV da LPC), a homogeneidade (art. 3º., inciso V da LPC), a estabilidade (art. 3º., inciso V da LPC) e, por fim, a denominação própria (art. 3º., inciso V da LPC). Destes, a LPC determinou que a comprovação dos três mais importantes requisitos a serem buscados no desenvolvimento de nova cultivar, conjuntamente com a novidade, são a distintividade, a homogeneidade e a estabilidade por meio de testes específicos, nos termos esclarecedores do art. 3º., inciso XII da LPC: “XII - teste de distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade (DHE): o procedimento técnico de comprovação de que a nova cultivar ou a cultivar essencialmente derivada são distinguíveis de outra cujos descritores sejam conhecidos, homogêneas quanto às suas características em cada ciclo reprodutivo e estáveis quanto à repetição das mesmas características ao longo de gerações sucessivas” (LPC).

É claro que a adoção desse instituto, que gera efeitos significativos para a produção agrícola, há de ser tratado com o maior destaque por parte do Poder Público, dado que repercute no importante princípio jurídico da segurança alimentar e nutricional, que decorre do direito fundamental humano à alimentação, como fica bem evidenciado na ordem jurídica brasileira, por meio da Lei de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei n. 11.346/2006), como se vê: “Art. 2º *A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população*” (Lei n. 11.346/2006) (original sem grifo).

Razão pela qual o legislador brasileiro, preocupado com as repercussões da

concessão de tal direito exclusivo a novas variedades de plantas cultivadas, insere, no rol de limitações aos direitos de propriedade de cultivar (art. 10, V da LPC), a permissão para que o pequeno agricultor –nos termos do § 3º do art. 10 do mesmo diploma legal–realize a devida multiplicação de sementes que possam estar protegidas por certificação de cultivar, para fins de permuta ou até de doação para outros pequenos produtores, sem incorrer em violação de direito de propriedade de cultivar, dado que é uma prática bastante comum entre produtores rurais de pequeno porte, para assegurar melhores índices de produtividade e até conservação de bancos de sementes na comunidade.

Isso contribui, também, para um desenvolvimento maior da agrobiodiversidade – compreendendo-se aqui sob o seguinte ângulo doutrinal: “A agrobiodiversidade é essencialmente um produto da intervenção do homem sobre os ecossistemas: de sua inventividade e criatividade na interação com o ambiente natural”⁷- estas comunidades em geral, que sofrem maiores dificuldades para se manterem e permanecerem vivendo no campo em condições adequadas de nutrição e sobrevivência.

Há quase duas décadas existem centenas de novas variedades vegetais de culturas alimentares importantes, a exemplo de cultivares de milho, trigo, soja e outros grãos, que já são objeto de proteção definitiva com a respectiva expedição da Certificação de Proteção de Cultivares, concedida pelo órgão brasileiro responsável, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Muitas têm como titulares órgãos públicos de pesquisa e desenvolvimento, a exemplo da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) e diversas universidades públicas federais, como poderá ser verificado por meio de breve acesso ao banco de dados *online* do Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC), do MAPA⁸.

Por tratar-se de uma espécie de exclusivo intelectual de grande importância para toda a sociedade brasileira, cujo setor do agronegócio tem forte peso para a geração de riqueza e renda, o legislador ordinário assegura a devida conformação desse direito dentro da lógica constitucional brasileira de que toda propriedade deverá atender ao princípio da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII da CFB/1988).

Com isso, o Estado poderá, sem dúvidas, utilizar-se de uma intervenção nos domínios privados das cultivares protegidas, por meio de um instituto

⁷ SANTILLI, J.: “A Lei de Sementes brasileira e os seus impactos sobre a agrobiodiversidade e os sistemas agrícolas locais e tradicionais”, *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi, Ciências Humanas*, vol. 7, núm. 2, 2012, p. 458.

⁸ BRASIL. CULTIVARWEB Gerenciamento de informações. Disponível em: <http://extranet.agricultura.gov.br/php/snpc/cultivarweb/cultivares_protegidas.php>.

intervencionista forte denominado de licença compulsória -“Art. 29. Entende-se por licença compulsória o ato da autoridade competente que, a requerimento de legítimo interessado, autorizar a exploração da cultivar independentemente da autorização de seu titular, por prazo de três anos prorrogável por iguais períodos, sem exclusividade e mediante remuneração na forma a ser definida em regulamento” (LPC)-, que busca, na verdade, assegurar a disponibilização da nova variedade ao mercado e combater o abuso do poder econômico, nos termos do art. 28, inciso I c/c art. 35 ambos da LPC.

Assim é que as cultivares protegidas por meio de um certificado de proteção de cultivares constitui mais uma face da complexa relação entre a propriedade intelectual em biotecnologia com o direito, aqui representado por um tipo *sui generis* de tutela jurídica.

V. A RELAÇÃO JURÍDICA UNIVERSIDADE/EMPRESA PARA A PROMOÇÃO DAS INOVAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS.

Perpassadas as duas principais faces da propriedade intelectual em biotecnologia -patentes e cultivares-, deve-se agora ponderar acerca do outro prisma importante: a relação universidade/empresa, dada sua grande interface para o desenvolvimento de inovações tecnológicas, que surgem dessa relação, como instrumento eficiente, tanto para fortalecer as instituições de ensino superior, quanto para trazer o empresariado da biotecnologia para dentro das universidades, buscando a resolução de problemas técnicos por meio de invenções da biodiversidade.

A este respeito surgiu no Brasil uma lei especial denominada de Lei de Inovação Tecnológica (LIT) -Lei nº. 10.963/2004-, na qual fica evidenciada uma preocupação estatal em incentivar o surgimento de relações entre as universidades e institutos de pesquisa científica de caráter público - denominados de Instituição Científica e Tecnológica, ICT (Art. 2º, inciso V da LIT)- com as empresas de base tecnológica, o que tem por finalidade a criação de um ambiente de cooperação para a realização de inovações (arts. 3º a 5º da LIT).

A LIT cria uma série de possibilidades para que as ICTs possam atuar de modo proativo no processo de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I), especialmente por meio de dois institutos jurídicos tradicionais dos domínios do direito industrial: a transferência e o licenciamento de tecnologias (art. 6º da LIT), que são essenciais no desenvolvimento de novos produtos e/ou processos biotecnológicos, dentro de um ambiente interativo do tipo universidade/empresa, trazendo diversos benefícios para o interesse

público, aqui representado pelo fomento ao desenvolvimento de inovações tecnológicas e formação mais completa para os diversos alunos de graduação e de pós-graduação, que terão oportunidade de serem desenvolvedores de biotecnologias.

O problema é que a academia brasileira, com louváveis exceções, não tem muita experiência na realização destas interações com as empresas, tão pouco a grande maioria dos investigadores universitários brasileiros tiveram experiências de cooperação com foco na inovação com as empresas privadas, o que não deixou de ser considerado pelo legislador ordinário, que determinou a criação dos denominados de Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs), que têm por função gerir o processo de inovação dentro das ICTs (Art. 2º, Inciso VI da LIT), fazendo com que tais órgãos administrativos públicos possam ser uma realidade nas universidades brasileiras na atualidade, contribuindo para a criação de uma cultura de inovação no seio acadêmico nacional, impulsionando o aumento do número de depósitos de patentes e pedidos de certificação de cultivares, o que gradualmente resultará em inúmeros processos de transferência e licenciamento de tecnologia da ICT para as empresas, com claros benefícios para todo o sistema brasileiro de políticas públicas estimuladoras da ciência, da tecnologia e da inovação tecnológica, dentro da lógica constitucional do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), art. 219-B da CFB/1988.

VI. O INSTITUTO JURÍDICO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E SUAS REPERCUSSÕES PARA O DIÁLOGO ENTRE BIOTECNOLOGIA E DIREITO.

Diante deste importante contexto surge uma relação muito próxima do Estado para o fomento das inovações tecnológicas, cujo constituinte derivado brasileiro visualizou como estratégica para o sistema nacional de ciência e tecnologia, fato que permitiu a recente inserção na Constituição Brasileira de 1988 (CFB/1988) do instituto jurídico da inovação, por meio de alteração realizada pela Emenda Constitucional (EC) n. 85/2015, modificando, inclusive, o título do capítulo destinado à Ciência e Tecnologia, que passou a ser “Ciência, Tecnologia e Inovação”.

Tal alteração demonstra uma preocupação legislativa em positivizar o instituto da inovação, antes apenas encontrado em sede infraconstitucional na LIT - que foi um marco legislativo importante-, para dar ares expressos da inovação como valor jurídico-positivo do ordenamento brasileiro, inclusive traz uma grande ênfase ao fomento das interações do tipo universidade/empresa para a promoção do desenvolvimento de novos produtos e/ou processos inovadores, diante do expressivo potencial da academia brasileira na produção científica mundial, mas ainda de pequena

tradição em gerar exclusivos de propriedade intelectual, especialmente no campo biotecnológico.

De todo o modo a constitucionalização do instituto da inovação representa avanço importante para uma maior visualização deste dentro de um elo forte com a ciência e a tecnologia. Aqui vale, inclusive, considerar que tão substancial mudança no texto da Carta Política de 1988, no que se refere à inovação, determina que o Estado Brasileiro passe a dar uma maior atenção para o fomento daquela, buscando-se, sempre que possível, o desenvolvimento científico com a respectiva determinação para criar políticas públicas adequadas ao novo direcionamento dado pelo Mandamento Maior, inclusive com um tratamento prioritário não mais apenas para a ciência básica, mas, agora, para uma vertente aplicada à geração de tecnologias e inovações, como bem pode ser verificado no atual texto constitucional: “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação” (CFB/1988).

Essa tarefa não será fácil, dada, ainda, a pequena tradição de geração de inventos em certos campos tecnológicos, com destaque para as biotecnologias, pois, por muito tempo, o Brasil não concedia patentes nas áreas farmacêutica e de alimentos, o que somente com a atual LPI foi permitido, gerando um certo desestímulo para o surgimento de grandes indústrias nacionais inovadoras de expressão global, nesta seara.

Mas isso deve ficar no passado. No contexto atual será possível, se houver a confecção de políticas públicas de estímulo adequadas a estes dois importantes setores, o surgimento de empresas do tipo *startup* no seio universitário, a partir de biotecnologias devidamente protegidas pelos institutos da propriedade intelectual, que possam crescer, florescer e dar bons frutos em termos de geração de considerável riqueza e renda, dado que, também, foi por meio da EC n. 85/2015, que, ao alterar o art. 219 do parágrafo único da CFB/1988, deixa cristalino o dever estatal quanto ao fortalecimento da inovação, dos inventores independentes, de modelos que potencializam o inovar do tipo parques e polos tecnológicos e, mesmo, da transferência de tecnologias, como poderá ser constatado: “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais

ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia” (CFB/1988).

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Assim, pode-se compreender que a Biotecnologia representa uma área científica de grande importância, sendo responsável por consideráveis avanços em muitos campos das inovações tecnológicas, que necessitam de instrumentos institucionais capazes de acelerarem seu desenvolvimento, especialmente para que haja segurança jurídica quanto à possibilidade de apropriação de tais inovações, como um direito de propriedade, assegurando aos inventores, investidores e demais atores os devidos incentivos para prosseguir inovando, gerando emprego, renda, tributos, vantagens competitivas e, por fim, o desenvolvimento econômico.

Portanto, constata-se, de modo breve, que as interfaces entre a propriedade intelectual em biotecnologia com o direito, dá base para erigir todo um sistema significativamente complexo e de grande repercussão para o interesse público, aqui representado pela sua vertente de geração de riqueza, renda e desenvolvimento nacional em bases sustentáveis, agora diante do novíssimo instituto constitucional brasileiro expresso da inovação, repercutindo, por sua vez, em todo o sistema jurídico do Brasil, com a força de um valor constitucionalizado da mais elevada importância, por meio, especialmente, do fomento aos institutos jurídicos da patente e da proteção de cultivares dentro da relação universidade/empresa.

A propriedade intelectual em biotecnologia atua exatamente no liame entre o direito e a biotecnologia, exigindo-se do profissional do direito uma visão interdisciplinar sobre essa nova área, que apresenta uma forte ligação entre a academia e as empresas, conhecida como relação universidade/empresa ou, na realidade anglo saxônica, universidade/indústria, para a busca de um país mais competitivo e mais inovador no âmbito global, valorizando o patrimônio genético como uma importante via para a promoção de um desenvolvimento nacional em bases sustentáveis, promovendo, estimulando e valorizando inovações tecnológicas da biodiversidade.

LA *KAFALA* NI ES ADOPCIÓN, NI PUEDE LLEGAR A SERLO¹

KAFALA IS NOT ADOPTION NEITHER CAN BECOME IT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 241 - 249.

Fecha entrega: 11/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

¹ Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. “Impacto social de las crisis familiares (Ministerio de Ciencia y de Competitividad)”.

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Presidente del IDIBE
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: En España la *kafala* acordada en un país islámico, si ha sido constituida a través de un proceso, judicial o administrativo, con intervención de las autoridades públicas, es asimilada al acogimiento familiar o a la tutela dativa: el *makfoul* puede obtener un visado por reagrupación familiar, pero no puede ser adoptado por el *kafil* conforme a la legislación española.

PALABRAS CLAVE: *kafala*, adopción, acogimiento.

ABSTRACT: In Spain the *kafala* agreed in an Islamic country, if it has been established through a process, judicial or administrative, involving public authorities, is assimilated to foster care or dative guardianship: the *makfoul* can obtain a visa for family reunification but it can not be adopted by the *kafil* under Spanish law.

KEY WORDS: *kafala*; adoption; fostering.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. La regulación de la *kafala* en Marruecos.- 3. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la *kafala* y su incidencia en sede de nacionalidad.- 4. La equiparación de la *kafala* al acogimiento familiar o la tutela dativa: el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.- 5. *Kafala* y reagrupación familiar.- 6. La prohibición de adoptar al *makfoul* introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

1. La institución de la *kafala* suele producir cierta perplejidad en el común de los operadores jurídicos españoles, no familiarizados con el Derecho Internacional Privado; y ello, a pesar de que la misma tiene una importancia indudable, dada la creciente inmigración procedente de países del Magreb, especialmente de Marruecos. La perplejidad que suscita, más allá de la provocada por una expresión en lengua árabe, está en estrecha relación con una diferente manera de concebir la protección del menor en la cultura jurídica española, en relación con la propia de los países islámicos.

En España se considera que el mejor modo posible de proteger al menor en situación de desamparo es la de integrarlo en una nueva familia, de manera plena y permanente, creando un vínculo jurídico de filiación con los adoptantes y extinguiendo el que lo unía con su familia de origen (desde la Ley 21/1987 se suprimió la diferencia entre adopción simple y plena). Por el contrario, en la mayoría de los Derechos de inspiración islámica, como es el caso de Argelia o Marruecos (no, así, de Túnez, a partir de la Ley de 4 de marzo de 1958), la adopción está prohibida, prohibición que encuentra sus orígenes en el Corán (versículos 4 y 5, Sura XXXIII) y que responde a la idea de que el vínculo jurídico de la filiación sólo puede tener orígenes biológicos (art. 142 del Código de Familia marroquí y el art. 46 del Código de Familia argelino), considerándose, en consecuencia nula la adopción (art. 149 del Código de Familia marroquí). Por ello, en dichos países, la protección de los menores en situación de abandono o desamparo se realiza a través de una institución distinta, la *kafala*, que no genera un vínculo de filiación entre el menor (*makfoul*) y la persona o personas que lo acogen (*kafil*).

2. Concretamente, en Marruecos la *kafala* se regula por la Ley n. 15 de 2001 (aprobada por Dahir de 13 de junio de 2002), relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, cuyo art. 2 la define como el compromiso de asumir benévolamente la protección, educación y manutención de un menor abandonado, de igual manera que lo haría un padre por su hijo.

La *kafala* puede constituirse notarial o judicialmente.

La constitución notarial sólo es posible, cuando sean conocidos los padres del menor, quienes deberán consentir el acogimiento, de lo que se dará fe, mediante la redacción de la oportuna acta.

En caso contrario, la constitución de la *kafala* exige la previa declaración de abandono del menor (art. 6), que se realiza a través de un procedimiento judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, el cual está encomendado al Juez de Tutelas (arts. 14 a 18).

Esta intervención judicial tiene gran importancia desde la perspectiva del Derecho español, pues, como veremos, el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos de la *kafala* en España se subordina a que se haya constituido con intervención de autoridad pública, judicial o administrativa.

Respecto de sus efectos (en Derecho marroquí), la *kafala* no dará derecho, ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del *kafil* (art. 2), quien vendrá obligado a mantener, guardar y proteger al menor acogido, velando por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales, hasta que alcance la mayoría de edad, siendo responsable civil de los actos del mismo (art. 22).

La *kafala* se extingue al alcanzar el menor la mayoría de edad (a no ser que en él concurren minusvalías o sea incapaz de satisfacer sus propias necesidades), por del *makfoul* o *kafil*, por incapacidad de éste último o por resolución judicial que revoque el acogimiento, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias del mismo; por último, por disolución del establecimiento, organismo o asociación a quien se hubiera encomendado la *kafala* (art. 25).

3. Es doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que la *kafala* no es una adopción, por lo que no puede inscribirse como tal en el Registro Civil [RR. 14 mayo 1992 (RJ 1992, 5251), 18 octubre 1993 (RJ 1993, 8022), 29 marzo 2011 (JUR 2012, 86539) y 13 marzo 2015 (JUR 2015, 255479)], sino que cumple una función semejante a la del acogimiento familiar” [Resolución-Circular 15 julio 2006, RJ, 2006, 1652)], por lo que el *makfoul* no adquiere la nacionalidad española de origen, por el hecho de ser acogido por un *kafil* español, ni tampoco puede optar por ella si el *kafil* extranjero adquiere posteriormente la nacionalidad española por residencia en nuestro país durante diez años (conforme al art. 22 CC): el art. 20.1.a) CC concede el derecho a optar por la nacionalidad española a las personas que estén sujetas “a la patria potestad de un español”, lo que no

acontece en el caso de la *kafala*, ya que el *kafil* no es padre adoptivo del *makefoul* [RR 14 mayo 1992 (RJ 1992, 5251), 1 febrero 1996 (RJ 1996, 2450), 21 marzo 2006 (RJ 2006, 111879), 29 marzo 2011 (RJ 2012, 86539), 6 septiembre 2011 (RJ 2012, 198189), y 15 noviembre 2013 (JUR 2014, 21471)].

4. Esta posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue avalada por el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. El precepto prevé la equiparación de las “Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación” (como es la *kafala*) al acogimiento familiar regulado en el Derecho español “o, en su caso, a una tutela” (novedad en relación a la doctrina sentada por la Dirección General, lo que, como después veremos, es importante en orden a poder considerar al *kafil* como un tutor dativo y, en consecuencia, conceder un visado por reagrupación familiar al *makefoul*).

Como consecuencia de esta equiparación realizada por el art. 34 de la Ley 54/2007 entre la *kafala* y el acogimiento familiar o la tutela, a efectos de determinar el tipo de retención aplicable al *kafil* que sea trabajador por cuenta ajena, se aplicará el mínimo por descendiente previsto en el art. 58 de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas [Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos 11 marzo 2014, V0664 (JUR 2014, 165785)]. Por otro lado, la STSJ (Social, 3ª) Madrid 31 gennaio 2008 (AS 2008, 959), concedió la pensión de orfandad a dos menores marroquíes, por muerte de uno de los *kafil*, en un complejo razonamiento, cuyo argumento esencial fue el recurso al principio de igualdad. El fallo fue confirmado por ATS (Social, 1ª) 10 febbraio 2009 (JUR 2009, 154016), a través de la asimilación funcional de la *kafala* con el acogimiento familiar permanente del Derecho español. En cualquier caso, el art. 34 de la Ley 54/2007 supedita la equiparación de la *kafala* al acogimiento o la tutela dativa a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, que la *kafala* se haya constituido por la autoridad extranjera competente (judicial o administrativa), la cual se determinará conforme a los foros de competencia del propio Derecho, a no ser que falten “conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares”, previsión, ésta última, que tiene por finalidad evitar el riesgo de sustracción de niños, así como la simulación de acogimientos con la sola finalidad de que los menores extranjeros puedan disfrutar de los beneficios de la residencia en España.

Se excluye, pues, la equiparación de las *kafalas* acordadas privadamente, sin

intervención de autoridad pública, en virtud de una mera declaración de voluntad de los padres del menor, aunque las mismas hubieran sido hechas ante Notario, lo que se admite por el Derecho marroquí o argelino, en el caso de niños con padres conocidos.

b) En segundo lugar, que se haya constituido con arreglo a la ley estatal designada por las normas de conflicto del lugar en que se ha acordado, con lo que se trata de asegurar la validez de la *kafala* en el país de origen.

No obstante, parece evidente que las autoridades españolas no podrán entrar en el control material de alguno de los presupuestos de validez exigidos por dicha ley, como es el de que el *kafil* sea musulmán (v. en este sentido el art. 9 de la Ley 15/01 de Marruecos o el art. 118 del Código de Familia de Argelia), por ser ello contrario al principio de libertad religiosa.

c) En tercer lugar, que el documento en el que consta constituida la *kafala* reúna los requisitos formales de autenticidad, consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial (con excepción de los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes); se pretende, así, evitar las falsificaciones de documentos.

d) En cuarto lugar, que la *kafala* no produzca “efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español”; como, por ejemplo, sucedería, si se pretendiera el reconocimiento de efectos legales de la acordada respecto de menores que tuvieran padres, sin haber mediado una previa declaración judicial de abandono.

5. Para que el *makfoul* pueda trasladarse a España necesitará que se le autorice la residencia en nuestro país y que se le conceda visado para reagrupación familiar. En la práctica los casos litigiosos se han producido cuando el *kafil* es un extranjero con residencia legal en España. Conforme al art. 17 c) de la LO 4/2000, de 11 de enero, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los menores de 18 años, cuando “sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”.

La Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, en relación con dicho precepto, distingue claramente dos situaciones, que guardan relación con el normal modo de proceder en los países islámicos (al menos, en Marruecos), en los que el acogimiento se acuerda privadamente ante notario, por los padres del niño y la persona que se hará cargo de él; y (necesariamente) en un proceso judicial, previa declaración de abandono, cuando no se conoce a los padres del menor.

a) La primera de las hipótesis es que la *kafala* haya sido constituida por los padres del niño, en cuyo caso se entiende que el *kafil* no puede ser considerado un *representante legal* del menor extranjero. Así pues, “la acogida habrá de tener en todo caso carácter temporal”, por lo que el visado para la entrada en España habrá de tramitarse conforme a lo previsto en el artículo 93 del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, en el que se regula el desplazamiento temporal de menores extranjeros.

b) La segunda de las hipótesis es que la *kafala* no haya sido constituida por los padres biológicos del niño, sino a través de un procedimiento, administrativa o judicial, en el que ha intervenido la Autoridad Pública, “en orden a la protección del interés del menor”. En este caso, sí se entiende establecido “un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa”, por lo que al residente en España se le considera *representante legal* del menor. Por consiguiente, “la acogida podrá tener carácter permanente” y procederá la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar, con apoyo en el citado artículo 17 c) de la LO 4/2000.

La jurisprudencia sigue el criterio expuesto por la Instrucción de 27 de septiembre de 2007, admitiendo la concesión del visado por reagrupación familiar, cuando la *kafala* se hubiera constituido a través de un procedimiento judicial o administrativo, siempre que hubiera mediado la previa declaración de desamparo del mismo; por el contrario, entiende que no procede el visado en los casos de constitución privada de la *kafala*, mediante consentimiento de los padres biológicos del *makfoul* prestado ante Notario, al margen de un procedimiento judicial o administrativo [STS (Sala de lo Contencioso, 3ª), de 9 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8175/2011); TSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 10 julio 2008 (JUR 2008, 315217), STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo, 2ª) 23 septiembre 2008 (JUR 2009, 3819), STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 25 junio 2010 (RJCA 2010, 690), STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 11 septiembre 2013 (JUR 2013, 311461) y STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo, 5ª) 16 julio 2014 (JUR, 2015, 627)].

6. Venía siendo una práctica frecuente que el *kafil*, que ya tenía la nacionalidad española en el momento de la constitución de la *kafala* o que la adquiriría posteriormente por residencia, intentara adoptar al *makfoul* en España, posibilidad ésta, que era contraria a la legislación nacional de éste, pero no a la española, que la permitía cuando el menor tuviera su residencia habitual en nuestro país en el momento de constituirse de la adopción o cuando hubiera sido o fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer en ella su residencia habitual (art. 18 de la Ley 54/2007).

Si, según ha quedado expuesto, la *kafala* en la que concurran los requisitos del art. 34 de la Ley 54/2007, se reconoce en España, al menos, como un acogimiento familiar, parece lógico pensar que, por aplicación del art. 176.2.3ª del CC, en el caso de que el *kafil* solicitara la adopción del *makfoul*, no necesitara la propuesta previa por parte de la entidad pública correspondiente con certificado de idoneidad, aunque, la misma, conforme a lo previsto en el artículo 177.3.4º CC, debía ser “simplemente oída” por el juez, “a fin de apreciar la idoneidad del adoptante”. Esta posición fue defendida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 16 noviembre 2011, n. 8 (JUR 2011, 395482;) y en la jurisprudencia por AAP Barcelona (18ª) 28 marzo 2006 (JUR 2008, 149354), AAP Barcelona (18ª) 8 julio 2008 (JUR 2008, 315373), AAP Barcelona (18ª) 27 junio 2011 (AC 2011, 2030), SAP Valladolid (1ª) 12 abril 2013 (JUR 2013, 182397); en contra, sin embargo, AAP Tarragona (1ª) 23 giugno 2008 (AC 2008, 1710) y AAP Cádiz (5ª) 11 diciembre 2008 (JUR, 2009, 59788).

Pero es más, la práctica mencionada dio lugar a que, en ocasiones, se simularan falsas *kafalas* con la única finalidad de que un menor marroquí pudiera adquirir la residencia en España, sin que el supuesto *kafil* tuviera ninguna intención de asumir obligaciones asistenciales respecto del mismo e, incluso, con el propósito preconcebido de posibilitar que el *makfoul* pudiera posteriormente ser adoptado en España y, en consecuencia, adquirir la nacionalidad española.

Para evitar este tipo de fraudes, el Derecho español ha adoptado una solución tajante: el art. 3.20 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha añadido un número 4º al art. 19 de la Ley 54/2007, según el cual “En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción” en España, “excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública” (española). Por lo tanto, fuera de este supuesto excepcional no cabe la adopción *ex novo* del *makfoul* ante la autoridad judicial española.

Esta reacción del legislador español quizás pueda contribuir a hacer desaparecer los recelos de las autoridades marroquíes hacia la *kafala* constituida en favor de ciudadanos extranjeros, los cuales se plasman en la Circular de septiembre de 2012, nº 40 S/2, del Ministerio de Justicia y Libertad del Reino de Marruecos, que ordena a las autoridades competentes para constituir la *kafala* que comprueben si los solicitantes extranjeros tienen su residencia habitual en el país, denegándola en el caso contrario.

En todo caso, en el punto que nos ocupa el Derecho español se aproxima ahora al Derecho francés. Así, el art. 370-3 del Código Civil galo (redactado conforme a la Ley nº 2001-111, de 6 febrero de 2001, relativa a los

conflictos de ley en la adopción internacional) establece que la adopción de un menor extranjero en Francia no puede tener lugar, si su ley personal prohíbe esta institución, salvo si dicho menor ha nacido o reside habitualmente en este país.

La jurisprudencia francesa entiende que dicho precepto se refiere, tanto a la adopción plena, como a la simple (ambos tipos de adopción se mantienen en Francia, a diferencia de lo que acontece en España, tras Ley 21/1987, de 11 de noviembre).

Así, la Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 10 de octubre de 2006 (nº 06-15265) revocó la sentencia recurrida, la cual había acordado la adopción simple de un niño nacido en Argelia, que había residido en Francia alrededor de un año, después de la constitución de la *kafala*. Observa la Corte que la *kafala* no crea ninguna relación de filiación entre el niño y las personas que lo tienen en acogimiento, contrariamente a lo que sucede en el caso de la adopción simple, que sí crea un vínculo de filiación entre el niño y los adoptantes.

La Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 9 de julio de 2008 (nº 08-20279) revocó la sentencia recurrida, que había acordado la adopción plena de un niño nacido en Argelia, solicitada un año después de la constitución de la *kafala*, la cual había tenido lugar, cuando el niño contaba con 4 meses de edad. La Corte de Apelación había justificado su decisión con los argumentos de que, a pesar de la prohibición de la adopción en Argelia, las autoridades de este país confían niños a extranjeros, sabiendo que están destinados a ser adoptados, y que, en el concreto caso enjuiciado, el menor había sido abandonado de manera definitiva e irrevocable, que no tenía una filiación conocida y que, dado que estaba previsto que se quedara en Francia, tenía interés en tener una filiación y en ser adoptado. Sin embargo, la Corte de Casación, consideró que dicha argumentación era contraria al art. 370-3 del Código Civil, dado que el Derecho argelino prohíbe la adopción y el niño no había nacido en Francia.

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PAGO Y LA COMPENSACIÓN EN
CLAVE JURISPRUDENCIAL

SOME NOTES ABOUT PAYMENT AND COMPENSATION BASED
ON THE CASE-LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 6, febrero 2016, pp. 250 - 273.

Fecha entrega: 09/10/2014
Fecha aceptación: 1/03/2015

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Presidente del IDIBE
J.Ramon.de-Verda@uv.es

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Secretario General del IDIBE
Pedro.Chaparro@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo se analiza el concepto, elementos, requisitos y efectos tanto del pago como de la compensación, atendiendo, muy especialmente, a la delimitación que de los mismos ha hecho la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: pago; sujetos del pago; requisitos objetivos del pago; subrogados del cumplimiento; compensación; clases de compensación.

ABSTRACT: The present article analyzes the concept, elements, requirements and effects of both payment and compensation, based, in particular, on the delimitation of which it has made the case-law.

KEY WORDS: payment; payment subjects; objective requirements of payment; substituted performance; compensation; compensation types.

SUMARIO: 1. Concepto y funciones del pago.- 2. Sujeto activo.- 2.1. Requisitos de capacidad.- 2.2. Pago por tercero.- 3. Sujeto pasivo.- 3.1. Pago a tercero.- 3.2. Pago a acreedor aparente. 4. Requisitos objetivos del pago.- 5. Lugar del cumplimiento.- 6. Prueba y gastos del pago.- 7. Imputación de pagos.- 8. Los subrogados del cumplimiento.- 8.1. El ofrecimiento de pago y la consignación de la cosa debida.- 8.2. La dación en pago.- 8.3. La cesión de bienes a los acreedores.- 9. La compensación: concepto y clases.- 9.1. La compensación legal.- 9.1.1. Requisitos.- 9.1.2. Efectos.- 9.2. La compensación judicial.- 9.3. La compensación voluntaria.

1. El pago puede definirse como el cumplimiento de la prestación debida. Pago y cumplimiento son, pues, conceptos sinónimos, debiendo ser referidos a toda clase de obligaciones; y no sólo a las de dar dinero.

Las funciones que comúnmente se asignan al pago o cumplimiento son las siguientes:

- a) Ante todo, es el medio normal de extinción de las obligaciones; de ahí, que el art. 1156 CC lo enumere, en primer lugar, al enunciar las causas de extinción de las mismas.
- b) Además, a través de él, el acreedor encuentra satisfecho el interés que le llevó a celebrar el contrato del que nace la obligación.
- c) Por último, el pago es el medio, a través del cual, habitualmente, el deudor queda liberado de su obligación.

Es, por ello, que el cumplimiento, no sólo es un deber del deudor, sino también una facultad, en la medida en que le permite liberarse de su obligación. Por lo tanto, el acreedor no puede negarse a recibir la prestación debida, llegado el momento en que ésta ha de ejecutarse ya que, en caso contrario, el deudor quedará eximido de responder por la posible pérdida de la cosa y de los daños que el cumplimiento tardío de la prestación haya podido ocasionar al acreedor; y, asimismo, según admite el art. 1176 CC, el deudor podrá liberarse de la obligación, mediante el ofrecimiento de pago y la consignación de la cosa debida.

Para que el pago pueda provocar los efectos señalados, y, en particular, la extinción de la obligación, han de concurrir unos requisitos, subjetivos (en las personas que en aquél intervienen) y objetivos, de los cuales pasamos a ocuparnos.

2. En el pago intervienen dos sujetos: uno activo, que es quien lo realiza (el denominado *solvens*); y otro pasivo, que es quien lo recibe (el llamado *accipiens*).

Normalmente será el deudor quien pague, aunque, como expondremos posteriormente, nada impide que lo haga un tercero.

2.1. En cualquier caso, para que el pago sea liberatorio y produzca el efecto extintivo, habrá de cumplirse lo prescrito en el art. 1160 CC, conforme al cual “En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla”.

Son, pues, dos los requisitos que han de concurrir en la persona de quien paga.

a) En primer lugar, ha de tener la libre disposición de la cosa debida, lo que generalmente ha de entenderse en el sentido de que ha de ser propietario de la cosa que entrega, lo que es perfectamente lógico, pues, en caso contrario, el verdadero dueño podrá reivindicarla, por lo que el acreedor perdería su posesión.

b) En segundo lugar, ha de tener capacidad para enajenar la cosa debida o, dicho de otro modo, ha de tener capacidad general para contratar, que, como sabemos, corresponde a todos los mayores de edad que no hayan sido incapacitados.

De este requisito resulta que el menor o el mayor incapacitado no pueden realizar un pago válido y eficaz, sino que el pago de sus deudas ha de ser realizado por sus representantes legales.

Si el deudor estaba incapacitado al tiempo de celebrar el contrato del que surge su deuda, efectivamente, su pago será inválido, lo que no es más que una consecuencia de ser dicho contrato anulable a instancia de su representante legal. Si, por el contrario, el deudor no estaba incapacitado al tiempo de celebrar el contrato del que surge su deuda, sino que se le incapacitó posteriormente, el contrato es válido, pero no lo será el pago hecho por él en cumplimiento de dicho contrato, ya que carecerá de “capacidad para enajenar la cosa” debida, de modo que su representante legal podría anularlo. Ahora bien, por aplicación del principio de la buena fe, el representante legal no podrá anular el pago hecho por un incapacitado, si lo pagado es lo realmente debido, pues es absurdo anular el pago para luego tenerlo que realizar, otra vez, él mismo.

2.2. A tenor del art. 1158.I CC, “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y apruebe, o ya lo ignore el deudor”.

Es, pues, perfectamente posible que un tercero, que no tenga la condición de deudor, pueda pagar, incluso contra la voluntad de éste, porque se trata de asegurar que el acreedor quede satisfecho; ello, sin perjuicio de que posteriormente el tercero pueda dirigirse contra el deudor para reclamarle lo pagado o, por lo menos, aquello en lo que le hubiese sido útil el pago. Como observa la STS 17 octubre 1996 (*Tol 1659069*), para que pueda hablarse de pago por tercero “quien paga no debe tener condición de contratante en la relación obligacional de la que dimana el abono llevado a cabo”.

El pago por tercero, no obstante, tiene su límite en las prestaciones de hacer de carácter personalísimo, donde la persona del deudor ha sido decisiva para el acreedor, de modo que no le es indiferente que cumpla el deudor o un tercero. El art. 1161 CC dice, así, que “En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”. El ejemplo característico es el caso en que se encarga un cuadro a un pintor determinado por razón de su prestigio o también el caso del arrendamiento de servicios de un abogado (al cliente que quiere ser defendido por un abogado determinado no se le puede imponer contra su voluntad que sea defendido por otro distinto, aunque éste último podrá auxiliar a aquél, siempre que mantenga la dirección del proceso).

El tercero que paga tiene dos medios para recuperar lo pagado: por un lado, la acción de reembolso contra el deudor; y, por otro, la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor, lo que significa que pasa a ocupar la posición originaria de éste frente al deudor; y, en consecuencia, se beneficiará de las garantías, reales o personales, que tuviera a su favor: por ejemplo, si la deuda estaba garantizada con una hipoteca o una fianza, dichas garantías seguirán asegurando que el tercero cobre lo pagado por el deudor, de modo que, si éste no se lo reembolsa, podrá ejecutar la hipoteca o dirigirse contra el fiador.

La STS 23 junio 1969 (RAJ 1969, 3576) describe, con precisión, la diferencia entre reembolso y subrogación. Observa que “así como en el caso del derecho al reembolso el crédito del tercero es nuevo e independiente del que tenía el acreedor originario, por lo cual a ese crédito no se comunican las garantías o privilegios del crédito originario, cuando se trata de subrogación, como quiera que el tercero pasa a ocupar la posición del acreedor originario frente al deudor, ello determina el derecho del tercero a exigir el pago

efectuado, y, además, a que de igual modo que al crédito del tercero, por ser el mismo que el originario, pasan las garantías de éste, se le puedan oponer las mismas excepciones”.

Es evidente que al tercero le interesa el beneficio adicional que resulta de la subrogación, consistente en la subsistencia de las garantías de la deuda, pero ello va a depender del conocimiento que el deudor tenga del pago realizado por el tercero y de la actitud que haya tenido hacia el mismo.

En este sentido, distinguiremos, tres situaciones:

a) Pago hecho, ignorándolo el deudor: el tercero dispondrá contra él de la acción de reembolso para ser reintegrado de la totalidad de lo pagado por cuenta de aquél (art. 1158.II CC), pero “no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos” (art. 1159 CC); por lo tanto, se extinguen las garantías reales o personales que se hubieran pactado a favor de éste último.

b) Pago hecho, conociéndolo el deudor y oponiéndose expresamente a él: el tercero conservará la acción de reembolso, pero sólo podrá reclamar del deudor “aquello en lo que le hubiera sido útil el pago” (art. 1158.III CC), y no, la totalidad de lo pagado.

Pensemos en el siguiente ejemplo. “A” debe a “B” 30.000 euros, quien, a su vez, le debe 25.000 euros. “C” (tercero) comunica a “A” que va a pagar su deuda, quien se opone a dicho pago, oposición que no es tenida en cuenta por “C”, quien paga los 30.000 euros. Posteriormente, no podrá reclamar a “A” la totalidad de lo pagado, sino, tan sólo, 5.000 euros, que es la cantidad realmente debida por aquél, tras aplicar el mecanismo de la compensación de deudas.

c) Pago hecho, conociéndolo el deudor, con su aprobación, expresa o tácita: el tercero, no sólo tendrá la acción de reembolso para obtener del deudor el reintegro de la totalidad de lo pagado, sino que, además, quedará subrogado, en la posición del acreedor, tanto en lo relativo a su derecho de crédito, como en las garantías accesorias al mismo (art. 1159 y 1210.2º CC), por ejemplo, la hipoteca.

Es ilustrativa la STS 13 noviembre 2008 (*Tol 1401706*). Para asegurar el pago de un préstamo, concedido a su hija, el padre de la misma hipotecó una finca de su propiedad y, posteriormente, la volvió a hipotecar en garantía de otra deuda distinta, que, al no ser pagada, originó un proceso de ejecución, razón por la cual fue adjudicada en pública subasta. Con posterioridad, un tercero pagó los dos últimos plazos del préstamo concedido a la hija, pretendiéndose subrogar en la posición del prestamista y, en consecuencia, ejecutar la

hipoteca de fecha anterior, a lo que se opuso el adjudicatario de la finca, alegando que, al haberse extinguido el préstamo, como consecuencia del pago realizado por dicho tercero, también lo había hecho la hipoteca que lo garantizaba. El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia recurrida, afirmó que el tercero había realizado el pago, con la aprobación expresa de la hija, ya que se le habían entregado los dos pagarés (correspondientes a las cantidades impagadas) y la escritura de constitución de la primera hipoteca, por lo que se había subrogado en la posición del prestamista, con subsistencia, pues, de la hipoteca constituida a su favor, que, por ser de fecha más antigua, perjudicaba al adjudicatario de la finca.

No obstante, hay que tener en cuenta que, conforme a lo previsto en el art. 1210.1º y 3º CC, se presume la subrogación, si el tercero que paga es, a su vez, un acreedor y lo hace a quien tiene un derecho de cobro preferente al suyo (por ejemplo, en virtud de una hipoteca de fecha anterior); o, si tiene un interés en el cumplimiento de la obligación, como, por ejemplo, sucede, cuando el tercero tiene la condición de hipotecante no deudor (su interés en pagar se explica, porque, si el deudor no cumple, deberá sufrir la ejecución de la hipoteca), por lo que, como observa la STS 3 febrero 2009 (*Tol 1448808*), podrá beneficiarse de la fianza constituida a favor del acreedor. La STS 12 marzo 2010 (*Tol 1798256*) constata que, tal y como resulta del tenor del art. 1158.I CC, la acción de reembolso procede, con independencia de que el tercero que paga no tenga interés en el cumplimiento de la obligación, observando que, si lo tiene, procede, además, la subrogación conforme a lo previsto en el art. 1210.3º CC.

3. El art. 1162 CC afirma que “El pago deberá realizarse a la persona a cuyo favor estuviere constituida la obligación [es decir, el acreedor], o a otra autorizada para recibirlo en su nombre”.

El acreedor deberá tener capacidad general para administrar sus bienes, aunque, si no la tiene, el pago “será válido, en cuanto se hubiere convertido en su utilidad” (art. 1163.I CC). Cabe, además, la confirmación del pago, por parte del representante legal del incapaz.

La persona autorizada para recibir el pago en nombre del acreedor será su representante voluntario, a quien haya dado poderes para cobrar, o su representante legal, si es menor de edad o se halla incapacitado.

También, como ponen de manifiesto SSTS 18 mayo 1984 (*Tol 1737788*) y 16 febrero 2001 (*Tol 26956*), puede ser autorizada para recibir el pago la entidad bancaria, en la que el acreedor tenga una cuenta corriente, cuyo número haya facilitado al deudor para que ingrese en ella la cantidad debida. Esta entidad

bancaria no es, sin embargo, un representante voluntario del acreedor, ya que no obra en su nombre, sino un mero autorizado para recibir el pago, al que se denomina *adiectus solutionis causa*.

3.1. Fuera de estos supuestos de autorización, a los que nos hemos referido, el pago hecho a un tercero no produce el efecto liberatorio, a no ser que, como dice el art. 1163.II CC, dicho pago “se hubiera convertido en utilidad del acreedor”. Sería, por ejemplo, el caso de que el tercero que recibió la cosa debida la hubiera después entregado al acreedor, o también el supuesto en que el deudor ingresase en la cuenta corriente del acreedor la cantidad debida, a pesar de que aquél no hubiera autorizado al banco a recibir el pago.

3.2. Otra excepción a la invalidez del pago hecho a un tercero, a quien el acreedor no ha autorizado para recibirlo en su nombre, es el pago hecho al llamado “acreedor aparente”, es decir, a quien externamente reviste la apariencia de acreedor, por lo que suscita en el deudor la confianza razonable de que lo es. El art. 1164 CC dice, así, que “El pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión de un crédito, liberará al deudor”. La STS 17 octubre 1998 (*Tol 2486*) afirma, así, que “El precepto implica protección de la confianza en la apariencia jurídica”. V. también STS 30 octubre 1995 (*Tol 1668102*).

El precepto se aplicó en relación con el pago por parte de los bancos de cheques falsificados, llegándose a sostener que, si la falsificación era tan perfecta, que no era detectable por una persona de normal diligencia, había que entender que el banco había pagado de buena fe a un acreedor aparente (esto es, a quien presentó el cheque al cobro), por lo que quedaba liberado y no debía restituir al titular de la cuenta corriente la cantidad dispuesta con cargo a ella.

Sin embargo, en la actualidad, el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCH) ha establecido una responsabilidad objetiva a cargo del banco, el cual responde por el mero hecho del pago de un cheque falso, incluso aunque sus dependientes hubieran desplegado la diligencia debida al comprobar la autenticidad de la firma. Como explica la STS 9 febrero 1998 (*Tol 7101*) se trata de una aplicación de “la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón, cuya firma es falsa, debido a que solo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador”.

El banco sólo puede eximirse de responsabilidad, probando que el pago del cheque falso se debió a la negligencia del titular de la cuenta corriente en la custodia del talonario o a su culpa exclusiva (por ejemplo, pago de un cheque con una firma hábilmente falsificada, unida a la falta de notificación de la

sustracción del talonario en un plazo razonable).

El banco no puede, pues, invocar la negligencia del cliente (en la custodia del talonario o al comunicar su extravío, sustracción o robo) para eximirse de responsabilidad, si él también obró negligentemente, al comprobar la autenticidad de la firma, en cuyo caso la jurisprudencia suele aplicar la teoría de la compensación de culpas, reduciendo el *quantum* de la indemnización debida por el banco, normalmente, al cincuenta por ciento del importe de los cheques pagados [V. en este sentido SSTs 18 julio 1994 (*Tol 1666231*), 9 marzo 1995 (*Tol 1667095*) y 29 marzo 2007 (*Tol 1053710*)].

La SAP Burgos 24 noviembre 1995 (AC 1995, 2582) consideró negligente el comportamiento del titular que deja su talonario en los cajones de dos mesas de una oficina, lugar, al que tenía acceso una aprendiz, sin guardarlos bajo llave, “máxime cuando algunos de los talonarios estaban ya incluso firmados por la persona con firma autorizada y estampados con el sello de la empresa titular de la cuenta, lo que constituye una evidente negligencia en la custodia de los talonarios, que debe conducir necesariamente a la moderación de responsabilidad del librado”, aplicando en consecuencia la teoría de la compensación de culpas, y concediendo al demandante el reembolso de la mitad del importe de los cheques indebidamente cobrados.

La SAP Castellón 14 octubre 1998 (AC 1998, 2109) estimó, igualmente, negligente el comportamiento del titular, que dejó un talonario de cheques en un maletín depositado en el maletero de su automóvil, estacionado en un aparcamiento, “habiendo advertido cuando fue a recoger su vehículo que la guantera del coche estaba abierta, lugar en el que curiosamente tenía otro talonario de una entidad financiera diferente, debiendo de haber quedado alertado por este hecho hasta el punto de comprobar el estado general del coche, lo que hubiera posibilitado el advertir que la cerradura de la puerta derecha del vehículo había sido forzada y que por lo tanto había sido objeto de un robo”. No obstante, apreció la existencia de culpa concurrente del banco, por lo que, aplicando la teoría de la compensación de culpas, concedió al demandante el derecho a obtener el reembolso del cincuenta por ciento del importe del talón falsificado.

La jurisprudencia entiende que no es negligente la conducta de quien remite un cheque nominativo por correo ordinario. V. en este sentido SSAP Madrid 31 marzo 1993 (AC 1993, 723), Sevilla 20 mayo 1994 (AC 1994, 797), Madrid 14 diciembre 1994 (AC 1995, 34) y Madrid 19 junio 1998 (AC 1998, 1532). En cambio, sí considera negligente la conducta de quien remite por este tipo de correo un cheque al portador. V. en este sentido SAP Castellón 12 abril 1997 (AC 1997, 1686).

Por cuanto concierne a los pagos hechos mediante la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, el art. 31 LSP de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante LSP), establece que el proveedor de dichos servicios devolverá, “de inmediato”, al usuario de la tarjeta “el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada”.

El banco, proveedor de los servicios de pago, responderá, así, por las operaciones realizadas irregularmente por terceros con tarjetas que él emite, salvo si se demuestra la actuación fraudulenta del usuario o “el incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones” (art. 32.2 LSP). Esto es, la de adoptar “todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto”; y, “en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago”, la de “notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello” (art. 27 LSP); y, en todo caso, en el plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono, “Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago” (art. 29.2 LSP).

No obstante lo dicho, el usuario de la tarjeta utilizada irregularmente “soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído” (art. 32.1 LSP).

4. Junto a los requisitos subjetivos, existen, además, unos requisitos objetivos, así llamados por afectar al objeto de la obligación, es decir, a la prestación: esto es, la identidad y la integridad.

La STS 25 mayo 2001 (*Tol 63774*) observa que, para que el pago produzca sus efectos liberatorios, es necesario que la cantidad satisfecha “produzca real ingreso en el patrimonio del titular de la misma, exigiéndose identidad e integridad de la prestación convenida”, es decir, como puntualiza la STS 24 octubre 2001 (*Tol 66508*), se requiere una “adecuación entre lo debido y lo realizado”.

a) A la identidad de la prestación se refiere el art. 1166.I del Código civil, cuando dice que “El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente a la debida, aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida”.

La identidad significa, pues, que el deudor ha de entregar exactamente la prestación debida, y, si entrega otra distinta, el acreedor se puede negar a recibirla. Por ello, la STS 22 marzo 1999 (*Tol 1689*) afirma que “la vendedora demandada no puede obligar a los demandantes, compradores de un terreno con chalet, a que reciban un terreno distinto, aun cuando sea mayor que el que fue objeto del contrato de compraventa”.

b) La integridad de la prestación significa que el deudor no puede cumplir parcialmente la prestación debida, sino que ha de cumplirla por entero, llegado el momento en que deba ejecutarla, ya que, en caso contrario, el acreedor puede negarse a recibirla. V. en este sentido SSTs 2 noviembre 1994 (*Tol 1666351*), 2 diciembre 1996 (*Tol 1658684*), 30 enero 1999 (*Tol 2686*) y 17 diciembre 2003 (*Tol 348309*).

Así, dice el art. 1169.I CC que “A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación”. “Sin embargo —añade el precepto—, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda”.

5. La prestación ha de ejecutarse en el lugar debido, para que el cumplimiento sea exacto.

a) A tenor del art. 1171.I CC, “El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación”, esto es, en el pactado por las partes en el contrato (en las obligaciones pecuniarias puede y suele pactarse la domiciliación bancaria).

b) “No habiéndose expresado y tratándose de entregar cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación” (art. 1171.II CC), lo que, obviamente, no puede aplicarse a la que tenga carácter genérico.

c) “En cualquier otro caso, el lugar del pago será el domicilio del deudor” (art. 1171.III CC).

No obstante lo dicho, hay que tener en cuenta la función que pueden cumplir los usos como fuente de integración del contrato en este ámbito, a tenor del art. 1258 CC; y, además, que, como regla general, salvo que otra cosa se pacte, en las obligaciones recíprocas, el cumplimiento de una de ellas debe efectuarse en el lugar en que la otra se realice (art. 1500 CC).

6. El medio normal de prueba del pago es el recibo expedido y firmado por el acreedor.

El Código civil no impone al acreedor la obligación de entregarlo, pero se trata de una obligación que puede deducirse del principio general de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC), habiendo declarado la jurisprudencia que el deudor puede negarse a realizar el pago, en tanto el acreedor no le dé recibo acreditativo del mismo. V. en este sentido STS 24 mayo 1955 (RAJ 1955, 1709).

Además, debe tenerse en cuenta que, a tenor del art. 63 TRLGDCU, “En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación”. Añade el precepto que “Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”.

Conforme al art. 1168 CC, los “gastos extrajudiciales que ocasione el pago”, es decir, los que sean precisos para poder realizarse la prestación (por ejemplo, desplazar la cosa al lugar en que debe ser entregada), “serán de cuenta del deudor” (aunque, teniendo el precepto carácter dispositivo, cabe pacto en contrario). “Respecto de los judiciales [costas de los pleitos que pudieran surgir entre las partes], decidirá el Tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

7. La imputación de pagos es, como explica la STS 24 marzo 1998 (*Tol* 12956), “la determinación de la obligación a la que se aplica el pago y produce su cumplimiento, habiendo varias del mismo tipo entre acreedor y deudor”.

La imputación de pagos presupone, pues, que una persona tiene varias deudas de la misma especie (normalmente, de carácter pecuniario) a favor de un mismo acreedor, lo que determina la necesidad de precisar a cuál de esas deudas debe aplicarse el pago realizado.

Existen tres clases de imputación:

a) La imputación hecha por el deudor.

A tenor del art. 1171.I CC, “El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse”. La jurisprudencia observa que esta declaración de voluntad del deudor sobre el destino de la prestación que realiza presenta un evidente carácter fáctico, cuya apreciación corresponde, en consecuencia, a los Tribunales de instancia. V. en este sentido STS 21 septiembre 2007 (*Tol 1150990*).

Por lo tanto, en principio, corresponde al deudor la facultad de imputar el pago realizado a alguna de sus deudas, mediante una declaración de voluntad dirigida al acreedor “sobre el destino de la prestación que realiza” [STS 24 marzo 1998 (*Tol 12956*)].

Dicha declaración, como observa la STS 18 diciembre 1991 (*Tol 1727899*), deberá realizarse al tiempo de hacer el pago, siendo ineficaz la realizada posteriormente. La STS 3 abril 2009 (*Tol 1490812*) dice, que “la imputación se efectúa perentoriamente en el momento del pago y no puede ser modificada después sin el consentimiento del acreedor y del deudor”.

En el ejercicio de esta facultad, el deudor deberá respetar lo dispuesto en el art. 1173 CC, según el cual “Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses”; y ello, porque lo contrario, según constata la STS 24 octubre 1994 (*Tol 1665647*), “supondría convertir una deuda que produce intereses en una simple, en claro perjuicio del acreedor”.

b) La imputación convencional.

Es la hecha, de común acuerdo, por el acreedor y el deudor, o por aquél, con el consentimiento de éste.

A esta clase de imputación se refiere el art. 1172.II CC, según el cual “Si [el deudor] aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato”.

Como observa la STS 31 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9151), la imputación convencional, pactada entre los hipotecantes y el acreedor hipotecario, impide la aplicación de la imputación legal.

c) La imputación legal.

Con carácter subsidiario, es decir, para el caso de que el deudor no haya hecho la imputación o la misma no se haya convenido, el art. 1174 CC prevé

que “se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas”, por ejemplo, la que devenga un tipo de interés más elevado [STS 25 mayo 1993 (*Tol 1663819*)] o la garantizada por una hipoteca [STS 29 septiembre 2003 (*Tol 314140*)]. “Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata”.

8. Se habla de subrogados del cumplimiento para referirse a medios de extinción de la obligación, que propiamente no son pago, porque no consisten en el cumplimiento exacto de la prestación pactada.

Nos referiremos aquí, al ofrecimiento de pago y la consignación de la cosa debida, a la dación en pago y al pago por cesión de bienes a los acreedores, tratando de la compensación (expresamente prevista en el art. 1156 CC como causa de extinción de la obligación) en epígrafe separado.

8.1. El ofrecimiento de pago es un medio que tiene el deudor para liberarse de una obligación de dar, cuando el acreedor, sin razón, se niega a recibir la prestación debida. En tal caso, según resulta del art. 1176 CC, el deudor podrá librarse de responsabilidad mediante dicho ofrecimiento, seguido de la consignación de la cosa debida ante la autoridad judicial, la cual deberá ser “previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación” (art. 1177.I CC), a quienes, además, deberá ser notificada, una vez hecha (art. 1178.II CC).

La extinción de la obligación presupone la consignación, por lo que, para lograr dicho efecto, no basta el mero ofrecimiento de pago, el cual, sin embargo, evita que el deudor se constituya en estado de mora o incurra en incumplimiento (que permita resolver el contrato) o caducidades. V. en este sentido SSTs 10 junio 1996 (*Tol 1659524*) y 30 diciembre 1998 (*Tol 171250*).

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha dado una nueva redacción al art. 1176 CC, que aumenta los supuestos en los que procede el ofrecimiento de pago.

El nuevo art. 1176. I CC dice, así: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida”.

El previo ofrecimiento de pago, sin embargo, no será necesario en los supuestos del art. 1176.II CC, es decir, cuando el acreedor está ausente,

“incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación”. La STS 4 noviembre 2008 (*Tol 1396305*) consideró pertinente la consignación, porque el deudor cedido era requerido para pagar, tanto por la entidad cesionaria del crédito, como por la de los subcontratistas del cedente, existiendo una situación objetiva de incertidumbre sobre el sujeto con derecho a recibir la prestación

Así mismo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, ha añadido un párrafo III al art. 1176 CC, en el que se amplían los casos en que se admite la consignación directa, sin necesidad de realizar el previo ofrecimiento de pago: “En todo caso, procederá la consignación en todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo”.

A tenor del vigente art. 1178 CC (conforme a la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio), “La consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial”.

Se contemplan, pues, las dos modalidades tradicionales de consignación: la judicial, que se regulará por los arts. 98 y 99 de la referida Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria; y el extrajudicial, en los términos previstos en los arts. 200.1º y 216 RN, mediante el depósito notarial de un cheque nominativo por el importe de la cantidad debida. V. a este respecto STS 11 noviembre 2010 (*Tol 2005213*).

El art. 98 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, contiene normas sobre ámbito de aplicación, competencia y postulación:

“1. Se aplicará lo dispuesto en este Capítulo en los casos en que, procediendo la consignación conforme a la ley, se realice ante el órgano judicial.

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al lugar donde deba cumplirse la obligación y, si pudiera cumplirse en distintos lugares, cualquiera de ellos a elección del solicitante. En su defecto, será competente el que corresponda al domicilio del deudor.

3. Para la actuación en el presente expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador”.

El art. 99 de la misma Ley contiene las siguientes normas de tramitación:

“1. El que promueva la consignación judicial expresará en su solicitud los datos y circunstancias de identificación de los interesados en la obligación a que se refiera la consignación, el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, así como las razones de esta, todo lo relativo al objeto de la consignación, su puesta a disposición del órgano judicial y, en su caso, lo que se solicite en cuanto a su depósito.

Asimismo, deberá acreditar haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procediera, y en todo caso el anuncio de la consignación al acreedor y demás interesados en la obligación.

Con la solicitud se habrá de efectuar la puesta a disposición de la cosa debida, sin perjuicio de que posteriormente pueda designarse como depositario al propio promotor.

2. Si la solicitud no reuniera los requisitos necesarios, el Secretario judicial dictará decreto que así lo declare y mandará devolver al promotor lo consignado.

En caso contrario, admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste notificará a los interesados la existencia de la consignación, a los efectos de que en el plazo de diez días retiren la cosa debida o realicen las alegaciones que consideren oportunas. Igualmente adoptará las medidas oportunas en cuanto al depósito de la cosa debida.

3. Cuando los interesados comparecidos retirasen la cosa debida aceptando expresamente la consignación, el Secretario judicial dictará decreto teniéndola por aceptada, con los efectos legales procedentes, mandando cancelar la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicitara el promotor.

4. Si transcurrido el plazo no procedieran a retirar la cosa debida, no realizaran ninguna alegación o rechazaran la consignación, se dará traslado al promotor para que inste, en el plazo de cinco días, la devolución de lo consignado o el mantenimiento de la consignación.

En el caso de que el promotor solicitara la devolución de lo consignado, se dará traslado de la petición al acreedor por cinco días, y si le autorizara a retirarlo, el Secretario judicial dictará decreto acordando el archivo del expediente y el acreedor perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa y los copromotores y fiadores quedarán libres. Si la cosa fuera retirada por la exclusiva voluntad del promotor, el archivo del expediente dejará subsistente la obligación.

Cuando el promotor instara el mantenimiento de la consignación, el

Secretario judicial citará al promotor, al acreedor y a aquellos que pudieran estar interesados a una comparecencia a celebrar ante el Juez, en la que serán oídos y se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y acordadas.

5. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la concurrencia en la consignación de los requisitos que correspondan, resolverá declarando o no estar bien hecha la misma.

Si la resolución tuviere por bien hecha la consignación, ésta producirá los efectos legales procedentes, se entregará al acreedor la cosa consignada y se mandará cancelar la obligación si el promotor lo solicitare. En caso contrario, la obligación subsistirá y se devolverá al promotor lo consignado.

6. Los gastos ocasionados por la consignación serán de cuenta del acreedor si fuera aceptada o se declarase estar bien hecha. Esos gastos serán de cuenta del promotor si fuera declarada improcedente o retirase la cosa consignada”.

La consignación judicial deberá ajustarse a lo previsto en el RD 467/2006, de 21 de abril, realizándose en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales”, quedando terminantemente prohibida la recepción material de dinero o cheques en los Juzgados y Tribunales.

8.2. La dación en pago es un negocio, por el que el deudor y el acreedor pactan que el primero entregará al segundo una cosa distinta a la debida y que, mediante dicha entrega, en virtud de la cual se transmite la propiedad del bien, quedará extinguida la obligación. La STS 9 febrero 2007 (*Tol 1037975*) observa que la pérdida del bien dado en pago, por ejecución hipotecaria imputable al acreedor, no impide el efecto extintivo de la obligación.

Por ejemplo, el deudor debe 40.000 euros, y no tiene dinero en metálico para pagar, pero sí una finca, cuyo valor se aproxima a la suma debida. Puede entonces convenir con el acreedor que acepte dicha finca en pago de su deuda. Si éste lo acepta, una vez entregada la finca, el deudor quedará liberado y la obligación extinguida.

La STS 9 de junio 2010 (*Tol 1908300*) contempló un supuesto de dación en pago por parte del Ayuntamiento propietario a un acreedor de finca embargada por impago de cuotas de propiedad horizontal y ejecutada a un tercero en procedimiento de ejecución.

Según se deduce del art. 1166 CC, la dación en pago no puede ser impuesta por el deudor, sino que tiene que ser aceptada por el acreedor. La STS 6 junio 2007 (*Tol 1092864*) precisa que “en forma alguna cabe presumir que

una determinada transmisión de bienes constituya una dación en pago, aun cuando concurriera en las partes la condición de acreedor y de deudor, pues para que así se estime ha de constar la voluntad del acreedor de aceptar la sustitución de la prestación debida por otra distinta mediante la que se extingue la obligación”.

La dación en pago de la vivienda habitual se contempla en el apartado 3 del Anexo del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Dicho Anexo establece el denominado “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”. Sin embargo, recientemente se han modificado los requisitos exigidos para la dación en pago (suprimiéndose algunos y añadiéndose otros adicionales), a raíz de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que, a su vez, ha sido modificada por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Para que exista dación en pago, la jurisprudencia exige que haya cesión del dominio pleno en concepto de pago total de la deuda, que conste el consentimiento del acreedor para la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido y, por último, que su regulación se acomode a las normas de la compraventa, al carecer de normas específicas. V. en este sentido SSTs 29 abril 1991 (*Tol 1727076*), 19 octubre 1992 (*Tol 1655142*) y 2 diciembre 1994 (*Tol 1666580*). No obstante, la STS 1 octubre 2009 (*Tol 1627880*) observa que la aplicación analógica de las normas de la compraventa no significa que todos los preceptos atinentes a la misma deban aplicarse con total exactitud, admitiendo que, en virtud del principio de autonomía privada del art. 1255 CC, pueda acordarse la dación en pago de unos servicios (de intermediación en promoción de edificaciones) que no están exactamente determinados o valorados.

En cuanto negocio jurídico, la validez de la dación en pago puede ser objeto de impugnación conforme a las normas generales de los contratos. Como admite la STS 22 mayo 2006 (*Tol 952764*), cabe anular la dación en pago, por error esencial y excusable, consistente, en el caso juzgado, en el desconocimiento de que la finca entregada, que se creía libre, estaba embargada. La STS 1 marzo 2013 (*Tol 3266757*), por su parte, declaró la nulidad de un contrato en el que se simuló una dación en pago que encubría un préstamo a un interés usurario. Así, si la prestataria no cumplía con su obligación de pago, se consumaba la transmisión de la propiedad de la finca objeto de la dación en pago al prestamista.

8.3. El art. 1175 del Código civil dice que “El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas”.

Esta cesión habrá de convenirse con todos los acreedores, pues no puede beneficiarse a unos, en perjuicio de otros, como tampoco alterarse el sistema legal de prelación de créditos; además, esta cesión extrajudicial sólo será posible, si el deudor no se encuentra en una situación de insolvencia, que dé lugar a la declaración de concurso, pues, en este caso, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Concursal.

A tenor del art. 100.3 LC, “En ningún caso la propuesta [de convenio] podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada”. La Exposición de Motivos de la Ley explica que la razón de esta prohibición es impedir que “a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia”.

La cesión es un negocio que no debe confundirse con la dación en pago, ya que, como explica la STS 14 julio 1997 (*Tol 216636*), ésta implica la entrega de una cosa distinta a la debida, mediante la cual se producen los efectos propios del pago, esto es, la extinción de la obligación. En cambio, según observan las SSTS 6 junio 2007 (*Tol 1092864*), 4 julio 2007 (*Tol 1113034*) y 2 julio 2008 (*Tol 1366372*), la cesión de bienes no produce, por sí misma, la extinción de la obligación sino que, a través de ella, el deudor entrega la posesión (que no, la propiedad) de sus bienes a los acreedores para que los vendan y con su importe paguen sus créditos. Por lo tanto, como observa la STS 3 enero 1977 (RAJ 1977, 1), la cesión de bienes a los acreedores “no entraña una atribución de propiedad [...] sino su simple posesión, unida a un mandato con poder irrevocable para llevar a cabo las ventas pertinentes y cobrarse con su producto, restituyendo el remanente al deudor”.

Por ejemplo, “A” tiene una deuda con “B”, por valor de 100.000 euros; y con “C”, por valor de 50.000 euros; al no tener liquidez, les cede la posesión de dos inmuebles de su propiedad, con el mandato irrevocable de proceder a su enajenación, autorizándoles para que imputen el precio obtenido a la satisfacción de sus créditos.

Así pues, lo que, en su caso, extingue la obligación no es la cesión en sí

misma, sino el pago que se realice con el precio de venta de los bienes cedidos. Por ello, si el precio de venta obtenido es menor que la cantidad debida, el deudor no queda totalmente liberado de la deuda, sino, tan sólo, como precisa el art. 1175 CC, por el importe de los bienes vendidos, de manera que sigue obligado a pagar la parte de la deuda no satisfecha; en cambio, como explica la STS 6 junio 2007 (*Tol 1092864*), si el precio es mayor que lo debido, debe restituirse el remanente al deudor.

Esta diferencia entre dación de pago y cesión de bienes suele explicarse diciendo que la primera es un negocio que produce los efectos del pago (*pro soluto*) y la segunda un negocio para el pago (*pro solvendo*). V. en este sentido SSTS 7 diciembre 1983 (RAJ 1983, 6923), 7 octubre 1992 (*Tol 1661272*), 28 junio 1997 (*Tol 215207*), 30 junio 2009 (*Tol 1567580*) y 1 octubre 2009 (*Tol 1627880*).

9. La compensación es un mecanismo de extinción de las obligaciones, que operará “cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra” (art. 1195 CC).

Su finalidad es evitar los dobles pagos, aunque, como resulta lógico, según constata la STS 21 noviembre 1988 (*Tol 1734174*), la compensación se produce en atención a la cuantía de los respectivos créditos, tal y como resulta del art. 1202 CC.

La compensación, por tanto, como dice la STS 26 noviembre 1991 (*Tol 1726779*), podrá ser total o parcial.

Por ejemplo, si “A” y “B” se deben recíprocamente 6.000 euros, sus respectivas deudas se extinguirán, por compensación (total). Pero, si “A” debe a “B” 6.000 euros, y éste, a su vez, debe a “A” 4.000 euros, la cuantía del crédito de “B” se reducirá a 2.000 euros, como consecuencia de la compensación (parcial).

Existen tres tipos de compensación: la legal, la judicial y la convencional.

9.1. La compensación legal es la que se produce por ministerio de la Ley, al darse los requisitos, enumerados por el art. 1196 CC.

No obstante, hay que tener en cuenta que la compensación legal puede excluirse cuando así lo hayan pactado los interesados. Además, el art. 1200 CC prohíbe la compensación en dos supuestos: cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, aunque, como constata la STS 21 abril 1988 (*Tol 1735123*), es posible el pacto en contrario; y en el caso de alimentos debidos por título gratuito. Así mismo,

según el art. 58 LC, como regla general, “declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración”.

9.1.1. Los requisitos de la compensación legal, que han de darse cumulativamente, son los siguientes:

a) “Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro”, indiferente la fuente de la que procedan las obligaciones, según afirman las SSTs 11 abril 1985 (*Tol 1736574*), 27 junio 1995 (*Tol 1667363*) y 24 marzo 2000 (*Tol 1619*).

Por ello, un deudor no puede pretender que se compense el crédito que un representante le reclame en nombre de otra persona, argumentando que dicho representante le debe, a su vez, una suma de dinero (sólo podrá oponer la compensación por la cuantía del crédito que, en su caso, tuviera contra el representado, en cuyo nombre se hace la reclamación).

Como excepción a este requisito, el art. 1197 CC señala que “el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal”.

b) “Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero”.

La compensación, normalmente, tiene lugar respecto de deudas pecuniarias, aunque el art. 1196.2º CC también la admite cuando “siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado” (es decir, sean homogéneas), compensación que raramente tiene lugar (por ejemplo, se pueden compensar las deudas de entregarse vino de una misma calidad y características).

c) “Que las dos deudas estén vencidas” y sean exigibles. Por lo tanto, no pueden compensarse deudas sujetas a una condición o plazo, hasta que aquélla se cumpla o éste venza, a no ser, como observa la STS 3 abril 2006 (*Tol 882971*), que el plazo “se hubiera establecido [en contra de lo que es la regla general del art. 1127 CC] en beneficio de quien opone la compensación y pueda renunciar a él”.

La STS 3 abril 2006 (*Tol 882971*) consideró, así, que un banco no podía compensar lo que le debía uno de sus clientes (en concepto de fiador de una deuda de una sociedad, que no había sido satisfecha) con las cantidades que éste tenía en tres depósitos a plazo fijo, porque los mismos todavía no habían vencido. Por ello, reconoció que dicho cliente tenía derecho a los intereses

que hubieran debido devengarse en el período de tiempo comprendido entre la incorrecta retirada de las sumas depositadas (realizada por el banco a efectos de proceder a la compensación de las deudas recíprocas) y el momento del vencimiento de los plazos de las respectivas imposiciones.

d) “Que sean líquidas”, es decir, haya certeza sobre su existencia y cuantía, debiendo recordarse que la jurisprudencia, de la que es ilustrativa la STS 30 diciembre 1998 (*Tol 171252*), ha declarado que una deuda es líquida, cuando está determinado su montante o éste puede fijarse a través de una simple operación aritmética (por ejemplo, una multiplicación).

La STS 7 diciembre 2007 (*Tol 1229943*) estimó improcedente la compensación legal, alegada por el demandado, quien reclamaba la restitución de un capital prestado, por carecer de cuantía determinada el crédito que aquél alegaba tener contra el demandante. Concretamente, sostenía haber realizado a favor de éste, una serie de servicios, en calidad de abogado. Frente a ello, el Tribunal Supremo afirma que la mera formulación de la minuta por el abogado demandado no era bastante para fijar la cuantía del pretendido crédito, dándose, además, la circunstancia de que los servicios que se minutaban sólo, en parte, habían sido reconocidos.

e) “Que sobre ninguna de ellas [las deudas] haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor”, es decir, que no exista un litigio, por el que este último, como dice la STS 3 abril 2006 (*Tol 882971*), se convierta en depositario judicial hasta la finalización del mismo, momento éste, en que se sabrá con certeza quién es el acreedor.

9.1.2. Cumplidos estos requisitos, como constatan las SSTS 20 junio 1986 (*Tol 1735374*), 21 noviembre 1988 (*Tol 1734174*) y 30 abril 2008 (*Tol 1370044*), la compensación se producirá automáticamente, extinguiéndose “una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores”.

El hecho de que la compensación legal opere automáticamente, por ministerio de la Ley; y no, como consecuencia de la sentencia que la aprecie, puede tener su incidencia en tema de costas. Así, la STS 30 marzo 2007 (*Tol 1050578*) confirmó la sentencia recurrida, la cual había desestimado una demanda de reclamación de cantidad, al acoger la reconvencción de la demandada, la cual había opuesto la extinción (por compensación) del crédito de las actoras y, a su vez, les había reclamado la diferencia existente a su favor; con la consecuencia de habérselas impuesto las costas, tanto de la demanda principal, como de la reconvenicional. Afirma el Tribunal Supremo que, si “tal y como se ha apreciado en la instancia, tal compensación se había producido por razón de los créditos concurrentes de una y otra parte antes

de la presentación de la demanda, es claro que los actores no eran acreedores de la demandada al formularla, sino que eran deudores de ésta, lo que determinó la íntegra desestimación de su pretensión, sin que ello suponga incongruencia alguna”.

Ahora bien, la jurisprudencia, por ejemplo, en STS 15 febrero 2005 (*Tol 590990*), ha precisado que, si bien este tipo de compensación “se produce por aplicación de las normas legales, una vez cumplidos todos los requisitos que las mismas exigen”, la parte demandada ha de invocarla en juicio, por exigencia, como explica la STS 3 abril 2006 (*Tol 882971*), “del principio dispositivo rector del proceso civil” y como consecuencia “del poder de disposición del derecho subjetivo [...] es reconocido a las partes”. Sin embargo, basta con que se invoquen los hechos de los que resulte la compensación, sin que sea necesario que se oponga nominalmente la excepción. V. en este sentido SSTS 18 diciembre 2001 (*Tol 129853*), 26 junio 2002 (*Tol 178195*), 15 febrero 2005 (*Tol 590990*) y 7 diciembre (*Tol 1229943*).

Téngase en cuenta que, a tenor del art. 1201 CC, “Si una persona tuviere contra sí varias deudas compensables, se observará en el orden de la compensación lo dispuesto respecto a la imputación de pagos”.

9.2. La jurisprudencia admite la denominada compensación judicial, que tiene lugar en los casos en que no procede la compensación legal, “por falta de alguno de sus requisitos [los previstos en el art. 1196 CC] y éste se logra durante la tramitación del proceso” (y por efecto de éste). V. en este sentido SSTS 15 febrero 2005 (*Tol 590990*), 30 abril 2008 (*Tol 1370044*) y 22 junio 2009 (*Tol 1560761*).

Concretamente, según observa la STS 10 diciembre 2009 (*Tol 1762165*), en este tipo de compensación, el requisito de que las deudas estén vencidas y sean líquidas “puede no concurrir en el momento de plantearse el proceso y sí darse en el curso del mismo, por lo que es ordenada en la sentencia”.

Por lo tanto, como constatan las SSTS 7 diciembre 2007 (*Tol 1229943*), 6 noviembre 2008 (*Tol 1396311*) y 30 abril 2008 (*Tol 1370044*), para que el juez pueda completar este requisito, es necesario que el demandado plantee una reconvencción, pidiendo el reconocimiento del crédito que tenga contra el demandante y la determinación de su cuantía, para lo cual, según expone la STS 7 diciembre 2007 (*Tol 1229943*), deberá aportar los correspondientes medios de prueba, lo que permitirá que “en la sentencia se fije concretamente las cantidades de que las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras” [STS 22 junio 2009 (*Tol 1560761*)].

Así, por ejemplo, la STS 1 julio 2008 (*Tol 1347148*), ante la reclamación, por el contratista, de la parte de obra pendiente de pago, el dueño de la misma

pidió y obtuvo la compensación judicial por el importe (que se fijó en sentencia, como consecuencia de las pruebas aportadas al proceso) de las deficiencias, los excesos de facturación y las faltas o mediciones discutidas.

A diferencia de lo que sucede en la compensación legal, la judicial no tiene carácter retroactivo, produciéndose sus efectos desde la fecha de la sentencia que la aprecia.

9.3. La compensación voluntaria es la que tiene lugar, “cuando las partes la acuerden de modo convencional”, “regulándose ésta por los pactos que libremente hubieren convenido”, según explica la STS 30 abril 2008 (*Tol 1370044*).

Este tipo de compensación no exige que se den los requisitos del art. 1196 CC, ni siquiera el carácter homogéneo de las deudas: por ejemplo, es posible que dos personas se presten servicios de naturaleza totalmente distinta, pactándose la neutralización de sus respectivas deudas (por ejemplo, un abogado defender en juicio a un médico y éste atender el estado de salud de aquél).

ÍNDICE

EL DERECHO DE ABOLORIO: UNA INSTITUCIÓN ARAGONESA
AL SERVICIO DE LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO
FAMILIAR*

THE RIGHT OF ABOLORIO: AN INSTITUTION ARAGONESE AT
THE SERVICE OF THE FAMILY PROPERTY CONSERVATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4 febrero 2016, pp. 274 - 288.

Fecha entrega: 08/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

* Trabajo realizado en el marco del *Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés*, financiado por el Gobierno de Aragón, cuyo investigador principal es el Dr. J. DELGADO ECHEVERRÍA.

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
Acreditada a Titular de Universidad
Prof^a. Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto dar noticia del régimen jurídico y de la práctica jurisprudencial existente en materia de derecho de abolorio, un derecho familiar de adquisición preferente que rige en Derecho aragonés desde sus inicios y que tiene por finalidad evitar la salida de los inmuebles de su familia de origen por enajenación de su titular actual.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil aragonés; patrimonio familiar; derechos familiares de adquisición preferente; tanteo y retracto; derecho de abolorio.

ABSTRACT: The aim of this paper is to give an accurate account about regulation and the court's decisions on the Right of *Abolorio*, a Family Right of Preferential Acquisition prevailing in Aragonese civil law from the origins and is intended to prevent the alienation of properties in favour of individuals who are not members of the family origin.

KEY WORDS: Aragonese civil law; family property; family rights of preferential acquisition; pre-emption rights; right of *Abolorio*.

SUMARIO: 1. Planteamiento.- 2. Concepto legal y naturaleza jurídica.- 3. Titulares del derecho. Concurrencia.- 4. Legitimados pasivos.- 5. Bienes de abolorio. Cuota indivisa. Pluralidad de bienes.- 6. Enajenaciones originadoras.- 7. Requisitos formales.- 8. Efectos.- 9. Renuncia.- 10. Colisión con otros derechos de adquisición preferente.

1. El derecho de abolorio es uno de los derechos familiares de adquisición preferente que rigen en la actualidad en algunos Ordenamientos territoriales españoles. Ello contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, ya que el retracto gentilicio castellano fue excluido del Código civil. En los Derechos civiles forales o especiales donde se regula esta institución se utilizan diferentes denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en Aragón (arts. 588 a 598 Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA), retracto gentilicio en Navarra (leyes 452 a 459 Fuero Nuevo de Navarra), saca foral en Vizcaya (arts. 72 a 87 Ley de Derecho Civil Vasco) y derecho de tornería en el Valle de Arán (arts. 568-21 a 568-26 Código Civil de Cataluña). Obviamente, existen importantes diferencias de regulación entre estos derechos, siendo la saca vizcaína la que presenta mayores peculiaridades. En cualquier caso, todos ellos obedecen a la misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de determinados bienes a personas extrañas a la familia de donde proceden.

Ciertamente, todos estos derechos han venido sufriendo una serie de críticas por quienes entienden que su reconocimiento atenta contra la facultad de disposición de los bienes y la libertad de tráfico inmobiliario. Tal valoración, sin dejar de ser cierta, no puede compartirse, pues las referidas opiniones se basan en planteamientos del liberalismo posiblemente ya superados. Frente a los juicios negativos expuestos, y por lo que atañe al derecho de abolorio importa notar que siempre se ha caracterizado como una institución protectora del patrimonio familiar (STSJ de Aragón de 10 febrero 2016), respondiendo, en concreto, al principio de troncalidad que rige en el Ordenamiento aragonés, en virtud del cual los bienes deben mantenerse en la línea familiar de donde proceden. Junto a ello, y como justificación adicional, cabe recordar que es la propia CE de 1978 la que impone la tutela de la familia en su art. 39.1, lo que bien puede amparar que la legislación module el derecho de propiedad y sus facultades integrantes sobre la base de intereses familiares.

Por añadidura, importa notar que el derecho de abolorio constituye una

institución estrechamente vinculada a la tradición jurídica aragonesa. Así, su primera regulación se remonta al fuero (extenso) de Jaca de donde pasó a la Compilación de Huesca de 1247 (fueros 4º y 5º *De communi dividundo*). Durante el siglo XIX resiste los embates del liberalismo para ser incluido en todos los Proyectos de Apéndice (Proyectos de 1899, 1904 y 1924), así como en el Apéndice del Derecho Foral de Aragón de 1925. El mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho de abolorio se adopta en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 149 a 152). E igualmente cuando a partir de la CE de 1978 se inicia la reformulación del Derecho civil aragonés, una vez asumida por el art. 35.1 Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982 la competencia no sólo de conservarlo, sino de modificarlo y desarrollarlo. De este modo, la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial le dedica sus arts. 54 a 64, dotándole de una regulación más amplia y detallada que la de la Compilación, presidida por el criterio de mantenerla con sus rasgos esenciales, tal y como fueron fijados por ésta, y aclarar y completar aspectos debatidos en aras de una mayor seguridad jurídica. Estos preceptos serán refundidos posteriormente sin modificaciones en el CDFA (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), arts. 588 a 598 que constituyen su régimen hoy vigente.

2. Conforme al art. 588 CDFA, el derecho de abolorio puede definirse como un derecho que, bajo determinadas condiciones, concede la ley a ciertos parientes para adquirir preferentemente inmuebles de procedencia familiar cuando su dueño pretenda su enajenación o ya los haya enajenado a extraños o parientes en ulterior grado.

La naturaleza jurídica del derecho de abolorio viene especificada en el mismo precepto, en cuanto que lo incluye en la categoría de los derechos de adquisición preferente y, más concretamente, en la de los de origen legal. A partir de su inclusión en la categoría genérica de los derechos de adquisición preferente, el CDFA lo configura como un derecho con dos posibles fases de ejercicio que, en principio, se articulan de modo subsidiario: el tanteo y el retracto, en función de que la enajenación de los bienes haya sido (o no) efectuada.

Así, el derecho de abolorio es ejercitable como tanteo cuando el dueño notifique fehacientemente a sus parientes su intención de enajenar a un tercero bienes de abolorio, así como las condiciones esenciales de la enajenación proyectada. Según resulta del art. 594.2, tal notificación no se trata de un mero aviso del propósito de enajenar, sino que se configura como una verdadera oferta de carácter vinculante y, por ende, irrevocable durante el plazo que tienen los parientes notificados para ejercitar el tanteo (SJPI

núm. 1 de Huesca de 28 diciembre 2000).

En cambio, en fase de retracto, el derecho de abolorio requiere una enajenación ya consumada (SJPI núm. 14 de Zaragoza de 8 enero 2008). Es más, como regla, sólo puede ejercitarse de modo subsidiario, esto es, en el caso de haber sido vulnerado en fase de tanteo, lo que sucederá, de acuerdo con el art. 594.4, no sólo en el supuesto de ausencia de notificación de la intención de enajenar, sino también cuando la notificación haya sido incompleta o carezca de *fehaciencia* o cuando la enajenación se haya efectuado en condiciones diferentes a las notificadas. Conforme al art. 594.2, también puede hablarse de vulneración de tanteo cuando, una vez efectuada la notificación previa a los parientes, el dueño proceda a la enajenación de los bienes de abolorio sin que haya transcurrido el plazo del tanteo.

Por contra, si los parientes fueron notificados previamente de la enajenación proyectada y dejaron transcurrir el plazo del tanteo sin ejercitarlo, de efectuarse la enajenación durante el año siguiente a la notificación previa en idénticas condiciones a las notificadas, aquellos no podrán ejercitar el retracto, porque en tal caso no habrá habido vulneración del tanteo, sino de renuncia al mismo y, por ende, al retracto. En cambio, si la enajenación se lleva a cabo transcurrido un año desde la notificación previa, podrá ejercitarse el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo, en atención al art. 594.3 que limita la eficacia de la notificación previa al plazo de un año.

3. El CDFA vincula el derecho de abolorio, en atención a su naturaleza eminentemente familiar, a una determinada relación de parentesco entre sus titulares y aquél que pretende enajenar o enajene los bienes de abolorio, como ya apunta el art. 588. Esta previsión genérica se concreta en el art. 590.1 que establece los titulares del derecho de abolorio en términos de mayor amplitud que la regulación anterior, toda vez que atribuye legitimación activa no sólo a los parientes colaterales del enajenante, sino también a los parientes en línea recta.

Por lo que atañe a los parientes colaterales, el art. 590.1 mantiene su legitimación con los mismos condicionantes que contemplaba la Comp. de 1967. Así, de una parte, fija el cuarto grado como límite de parentesco entre aquéllos y el enajenante (sin que sea de aplicación a estos efectos la sustitución legal: STSJ de Aragón de 4 noviembre 1992); y, de otra, exige su pertenencia a la línea familiar de donde proceden los bienes, en aplicación del principio de troncalidad que inspira esta institución, de igual modo que la sucesión legal.

Junto a los parientes referidos el mismo precepto reconoce el derecho de abolorio a los ascendientes del enajenante sin límite de grado, aunque de modo muy restrictivo, toda vez que, por aplicación de la regla del recobro de liberalidades del art. 524 CDFA, únicamente les faculta para ejercitarlo respecto del bien o bienes de abolorio que hayan donado al enajenante, cuando éste pretenda enajenarlos o ya los haya enajenado.

Por su parte, los descendientes -asimismo, sin límite de grado- tienen derecho de abolorio siempre que reúnan dos requisitos adicionales, muy cuestionables desde el punto de vista del principio de igualdad, ya que no afectan a los demás titulares. El primero de ellos tiene que ver con la edad, ya que se exige que sean mayores de catorce años para así ejercitar la preferencia adquisitiva por sí mismos con mera asistencia (art. 23 CDFA) y ya no en su nombre por sus progenitores. Por añadidura, han de ser titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia a la de los bienes enajenados.

En orden a la naturaleza del parentesco, resulta claro, sin necesidad de mención legal expresa, que sólo el parentesco consanguíneo legitima el ejercicio del derecho de abolorio, de acuerdo con la propia finalidad del derecho que no es otra que la conservación de los inmuebles en su familia de origen. Por tanto, quedan excluidos del ejercicio del derecho los parientes afines del enajenante.

Por añadidura, a los efectos del derecho de abolorio resulta indiferente la naturaleza matrimonial o no matrimonial (SAP de Huesca de 17 octubre 1996), biológica o adoptiva del parentesco, en atención al principio de igualdad de las filiaciones que rige en el Ordenamiento jurídico español desde la CE de 1978 y que recogió expresamente el Derecho aragonés en virtud del art. 53 Ley 13/2006 del Derecho de la Persona (actual art. 56 CDFA). Asimismo, carece de relevancia la vecindad civil de los parientes legitimados, según prevé expresamente el propio art. 590.2 CDFA.

Las previsiones en materia de legitimación activa se completan con lo dispuesto en el art. 590.2 CDFA, precepto que resuelve la concurrencia de varios parientes en el ejercicio del derecho frente a una misma enajenación, atribuyendo preferencia a los descendientes frente a cualquier otro titular del derecho de abolorio. Planteándose la colisión entre varios descendientes, el Cuerpo legal aragonés acude al criterio de proximidad de parentesco con el enajenante. En defecto de descendientes y únicamente respecto de aquellos bienes de abolorio que hayan sido donados al enajenante por un ascendiente o hermano, será preferido el donante. El tercer lugar en este orden jerárquico corresponde al pariente colateral más próximo del enajenante por la línea de los bienes (STSJ de Aragón de 4 noviembre 1992). Finalmente, en caso de concurrir en el ejercicio del derecho parientes de igual grado, el CDFA da

prioridad al primero en ejercitarlo.

4. El derecho de abolorio, en atención a su eficacia *erga omnes*, ha de actuarse contra el dueño actual de los bienes (STS de 5 julio 1980), siendo decisivo el momento en que se ejercite; esto es, en fase de tanteo su titular debe dirigirse contra el pariente dueño de los bienes cuya enajenación pretende y en fase de retracto, contra el adquirente de los mismos (incluidas las personas jurídicas y, en particular, las sociedades: SAP de Zaragoza de 26 diciembre 2008 y SSAP de Huesca de 26 septiembre 2008 y de 17 julio 2009). Por añadidura, de acuerdo con la jurisprudencia (SAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y SAP de Huesca de 7 junio 1993), tras la enajenación no es necesario retraer contra el enajenante.

Si dentro de los plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto se han producido sucesivas transmisiones del inmueble o inmuebles en litigio tras la originadora de aquél, la jurisprudencia exige demandar conjuntamente al primer adquirente y a todos los posteriores, siempre que se tenga conocimiento de su existencia ya sea en el momento de la presentación de la demanda o durante el periodo expositivo del juicio, originándose de este modo una situación de litisconsorcio pasivo necesario (SAT de Zaragoza de 28 abril 1970 y SAP de Huesca de 4 abril 1992). Por lo demás, interesa notar que, a efectos de la operatividad del derecho de abolorio, resulta indiferente que los subadquirentes tengan la condición de terceros hipotecarios, toda vez que, con arreglo al art. 37.3º Ley Hipotecaria, el retracto legal afecta a los terceros adquirentes, aunque estén protegidos por la fe pública registral que consagra el art. 34 del mismo texto legal.

En cualquier caso, cuando el derecho de abolorio se ejercite en fase de retracto, el art. 588 CDFA supedita su viabilidad a que la enajenación se verifique a favor de “quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes”. Esta fórmula legal entiendo que debe interpretarse en el sentido de que el derecho de abolorio podrá prosperar cuando el adquirente sea una persona ajena a la familia de donde provienen los bienes (incluidos los parientes afines: SAP de Huesca de 14 enero 1991 y SJPI núm. 2 de Teruel de 18 mayo 1991), un pariente consanguíneo de distinta línea a la de los bienes o un pariente consanguíneo de la misma línea en quinto o ulterior grado. Por el contrario, no será factible frente al adquirente que sea pariente en línea recta o colateral del enajenante dentro del cuarto grado por la línea de los bienes, y ello aunque el retrayente sea pariente del enajenante en grado más próximo.

5. En atención a lo dispuesto en el art. 589 CDFR, tres son los elementos que delimitan la condición de los bienes de abolorio: su naturaleza inmobiliaria, la procedencia familiar y permanencia en la familia; y la necesaria ubicación en Aragón.

La restricción a *los inmuebles*, procedente del Derecho histórico, se encuentra plenamente justificada, ya que tales bienes continúan poseyendo en la actualidad las notas de afección e identificabilidad familiar que requiere el objeto de la institución. Los bienes muebles quedan, por consiguiente, excluidos del derecho de abolorio. No obstante, no todos los bienes inmuebles están sujetos al derecho de abolorio, toda vez que el art. 589.1, con ánimo de evitar el uso especulativo del derecho, circunscribe su objeto a los inmuebles de naturaleza rústica y a los edificios o parte de ellos. Obviamente, al margen del indudable acierto de esta restricción, la fórmula legal adoptada no deja de plantear importantes interpretativos; piénsese, en concreto, en las dificultades que plantea la propia definición de “inmueble rústico”, dada la inexistencia en la legislación de un criterio legislativo claro al respecto (MAZANA PUYOL, J.: “El derecho de abolorio en la Ley de Derecho Civil Patrimonial”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 125) o en el significado a atribuir a la expresión “edificios o parte de ellos”, habida cuenta de su indudable amplitud y, por ende, indefinición. De hecho, en fechas recientes la STSJ de Aragón de 10 febrero 2016 ha debido pronunciarse sobre el particular, considerando muy razonablemente parte de una casa familiar y, por tanto, retraíble como elemento inseparable de la misma un jardín con piscina, pese a estar ubicado en suelo urbano.

El segundo requisito a cumplir por los bienes es el relativo a su *procedencia familiar*, requisito también presente a lo largo de toda la historia de la institución. En concreto, el art. 589.1 exige para poder calificar los inmuebles de abolorio su permanencia en la familia “como tales” durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante. Acto seguido, el mismo precepto en su aptdo. 2º clarifica el significado que debe darse a esta expresión legal: “se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias”. Del precepto transcrito resulta, por consiguiente, que la condición de abolorio se predica de los inmuebles que hayan sido incorporados a la familia, al menos, por el abuelo del enajenante o por un pariente de la generación del mismo - esto es, un tío abuelo- (SJPI núm. 2 de Zaragoza de 8 febrero 2005) y ulteriormente no hayan salido de la familia hasta la enajenación originadora del derecho de abolorio (STSJ de Aragón de 5 octubre 2012). En cuanto al tiempo de permanencia de los bienes en la familia, se exige un periodo de dos

generaciones, en concreto, las dos inmediatamente anteriores a la del enajenante. Este requisito se cumple, sin duda, cuando los bienes, antes de pasar a poder del enajenante, han pertenecido a un pariente de la generación de los abuelos y luego a un pariente de la generación de los padres; pero también, dado el tenor del art. 589.2 (“cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias”), en el caso de bienes transmitidos directamente al enajenante por su abuelo o un pariente de la generación de éste. Por el contrario, no cumplen el requisito de la permanencia familiar los inmuebles recibidos por el enajenante de algún pariente de su misma generación -p.e. de un hermano- o de la generación posterior -p.e. de un hijo o de un sobrino-, si no proceden de un pariente de la generación de los abuelos, y ello con independencia del número de transmisiones de que hayan sido objeto dentro de la familia (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 159-160). En cualquier caso, en atención a los términos en que se expresa el art. 589.1, resulta indiferente el título en virtud del cual haya recibido los bienes el enajenante (“cualquiera que sea el título de adquisición inmediato”: STSJA de Aragón de 26 abril 2001 y SAP de Zaragoza de 16 noviembre 2001), así como el pariente que se los haya transmitido, siempre que pertenezca a la línea de los bienes (“cualquiera que sea su procedencia inmediata”). Hay una cuestión, sin embargo, que no clarifica debidamente el CDFA como es la referente al significado que debe darse a la expresión “como tales” que emplea el art. 589.1. Surge así la cuestión relativa a si los inmuebles perderán la condición de abolorio cuando sean objeto de cualquier transformación física y no me refiero sólo a la construcción de una edificación en suelo familiar -en cuyo caso, la respuesta parece afirmativa-, sino a supuestos más dudosos, como la rehabilitación de edificio con alteración de destino, la sobreedificación o la mera construcción de un mirador en edificio familiar. Si bien la cuestión es muy compleja, personalmente considero que debe superarse una interpretación literal y, por ende, restrictiva de la referida expresión legal que impida cualquier alteración por mínima que sea de los inmuebles para preservar su condición de abolorio (vid. en contra MAZANA PUYOL, J.: “El derecho de abolorio...”, cit., pp. 126-129, y SAP Teruel de 19 de junio de 2012).

Como tercer y último requisito, el art. 589.1 exige explícitamente *la necesaria ubicación de los inmuebles en Aragón*, delimitando así el ámbito de aplicación del derecho de abolorio exclusivamente a través del estatuto territorial, sin que sea relevante a estos efectos la vecindad civil de los sujetos implicados y, en particular, del ejercitante del derecho, en atención a lo dispuesto en el art. 590.1 CDFA.

También en relación a los bienes objeto del derecho, el CDFA ofrece solución legal a dos cuestiones carentes de regulación en la Comp. de 1967 y

que habían planteado no pocos problemas en la práctica (LÓPEZ AZCONA, A.: *El derecho de abolorio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 562-575). La primera de ellas se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio -ya lo sean en su totalidad o parcialmente-; y la segunda, al ejercicio del derecho en las enajenaciones de pluralidad de inmuebles.

La primera de las cuestiones enunciadas, esto es, la atinente a *la cuota indivisa*, es resuelta por el art. 592 CDFA en sentido favorable al ejercicio del derecho de abolorio, siempre que se enajene, no la totalidad del inmueble, sino una o varias porciones indivisas (de origen familiar: STSJ de Aragón de 5 octubre 2012). Por el contrario, cuando se enajene la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho sobre todo él. Con esta fórmula se trata de evitar situaciones de comunidad de bienes no existentes de antemano, adoptando así el criterio de la jurisprudencia anterior (STS de 17 febrero 1954, SSAT de Zaragoza de 7 diciembre 1955 y de 11 mayo 1959, y SJPI núm. uno de Calatayud de 14 noviembre 1994). Ahora bien, admitida la posibilidad de ejercitar el derecho sobre cuota indivisa, de concurrir en tal caso el derecho de abolorio con el retracto de comuneros, el art. 598 CDFA otorga prioridad a éste último.

Asimismo, el CDFA fija unas pautas de ejercicio del derecho de abolorio para el supuesto de que se enajene una *pluralidad de bienes*. En concreto, el art. 593 admite el ejercicio del derecho sobre alguno o algunos de los bienes de abolorio enajenados (por tanto, no necesariamente sobre todos los bienes de abolorio objeto de transmisión) y ello aunque la contraprestación sea única.

6. En orden a las enajenaciones que dan lugar al derecho de abolorio, el art. 591 CDFA, ha optado, en línea con sus antecedentes normativos, por una fórmula muy restrictiva, permitiendo únicamente su ejercicio “en toda venta o dación en pago”. De la literalidad del precepto resulta, por consiguiente, la exclusión de cualquier otra enajenación onerosa diferente a las mencionadas legalmente -en particular, de la permuta salvo que encubra una venta-, así como de las transmisiones gratuitas, ya sean *inter vivos* o *mortis causa* (SJPI núm. 2 de Huesca de 20 febrero 1990).

Por añadidura, el art. 591 incorpora una previsión específica en la que, de modo coincidente con la jurisprudencia anterior (STSJ de Aragón de 26 abril 2002 y SSAP de Zaragoza de 19 septiembre 1989 y de 17 marzo 1997), se admite la viabilidad del derecho de abolorio en las enajenaciones forzosas, ya sean verificadas mediante subasta judicial o extrajudicial, o mediante otras formas de realización de bienes en procedimiento de apremio que contempla

el art. 636 Lec. En las expropiaciones forzosas, sin embargo, no resulta factible esta institución, al estar subordinada la enajenación a la correspondiente causa de utilidad pública o interés social, prioritaria en todo caso al interés familiar que subyace en el derecho de abolorio.

7. El ejercicio del derecho de abolorio se encuentra condicionado a los requisitos de índole formal que prescriben los arts. 594 y 595.1 y 2 CDFA, a saber: plazo, y entrega o consignación del precio.

A las dos formalidades precitadas, exigibles tanto judicial como extrajudicialmente, ha de añadirse otra específica que sólo debe observarse cuando se actúe el derecho en vía judicial: la justificación documental del título en que se funde el retracto, así como de la consignación o caución prestada, prevista en el art. 595.3 CDFA.

En lo que atañe a los *plazos de ejercicio*, el art. 594 distingue entre las dos fases del derecho de abolorio, esto es, el tanteo y el retracto.

De acuerdo con el art. 594.1, el plazo de ejercicio del derecho en fase de tanteo es de treinta días, a contar desde la notificación fehaciente de la intención de enajenar, sin que pueda atribuirse este carácter a la notificación verbal o telefónica (SAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y SAP de Huesca de 14 enero 1991) ni tampoco a la verificada por carta, salvo que así se admita por el ejercitante del derecho de abolorio (SAT de Zaragoza de 16 abril 1970). Asimismo, dicha notificación ha de ser completa, en el sentido de que debe expresar “el precio y las demás condiciones esenciales del contrato”, por lo que no puede aceptarse la manifestación, aún pública, de la intención futura de enajenar sin precisar precio ni condiciones (SSAP de Huesca de 4 marzo 2005 y de 2 febrero 2006).

En cualquier caso, entiendo que tal notificación previa a la enajenación no se configura legalmente como una obligación jurídica en sentido estricto, sino más bien como una carga para el dueño que pretende enajenar, toda vez que su no realización sólo implicará que no empezará a correr el plazo del tanteo y que, adicionalmente, quedará abierta la posibilidad de ejercer el retracto en el caso de consumarse la enajenación.

Con todo, el art. 594.2 prevé que, una vez realizada la notificación previa, el dueño que pretende enajenar quedará obligado frente al pariente o parientes destinatarios de aquélla durante los treinta días que tienen éstos para ejercitar el tanteo, aunque desista de su intención de enajenar. Tal previsión, un tanto confusa, parece que debe ser interpretada en el sentido de que el titular o titulares del derecho que hayan sido notificados de la intención de enajenar

podrán exigir al dueño que efectúe la enajenación a su favor en las condiciones notificadas y ello aunque éste haya desistido de su intención de enajenar. No parece, sin embargo, que el hecho de realizar la notificación previa prive al notificante de la facultad de enajenar a quien quiera y en las condiciones que estime oportuno antes de que transcurra el plazo del tanteo, si bien en este caso el pariente o parientes notificados podrán ejercitar el derecho en fase de retracto, considero que en las condiciones notificadas, aunque la enajenación se haya realizado en condiciones diferentes.

Por añadidura, el CDFA fija un límite temporal a la eficacia de la notificación previa, toda que en su art. 594.3 dispone que los efectos de la misma caducarán si la enajenación proyectada no se realiza en el plazo de un año. De ello resulta que, de efectuarse la enajenación una vez transcurrido este plazo, los parientes previamente notificados podrán ejercitar el retracto.

Por su parte, el art. 594.4 contempla dos plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, en función de que la enajenación haya sido (o no) notificada fehacientemente a los titulares del derecho.

En concreto, el art. 594.4.a dispone que, cuando se notifique fehacientemente la enajenación (ya sea por el enajenante o el adquirente: SAP de Zaragoza de 14 septiembre 2001), con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, el plazo de ejercicio del retracto será de treinta días. Dos son, por tanto, los requisitos a cumplir por la notificación para que determine el inicio del cómputo de los treinta días: que sea fehaciente y completa; requisitos coincidentes con los exigidos a la notificación previa que determina el ejercicio del tanteo.

En defecto de notificación de la enajenación o si ésta carece de *fehaciencia*, es incompleta (SAP de Huesca de 17 julio 2009) o incorrecta, el art. 594.4.b concede un plazo más amplio de noventa días, a contar desde el conocimiento por parte del retrayente de la enajenación y de sus condiciones esenciales, ya sea por los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción registral de la enajenación, o por cualquier otro medio. Se prescinde así de la inscripción registral que contemplaba el art. 150 Comp. para fijar como único *dies a quo* aquél en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales (STSJ de Aragón de 15 septiembre 2014). Esta opción legislativa, en principio, parece acertada, por cuanto la inscripción registral se trata de una publicidad formal que no garantiza necesariamente el conocimiento de la enajenación por los titulares del derecho de abolorio, pero no por ello puede obviarse la problemática, principalmente de índole probatorio, que genera el criterio del conocimiento.

Los diferentes plazos señalados son de caducidad y naturaleza civil (art. 594.1 y 4).

Junto a los plazos de treinta y noventa días, el art. 594.5 establece, por razones de seguridad jurídica, un plazo máximo de caducidad -e, igualmente, de naturaleza civil- de dos años a contar desde la consumación de la enajenación (SAP de Huesca de 14 enero 1991 y SAP de Teruel de 7 junio 2001). Ello significa que, una vez agotado este límite temporal, el derecho se extingue automáticamente sin distinción de hipótesis; es decir, siendo irrelevante que con posterioridad la enajenación sea notificada fehacientemente al pariente o conocida por aquél e, incluso, aunque ésta haya sido ocultada maliciosamente a los titulares del derecho de abolorio (de lo que personalmente discrepo).

La segunda formalidad esencial para el ejercicio del derecho de abolorio, ya se ejercite en fase de tanteo o retracto, viene constituida, en atención a lo dispuesto en el art. 595. 1 y 2 CDFA por el *pago o consignación del precio*.

El pago o la consignación debe verificarse dentro de los plazos de ejercicio del derecho (art. 595.1) y en favor del actual propietario (STS de 5 julio 1980). La cuantía a entregar es el precio de venta -o el importe de la deuda en la dación en pago-, no el valor real del inmueble vendido (SSAP de Huesca de 17 octubre 1996 y de 3 junio 1994). La consignación podrá realizarse no sólo en metálico, sino también a través de un medio de garantía como es el aval cambiario o el cheque conformado (art. 595.1, en línea con la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo: SSTC 145/1998, de 30 junio y 189/2000, de 10 julio, y SSTS de 15 abril 1998, de 3 abril 2001, de 17 mayo 2002 y de 14 mayo 2004).

El cumplimiento de este requisito se supedita al conocimiento por parte del ejercitante del derecho de abolorio del precio de venta o, en general, de la contraprestación pactada. En cambio, si lo desconoce, cumple, a efectos del ejercicio del derecho, con consignar o garantizar el precio en que estime que se ha verificado la enajenación, aunque el Juez podrá ordenarle que complete la cantidad consignada o garantizada si la considera insuficiente (art. 595.2).

En cualquier caso, quedan excluidos de la consignación los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa vendida y los gastos del contrato que prevé el art. 596.2 CDFA. En efecto, aunque dichos gastos deban reembolsarse al adquirente en caso de ejercitarse con éxito el derecho de abolorio, no constituyen objeto de la consignación (STSJ de Aragón de 22 enero 1990 y SAP de Huesca de 17 octubre 1996).

Junto a los requisitos indicados de plazo y pago o consignación, en caso de ejercitarse judicialmente el derecho de abolorio, el art. 595.3 exige acompañar a la demanda de un “principio de prueba documental que acredite la condición de pariente del actor y el origen familiar de los inmuebles retraídos, así como del documento justificativo de la consignación del precio o prestación de la garantía” (SAP de Huesca de 26 de septiembre de 2008). La aportación de los documentos indicados constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, por aplicación de los arts. 269.2 y 403.3 LEC, su falta de presentación conlleva la inadmisión a trámite de la demanda de derecho de abolorio.

8. Válidamente ejercitado el derecho de abolorio en tiempo y forma se derivan los efectos propios de los derechos de adquisición preferente, concretamente en sus modalidades de tanteo y retracto. Tales efectos se encuentran regulados en el art. 596.1 y 2 CDFA.

En su condición de derecho de adquisición preferente, el *principal efecto que genera el derecho de abolorio es de carácter adquisitivo*, produciéndose la adquisición de la propiedad del inmueble o inmuebles familiares por parte del ejercitante en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado; efecto al que se refiere el art. 596.1. De ello resulta que el retrayente sólo estará obligado a soportar las cargas y gravámenes constituidos sobre el bien o bienes de abolorio antes de consumarse la enajenación, pero no los que imponga posteriormente el adquirente.

Adicionalmente, el ejercitante del derecho de abolorio “debe satisfacer al adquirente los gastos ocasionados por el contrato transmisivo”, siempre que se haya hecho cargo de los mismos y, junto a éstos, “los gastos necesarios y útiles que el adquirente haya efectuado en el bien o bienes adquiridos” (art. 596.2). En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia, son gastos del contrato y, por ende, reembolsables el impuesto de transmisiones patrimoniales, los honorarios notariales y los derivados de la inscripción registral (SJPI núm. 1 de Huesca de 26 octubre 1991) e, incluso, los honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria (SAP de Huesca de 5 octubre 1998); no así los gastos de constitución de préstamo hipotecario ni sus intereses (STSJ de Aragón de 15 septiembre 2014). No son gastos necesarios ni útiles y, por ende, no son susceptibles de reembolso la construcción de un paso sobre acequia para la comunidad de la finca adquirida con la colindante (SJPI núm. 1 de Huesca de 26 octubre 1991, muy cuestionable) ni la suma entrega por el comprador a cuenta de un presupuesto de obras no ejecutado (SJPI núm. 2 de Zaragoza de 26 enero 1999)

Como efecto singular del derecho de abolorio, el art. 596.3 establece una *prohibición legal de enajenar por acto voluntario inter vivos*, ya sea a título oneroso o gratuito, el inmueble adquirido por derecho de abolorio durante un plazo de cinco años, incluso a parientes, y salvo que se llegue a una situación de “peor fortuna” (expresión, a mi juicio, muy desafortunada por su evidente falta de concreción). La naturaleza imperativa de la norma la convierte en indisponible y conlleva como sanción a su cumplimiento la nulidad de la enajenación, salvo que se trate de una enajenación forzosa o *mortis causa*.

9. El art. 597 CDFA reconoce la validez de la renuncia previa y genérica del derecho de abolorio, esto es, sin contemplación a una determinada enajenación, aunque debe estar referida necesariamente a bienes de abolorio concretos. Dicho precepto no arbitra, sin embargo, un mecanismo de notificación o publicidad de la renuncia, lo que quizá hubiese sido aconsejable por razones de seguridad jurídica, para evitar así que la renuncia quede al arbitrio del renunciante.

10. El derecho de abolorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente en su ejercicio sobre un mismo bien o bienes, originándose una colisión de titularidades que soluciona el art. 598 CDFA, atribuyéndole preferencia sobre cualesquiera otros de origen legal -o convencional-, excepción hecha de los reconocidos a los entes públicos, así como del retracto de comuneros. Sin duda, este orden de prelación resulta plenamente fundado. Así, la prioridad de los derechos de adquisición correspondientes a los entes públicos es incuestionable, habida cuenta de la preeminencia que ha de darse, en todo caso, al interés público que subyace en el reconocimiento de tales preferencias adquisitivas. Por su parte, la prevalencia otorgada al retracto de comuneros sobre el derecho de abolorio también se encuentra justificada, dada la finalidad que inspira esta modalidad de retracto. Y es que de concurrir un pariente y un comunero en la venta de cuota o cuotas indivisas de bienes de abolorio, parece razonable dar preferencia al comunero al objeto de favorecer la salida de la indivisión.

ABANDONO DE LAS PERSONAS MAYORES Y RECIENTE
DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE LA
DESHEREDACIÓN POR CAUSA DE MALTRATO PSICOLÓGICO

ABANDONMENT OF THE ELDERLY AND RECENT DOCTRINE
OF SPANISH SUPREME COURT ON DISINHERITANCE BECAUSE
OF PSYCHOLOGICAL ABUSE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4 febrero 2016, pp. 289 - 302.

Fecha entrega: 12/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Catedrático Acreditado de Derecho Civil
Universidad de Alicante
J.Barcelo@ua.es

RESUMEN: En este trabajo se analizan las Sentencias del Tribunal Supremo Español de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, que han venido a considerar el maltrato psicológico como causa de desheredación de los hijos y descendientes, rectificando la tradicional postura que impedía desheredar por este motivo.

PALABRAS CLAVE: Sucesión; desheredación; maltrato psicológico.

ABSTRACT: In this paper there are analyzed the Judgments of the Supreme Spanish Court of June 3, 2014 and January 30, 2015, which they have come to consider to be the psychological abuse as reason of disinheritance of sons and descendants, rectifying the traditional position that was preventing from disinheriting for this motive.

KEY WORDS: Succession; disinheritance; psychological abuse.

SUMARIO: 1 Razón de este trabajo.- 2. Abandono de las personas mayores y desheredación.- 3. Breves notas sobre el art. 853 CC.- 4. El origen del problema: la doctrina de la STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1993.- 5. El nuevo enfoque de la STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2014.- 6. La consolidación del giro jurisprudencial: la STS (Sala 1ª) de 30 de enero de 2015.- 7. Problemas prácticos de aplicación de la causa de desheredación por malos tratos psíquicos.- 8. Propuesta de *lege ferenda*.

1. Hace más de diez años escribí sobre la desheredación de los hijos y descendientes, en un artículo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (“La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”, *RCDI*, núm. 682, Marzo-Abril 2004, pp. 473 a 519), en el que repasé el estado de la cuestión desde sus antecedentes históricos y realicé duras críticas a la doctrina sentada en la STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1993 (RAJ 1993, 4792), que impedía analizar si la falta de relación afectiva y comunicación y el abandono sentimental podían constituir un maltrato psicológico incardinable en la causa de desheredación del art. 853.2ª CC.

Vuelvo, pues, ahora a retomar la cuestión, básicamente por dos razones. Por un lado, el cambio de orientación de la jurisprudencia de la Sala 1ª, a través de las SSTS de 3 de junio de 2014 (ROJ STS 2484, 2014) y 30 de enero de 2015 (ROJ STS 565, 2015), desmarcándose y abandonando la errónea doctrina de la STS de 28 de junio de 1993 que limitaba la posibilidad de desheredar a los cauces estrechos de la agresión física y el insulto. Por otro, la ocasión que me ha brindado la celebración del XXI Congreso Anual sobre Derecho Médico, organizado por WAML (*World Association for Medical Law*), que tuvo lugar en 2015 en Coimbra (Portugal) y en el que participé con una ponencia sobre este tema en la sesión de 3 de agosto dedicada a los problemas del envejecimiento y protección jurídica de las personas mayores, correspondiendo estas líneas a la versión escrita de dicha conferencia, en la que tratamos un aspecto sucesorio concreto, como es el de la desheredación de los hijos y descendientes por maltrato psicológico.

2. Desentenderse de nuestros mayores y condenarlos a la marginación familiar no debe permitir simultáneamente estar a la expectativa de recibir, por vía de herencia, la legítima [al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C.: Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea, en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.): *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, p. 365]. En un escenario como el actual,

donde se fomenta desde instancias privadas y públicas el buen trato a las personas mayores y se avanzan proyectos legales de protección a este colectivo, la desheredación por maltrato psicológico ha saltado a un primer plano de la mano de dos recientes decisiones del Tribunal Supremo español, las ya citadas SSTS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015.

3. El Código civil español regula la desheredación en el Libro III, Capítulo II, Sección 9ª, en la que se contienen los arts. 848 a 857. La desheredación es usualmente definida como la facultad que tiene el testador de privar a los herederos de su legítima en los casos expresamente determinados por la ley, y uno de los aspectos más relevantes de su regulación es la consideración de las causas de desheredación como *numerus clausus*, no debiendo ser objeto de analogía ni de interpretación extensiva.

Es precisamente en el art. 853 CC, que contiene las causas de desheredación de los hijos y descendientes, donde encontramos uno de los mejores ejemplos de la rigidez con que los Jueces y Tribunales han interpretado tradicionalmente las razones en las que el testador puede basar su decisión de privar de la legítima. Nos referimos, en concreto, a la causa 2ª de este art. 853 CC: “haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”. Hasta fechas recientes, ha sido, como vamos a tener ocasión de comprobar, prácticamente imposible encajar en el art. 853.2ª CC los casos en los que hay un maltrato psicológico de los padres como consecuencia del sufrimiento generado por la falta de relación afectiva y el abandono sentimental.

4. En la STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1993, la desheredación *ex art.* 853.2ª CC se basaba en la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres cuando, al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró: “no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre”. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que declara la no concurrencia de causa de desheredación y lo hace en los siguientes términos: “El contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal *a quo*, vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir la verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos”. Lo que aquí interesa, más allá de lo ya relatado, es que en el curso del proceso surge, de manera inevitable, la ausencia de relaciones existente entre el testador y su hija, cuestión sobre la que se pronuncia el Tribunal Supremo, sentando una doctrina, que va a tener un notable seguimiento en sentencias posteriores de Audiencias; en concreto, afirma el Alto Tribunal: “Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los

preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia”.

Esta doctrina de la STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1993 ha dado cobertura, durante largos años [véase, entre lo más reciente, la SAP Alicante de 28 de enero de 2014 (ROJ SAP A 402/2014)], a la negativa de Jueces y Tribunales de entrar a valorar las circunstancias que rodean a la relación entre padres e hijos, y que sin duda están en el fondo de la decisión de desheredar. Con la excusa de que pertenecen al campo de la moral, se evita su valoración jurídica y se obstaculiza el recurso a la causa de desheredación por malos tratos. Se descarta así, de entrada y sin análisis alguno, la posibilidad de que esa ruptura de relaciones haya provocado en el padre o ascendiente un sufrimiento tal que pueda ser catalogado como maltrato psicológico.

En su día, tal y como ya hemos indicado a propósito del artículo en RCDD de 2004, criticamos con dureza este planteamiento, radicalmente contrario a la esencia del Derecho civil y al espíritu y finalidad (uno de los criterios interpretativos del art. 3.1 CC) de la institución de la desheredación. No se trata, decíamos en aquel momento, de que todo abandono sentimental y falta de relación afectiva sea considerado causa de desheredación; se trata de permitir el análisis y valoración de las circunstancias del caso concreto, de ponderar adecuadamente a quién es imputable y de si esos actos de desprecio, de actitud hostil, de burla, de abandono afectivo, de ausencia de interés en relación con los asuntos del padre, de no permitir la relación con otros familiares – nietos, en particular -, de no asistencia a la última enfermedad y entierro, etc., han originado en el padre un sufrimiento capaz de constituir un maltrato psíquico. Y si se constata el maltrato psíquico, no hay razón alguna para no poder encajarlo en la fórmula legal del “maltrato de obra” del art. 853.2ª CC, sin que sea obstáculo para ello el argumento de la interpretación restrictiva de las causas de desheredación. Había que considerar que el maltrato de obra al que se refiere el art. 853.2ª CC incluye toda acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico.

5. A mitad de 2014, saltó a un primer plano de la actualidad la decisión del Tribunal Supremo de permitir la desheredación de los hijos por maltrato psicológico. Así, entre otros muchos, puede verse el artículo publicado en El

País el 31 de agosto de 2014.⁽¹⁾

La historia de base de la STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2014 puede resumirse en pocas palabras: un señor malagueño deshereda a dos hijos que no querían saber nada de él y deja todos sus bienes a su hermana, quien le cuidó, ya enfermo, al final de su vida. Los hijos aparecen después de muerto el padre, para reclamar su legítima (2/3 partes de los bienes) y la batalla legal entre tía y sobrinos se alarga cinco años, declarándose justa la desheredación contenida en el testamento. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda de los hijos, considerando probado que fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar.

La cláusula de desheredación contenida en el testamento era del siguiente tenor:

“PRIMERA.- Deshereda expresamente a sus hijos antes nombrados por las siguientes causas:

- A su hija Sonsoles por la causa 1ª del artículo 853 del Código Civil, al haber negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados y además por la causa 2ª del citado artículo al haberle injuriado gravemente de palabra.

- Y a su hijo Roberto por la causa 2ª del mismo artículo antes citado, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y además maltratado gravemente de obra”.

El caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación del art. 853.2ª CC en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

El recurrente en casación alega la infracción de los arts. 850, 851 y 853 CC, dado que los hechos imputados no son subsumibles en el art. 853, pues las injurias o insultos, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica, con cita de la STS de 28 de junio de 1993.

El Tribunal Supremo desestima el motivo planteado, fundamentando la

¹<http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/08/29/actualidad/1409316705374135.html>].

decisión en cuatro argumentos:

1º) “En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”.

2º) “En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea con lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea obstáculo la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004”.

3º) “Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de favor testamenti, entre otras, STS de 30 de octubre de 2012,

núm. 624/2012”.

4º) “En el presente caso, y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido abandono emocional, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios”.

Esta última afirmación del Tribunal que acabamos de transcribir tiene gran relevancia. El verdadero alcance de la sentencia, tal y como se señalan en los primeros comentarios a la misma [al respecto, GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Desheredación por maltrato psicológico. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900)”, *CCJC*, núm. 97, enero-abril 2015, p.282] no consiste en acoger la mera desafección familiar como causa de desheredación, sino en considerar el maltrato psicológico de la hija como conducta constitutiva del maltrato recogido en la causa 2ª del art. 853 C.c. Es decir, la pérdida del contacto familiar, la ausencia de relación, el abandono emocional, etc. deben tener entidad suficiente para caracterizar un maltrato psicológico incardinable en el art. 853.2ª CC.

Cabe, igualmente, destacar los dos argumentos del respeto a la dignidad de la persona y al principio de conservación de los negocios jurídicos (que se proyecta en Derecho de sucesiones en el *favor testamenti*) y, aunque no se cite expresamente, el recurso al art. 3.1 CC, particularmente en lo que se refiere a los criterios de interpretación de las normas que permiten su adecuación al momento en que son aplicadas.

6. Meses después de dictarse la STS de 3 de junio de 2014, la Sala 1ª, con el mismo Magistrado Ponente (Francisco Javier Orduña Moreno), dicta una segunda sentencia con fecha de 30 de enero de 2015, que contiene la misma doctrina sobre esta causa de desheredación del maltrato psicológico. Sentencia ésta también importante, en la medida en que permite integrar el requisito de jurisprudencia (dos sentencias, doctrina reiterada) del art. 1.6 CC. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el hijo desheredado, considerando que concurre la causa de desheredación del art 853.2ª CC, al poderse entender comprendida dentro de la expresión que el legislador había utilizado en ese precepto de “maltrato de obra” la situación existente entre hijo y madre que había llevado a ésta a desheredarlo, ya que

no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida. El Juzgado entendió que no sólo debe considerarse comprendido en dicha causa de desheredación el maltrato físico, sino que igualmente se está refiriendo al maltrato psicológico y que el actor, no ofrece duda, que maltrató psíquicamente y de manera permanente e intensa a su madre desde el 31 de diciembre de 2003, en que le arrebató su patrimonio, hasta que la misma falleció el 28 de abril de 2009, sin intención alguna de devolvérselo, más bien al contrario.

Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia, con estimación parcial de la demanda interpuesta, revocó parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula de desheredación, con la consiguiente reducción de la institución de heredero en cuanto perjudique a la legítima estricta del demandante. Aunque reconoce el grave daño psicológico causado a la testadora, fundamenta la decisión revocatoria en la aplicación restrictiva de este instituto y en la integridad de la legítima, de forma que el daño psicológico no entra en la literalidad de la fórmula empleada por el art. 853.2ª CC.

La recurrente en casación denuncia la infracción del art. 853.2ª CC, considerando que el maltrato psicológico que las sentencias de ambas instancias ha considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código civil.

El Tribunal Supremo reproduce los argumentos de la STS de 3 de junio de 2014, para terminar concluyendo que “resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices (...) En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia”.

7. Al testar, quien desee privar a sus herederos forzosos del derecho a la legítima, debe así declararlo haciendo constar la causa legal de la que fueren

responsables y que fundamentara su decisión. Y, muerto el testador, la causa de desheredación habrá de acreditarse en juicio por el heredero cuando la otra parte (el desheredado) la niegue o contradiga, tal y como resulta del art. 850 CC.

Siendo así las cosas, se comprende la necesidad de detenerse sobre el tema concreto de la redacción de la causa de desheredación en el testamento. Al testador, en previsión de futuras dificultades probatorias de sus herederos, le interesa ir más allá de la expresión de la causa legal de la desheredación y preconstituir la prueba. El principio del *favor testamenti*, al que se alude en la STS 3 de junio de 2014, viene a reforzar esta conclusión.

Así, en concreto, se recomienda al testador que podría solicitar del Notario el otorgamiento de un acta de notoriedad, prevista en el art. 209 del Reglamento Notarial, que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que éste le ha abandonado y maltratado psicológicamente; podrían incorporarse al acta manifestaciones del resto de familiares y cualesquiera otras pruebas que el testador considere puedan servir en el futuro a sus herederos para defenderse de la impugnación de la desheredación, e incluir un informe psicológico de un perito en la materia que acredite dicho maltrato por ausencia de relación familiar.²

En la misma dirección, y al hilo de la nueva causa de desheredación de la ausencia de relación familiar introducida por el Código civil catalán [art. 451-17.2 e)], a la que luego haremos referencia, la SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014 (SAP B 1280/2014) indica que “sería necesario o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar testamento, invocando esta causa de desheredación, no se limitaran a citar literalmente la causa, sino que solicitaran al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario”.

8. La doctrina sentada por las STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015 está empezando a influenciar las decisiones de primera instancia y apelación.

Merece, en este sentido, citarse la SAP Badajoz de 5 de septiembre de 2014 (ROJ BA 838, 2014), donde se entra, en coherencia con lo dispuesto en la

² Véase CARRAU CARBONELL, J. M.: “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, p. 7. (<http://idibe.org/2015/04/24/la-desheredacion-por-maltrato-psicologico-y-su-dificultad-de-aplicacion-practica/>).

STS de 3 de junio de 2014, a analizar las circunstancias que rodean la falta de relación entre padres e hijos (posibilidad que, recordemos, negaba la STS de 28 de junio de 1993) y si de ella deriva un maltrato psicológico. En esta sentencia puede leerse: “A pesar de que, también en el caso examinado, quedó acreditado que las tres hijas del testador no mantuvieron apenas contacto con su padre desde aproximadamente los años 2002 o 2003, si bien en tal fecha los padecimientos del padre no consta que fueran tan graves como al final de su vida. Asimismo, con la documental relacionada con el proceso de divorcio de los padres de las demandantes se ha puesto de relieve que fue precisamente la ruptura de la convivencia del matrimonio la que motivó ese distanciamiento entre padre e hijas, reflejando incluso la sentencia de divorcio aportada con la demanda que el padre tuvo ya enfrentamiento con aquéllas, y que incluso llegó a echar a Edurne de casa porque le reprochó que tenía una relación extramarital; fue la tensa y conflictiva situación familiar la que motivó el que podemos llamar un abandono emocional de las hijas, pero como expresión de su libre voluntad de romper vínculos afectivos con su progenitor; pero no hay que olvidar que éste, si bien al final de su vida y como declararon algunos de los testigos, hablaba con pesar de la situación de soledad en que se encontraba (poco después de otorgar el testamento se produjo la ruptura de la relación que mantuvo durante seis o siete años con la codemandada apelante), fue parte en el conflicto familiar que terminó con el divorcio de su mujer, y que su conducta en aquel momento tampoco parece que fuera muy acorde con los valores de respeto y consideración a los hijos. Es por ello que el que se afirma falta de interés de las hijas en los últimos años de vida del testador no puede, dadas las concretas circunstancias del caso, hacerse equivaler a maltrato psicológico en los términos expresados por el Tribunal Supremo, maltrato que, por lo demás, tendría que haber existido al tiempo de otorgar el testamento (año 2006), siendo que los alegatos de la recurrente se centran más bien en poner de manifiesto que el que se dice abandono y menosprecio se había producido con posterioridad y cuando se agravó considerablemente la enfermedad del testador, que murió en junio de 2012, es decir, seis años después”. Hemos creído conveniente reproducir este extenso razonamiento, para mostrar cómo la Audiencia, en línea con la nueva doctrina del Tribunal Supremo, analiza pormenorizadamente las causas y motivos de la falta de relación y llega a la conclusión de descartar el maltrato psicológico.

Siguiendo los criterios de la STS de 3 de junio de 2014, encontramos también la SAP Castellón de 14 de enero de 2015 (ROJ CS 115, 2015), que no estima concurrente el maltrato psicológico, y las SSAP Las Palmas de Gran Canaria de 13 de enero de 2015 (ROJ SAP GC 92, 2015) y Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015 (ROJ SAP TF 255, 2015), que sí lo aprecian y declaran justa la desheredación. Son, en todos los casos, analizadas las circunstancias que rodean a la relación familiar.

Desafortunadamente, no ha calado todavía en toda su intensidad en las Audiencias Provinciales el nuevo planteamiento. Todavía es posible encontrar declaraciones que siguen el tenor de la STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1993, como es el caso de la SAP Granada de 19 de septiembre de 2014 (ROJ: SAP GR 1321, 2014).

El régimen de la desheredación requiere una actualización. No puede estarse a lo que decidan, en cada caso concreto, los Jueces y Tribunales, que pueden o no seguir el nuevo criterio interpretativo de la STS de 3 de junio de 2014. Lo más sensato es una reforma que introduzca expresamente el maltrato psicológico como causa de desheredación.

También merece reflexión, en una futura reforma legislativa, el hecho de que los hijos del justamente desheredado ocupen su lugar (art. 857 CC), cuando pueden no ser totalmente ajenos a la situación de maltrato o ser una vía indirecta para que el desheredado disfrute de los bienes del testador. Hoy por hoy, si se consigue desheredar al mal hijo, los nietos ocupan su lugar.

En este punto es útil la comparación con el Derecho civil catalán. El art. 451-17, regulador de las causas de desheredación, hace referencia al “maltrato grave al testador...” [art. 451-17.2 c)], lo que incluye tanto al físico como al psíquico, y, como causa independiente de la anterior, a “la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario” [art. 451-17.2 e)]. Por tanto, el maltrato, en cualquier de sus modalidades, es causa de desheredación y, además, también lo es, sin necesidad de constituir maltrato, la ausencia de relación familiar si cumple determinados requisitos.

Sobre la nueva causa de desheredación del art. 451-17.2 e) CC catalán, afirma la SAP Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014) que su fundamento “obedece a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamentos, de padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no ha habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares”, y sobre los requisitos que deben concurrir establece: “En cuanto a la falta de relación la doctrina considera que para que exista esta ausencia de relación es necesario que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas por caminos diferentes. Puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación. A tal efecto habrá que atender a las costumbres que existan y se prueben en el tiempo y en el lugar. La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias”; “En segundo lugar la ausencia de relación debe ser

continuada y manifiesta. Es decir sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga. Asimismo esa falta de relación debe ser manifiesta, lo cual exige que se trata de una ausencia evidente y, por lo tanto, que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes”; “En tercer lugar, la ausencia de relación debe ser imputable exclusivamente al legitimario. Esta imputabilidad del legitimario puede deberse a múltiples motivos. Es casi seguro que tanto una persona como otra pueden alegar múltiples motivos, más o menos justificados, pero en definitiva con el paso del tiempo lo que queda es el hecho de la falta de relación y es esta falta de relación la que provoca la existencia de la posible causa de desheredación. En el Proyecto del Codi Civil de Catalunya se exigía que la falta de relación no se debiese a causa imputable exclusivamente al causante, pero en el texto definitivo se cambió el criterio exigiendo que la ausencia de relación sea siempre imputable exclusivamente al legitimario, lo que exige la prueba de esa imputabilidad que deberá acreditarse por medio de las pruebas admisibles en derecho. En definitiva, por medio de estas pruebas, se deberá demostrar si concurre o no la causa de desheredación, lo que significa que no pueden sentarse criterios generales sobre la admisibilidad de esta prueba, sino que hay que analizar cada caso concreto. En este sentido el Preámbulo del Codi Civil de Catalunya dice que a pesar de que el artículo 451 puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de este supuesto de hecho que puede conducir al juzgador a hacer suposiciones sobre el origen de las desavenencias familiares, se ha contrapesado el coste elevado que la aplicación de esta norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la sucesión y el sentido elemental de justicia que subyace, con lo que el legislador también está haciendo referencia a la realidad social de nuestros días como criterio interpretativo que debe regir esta materia”.

Dar legalmente al maltrato un significado amplio y ampliar las causas de la desheredación, incluyendo la ausencia de trato familiar y perfilando adecuadamente sus presupuestos de aplicación, puede ser una buena solución y que aquí queda propuesta de *lege ferenda*. Tiene entidad suficiente la ausencia de relación familiar para erigirse en causa autónoma de desheredación. Aun reconociendo el avance producido desde 2014 con el nuevo criterio jurisprudencial, la situación actual, en la que la ausencia de relación familiar solamente da lugar a la desheredación si desemboca en un maltrato psicológico, no da cuenta de la realidad social.

Incluso podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el debate supera ampliamente la figura de la desheredación y entra de lleno en un escenario de revisión del Derecho sucesorio del Código civil. Los nuevos modelos familiares, el aumento de esperanza de vida, la protección de las personas mayores (en muchos casos, de muy avanzada edad cuando fallecen), etc.,

están demandando mayor libertad de testar. La época actual es muy diferente a la de la promulgación del Código civil, en la que los padres fallecían a edad temprana [la esperanza de vida estaba en 1900 por debajo de los cuarenta años: al respecto, GUIJARRO, M./PELÁEZ, O.: “La longevidad globalizada: un análisis de la esperanza de vida en España (1900-2050)”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 260, 2008, p. 3, disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-260.htm>] y los hijos solían ser menores de edad. Hoy, sin duda, el colectivo más necesitado de protección es el de los padres. De ahí la necesidad de ir más allá de la reformulación de las causas de desheredación y dar un mayor cauce a la libertad de testar, modulando también la cuantía de las legítimas en función de la edad de los hijos.

ÍNDICE

NOTAS A LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL
VASCO

COMMENTS ON LAW 5/2015, DATED 25 JUNE, REGARDING
BASQUE CIVIL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 303 - 320.

Fecha entrega: 28/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

* Este trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT 727-13 y del Proyecto de investigación del MINECO DER2014-57298-P.

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Gorka.Galicia@ehu.eus

RESUMEN: En este trabajo se da noticia de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, norma que viene a derogar y a reemplazar la antigua Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. La característica primordial de este nuevo texto legal consiste en que por su medio se instaura al fin un ordenamiento civil común a todos los vascos.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil vasco, Derecho civil autonómico, Derecho civil foral.

ABSTRACT: This paper reports on Law No. 5/2015, dated 25 June, regarding Basque Civil Law (*Derecho Civil Vasco*), which repeals and replaces a previous statute, Law No. 3/1992, dated 1 July, regarding the Regional Civil Law of the Basque Country (*Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco*). The key feature of the new law is the long awaited introduction of a civil legal system which applies to every Basque citizen alike.

KEY WORDS: Basque civil law, Regional civil law.

SUMARIO: 1. El anterior estado de la cuestión. 2. El Título Preliminar de la nueva LDCV: ámbitos territorial y personal, fuentes del Derecho civil vasco y principios inspiradores de la ley. 3. Títulos I y III: principios de Derecho patrimonial y régimen económico del matrimonio. 4. Título II: ordenamiento sucesorio común y ordenamientos sucesorios especiales. 5. Disposiciones complementarias.

1. El día 3 de julio de 2015 se publicó en el BOPV la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante, LDCV). Esta norma, que a tenor de su disposición final entró en vigor el 3 de octubre del pasado año, comporta un hito crucial en la evolución de tal ordenamiento privado, ya que el legislador autonómico se ha decidido al fin a articular por su medio un (hasta el día de hoy, inexistente) Derecho civil común a todos los ciudadanos vascos, al modo y manera de lo que han venido haciendo, desde la promulgación de la Constitución española, los restantes Parlamentos de las otras Comunidades Autónomas con Derecho foral o especial.

En efecto, según se sabe, su predecesora en el tiempo, esto es, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco (LDCF), recogía en cada uno de los tres libros en que se dividía otros tantos regímenes particulares para cada uno de los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma Vasca (CAV). Acontecía, además, que al menos en el caso de los estatutos vizcaíno y alavés su respectivo ámbito de aplicación espacial no se extendía a la totalidad de dichas provincias, sino que era más limitado: mientras el Fuero de Bizkaia regía únicamente en la parte que, dentro de este Territorio Histórico, se conoce con el nombre de “Infanzonado” o “Tierra Llana” (vid. arts. 5 y 6 LDCF), el Derecho especial alavés concentraba su vigencia en la denominada “Tierra de Ayala” (art. 131 LDCF). En el resto de Araba y Bizkaia, era aplicable la legislación civil general o, lo que es igual, el Código civil español. Por su parte, el Fuero guipuzcoano (desarrollado mediante Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la LDCF) tampoco resultaba de aplicación a todos aquellos sujetos que hubiesen ganado vecindad civil en Gipuzkoa, sino solo a quienes, habiéndola obtenido allí, fuesen a la par propietarios de un caserío ubicado en dicho reducto geográfico.

Tamaño confluencia de normas jurídico-privadas provocaba como resultado la necesidad de distinguir, dentro de un ámbito espacial tan reducido como el de la CAV, hasta cinco estatutos diferentes; a saber, el propio del CC, los tres regulados en la LDCF para cada uno de los Territorios Históricos y un

quinto predicable de los vizcaínos no aforados (o vizcaínos de villa), toda vez que el art. 13 LDCF les reconocía la posibilidad de testar mancomunadamente y por comisario, eximiéndolos, en consecuencia, de las prohibiciones contenidas en los arts. 669 y 670 CC. Así, mientras un núcleo significativo de la población del País Vasco (alrededor de un 45% o, lo que es igual, en torno a un millón de habitantes) estaba sujeto íntegramente al régimen común, el resto venía a repartirse del siguiente modo [GIL RODRÍGUEZ, J., y GALICIA AIZPURUA, G.: “Otros cauces testamentarios en el País Vasco”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, t. I (dir. por M.^a C. GETE-ALONSO). Cizur Menor (2011): Civitas-Thomson Reuters, pp. 572 y 573]:

a) Aproximadamente el 45% del censo vizcaíno se correspondía con la población “de villa”, sometida primordialmente al Código a salvo lo establecido en el art. 13 LDCF. El concreto espacio geográfico en el que se ubicaba esta población vizcaína no infanzona abarcaba el término municipal de Bilbao, la Ciudad de Orduña y las doce villas enumeradas en el art. 6 LDCF: Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeito, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete y Plentzia. En cambio, el 55% restante estaba integrado preferentemente por vizcaínos infanzones o aforados, esto es, por personas a las que les era aplicable en su plenitud el Fuero civil. Téngase en cuenta que “[c]on la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada” recién aludida (art. 6 LDCF).

b) En lo que al Territorio Histórico de Araba se refiere, ha de precisarse que en torno a un 6,5% de sus habitantes estaban también sujetos al Fuero de Bizkaia, pues este regía en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio (art. 146 LDCF). Pero, esto aparte, su Derecho autóctono, es decir, el contenido en el Fuero de Ayala, afectaba “solo” a un 5% de alaveses, concretamente a los 15.000 habitantes de “los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo”, y de “los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega” (art. 131 LDCF).

c) Finalmente, en el interior del Territorio Histórico de Gipuzkoa la delimitación de la vigencia del Fuero necesitaba de un criterio “funcional y objetivo”, puesto que la vecindad civil guipuzcoana únicamente la ostentaban, según se acaba de indicar, aquellas personas que eran propietarias de un caserío (unas 10.000). Quedaban al margen de este específico ordenamiento cualesquiera otros guipuzcoanos carentes de dicha titularidad (en torno a 695.000, casi un 98,5% de la población), aun cuando la tuviesen sobre caseríos sitos en los Territorios Históricos de Bizkaia o Araba (arts. 150 y 172.2 LDCF).

2. Como se decía más arriba, la nueva Ley de Derecho Civil Vasco termina hasta cierto punto con esta irracional fragmentación normativa, ya que viene a establecer un régimen uniforme aplicable en toda la CAV. Así lo declara el art. 8 LDCV, en el que se establece literalmente que “[l]a presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”. La expresa especificación del legislador vasco solo se explica, evidentemente, atendido el anterior statu quo, pues es palmario que la potestad legislativa del Parlamento vasco se extiende (y, a la par, queda circunscrita) a dicho ámbito. De ahí que en la mayor parte de ordenamientos civiles autonómicos no se encuentren previsiones similares, sino, en todo caso, normas que recuerdan la eficacia territorial del Derecho civil propio al único fin de salvar la existencia de puntuales excepciones: muy especialmente, de las que representan las situaciones que deban regirse por el estatuto personal (así, en materia de Derecho de familia y sucesiones) y cualesquiera otras normas de extraterritorialidad (arts. 111.3.1 del Código Civil de Cataluña y 3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia). En todo caso, la extensión espacial del Derecho civil propio a toda la Comunidad es solución que encuentra respaldo en el art. 10 del Estatuto de Autonomía, cuyo apartado quinto atribuye a la CAV la competencia exclusiva en materia de “[c]onservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco”, incluyendo específicamente “la fijación del ámbito territorial de su vigencia”. Y si, en el nivel estatutario, no existen dudas sobre la legitimidad de la opción escogida, tampoco las hay en el constitucional, pues aquella encaja igualmente en el marco doctrinal delineado por el TC en torno al art. 149.1.8.^a CE. Como se sabe, el TC ha reconocido que el término “desarrollo” utilizado por este último precepto permite, por parte de las CCAA con Derecho civil propio, una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, sin que la competencia autonómica en este punto quede vinculada al contenido “actual” del ordenamiento de que se trate; esto es, cabe la ordenación legislativa de ámbitos aún no normados, siempre que guarden conexión con figuras ya reguladas y ello responda a una actualización acorde con sus principios generales o inspiradores (SSTC 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo; 31/2010, de 28 de junio). Tal es lo que sucede precisamente con la ley de la que aquí se da noticia, por cuanto, según confiesa su exposición de motivos, no busca en absoluto “agotar todo el contenido de las viejas instituciones civiles”, sino solo regular ciertas figuras que, en puridad, ya venían contempladas en los Fueros vascos y que ahora se expanden a lo largo y ancho de la Comunidad, pues “aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral”. No obstante, como se comprobará más abajo, se preservan a modo de subordenamientos especiales

ciertas instituciones forales “muy diferenciadas, como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno” (de nuevo, exposición de motivos).

El ajuste constitucional de la solución implementada se desprende igualmente del Dictamen 1537/1992 emitido por el Consejo de Estado a colación de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día (y finalmente desistido) por los órganos centrales del Estado contra ciertos artículos de la LDCF de 1992, entre los que se contaban algunos de los referidos a la determinación del ámbito territorial de los Fueros vizcaíno y ayalés (en concreto, los arts. 6, 10, 11 y 132). En tal ocasión el Consejo sostuvo, frente al parecer de los recurrentes, que, al reconocer explícitamente la CE (art. 149.1.8.^a) la posibilidad de recuperación y crecimiento del Derecho foral, no cabría esgrimir el límite territorial de su vigencia a la entrada en vigor del texto constitucional como criterio delimitador y medida de la competencia autonómica, ya que, de considerar dicho ámbito territorial como inmutable, “la propia capacidad de desarrollo del Derecho Foral se vería limitada a un desarrollo meramente orgánico”. Además, “[s]ólo admitiendo que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia para, dentro del territorio de la Comunidad, fijar el límite territorial de la vigencia del Derecho Foral, puede desplegar todos sus efectos el último inciso del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco”. Evidentemente, lo anterior “no significa que tal competencia para la fijación del ámbito de aplicación del Derecho Foral sea ilimitada y pueda ser ejercitada de cualquier modo por parte de la Comunidad Autónoma. Al igual que la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral o especial, desde un punto de vista material o sustantivo, requiere cierta vinculación con el sentido y los principios informadores del Derecho Foral, también la extensión o modificación del ámbito territorial necesitará una patente conexión con las singularidades identificadoras del Derecho civil foral o especial. Esto es lo que la Constitución en su artículo 149.1.8 pretende garantizar” y lo que la nueva Ley de Derecho Civil Vasco, por la razón arriba expuesta, respeta.

El art. 10 LDCV, por su parte, delimita el ámbito personal. En este precepto se procede al establecimiento y reconocimiento tanto de una “vecindad civil vasca” por razón del nuevo Derecho “común” aplicable a todos los ciudadanos vascos como de unas vecindades civiles “locales” por razón de las normas que aún subsisten como Derecho privado singular en concretos ámbitos espaciales. Añade, además, que dichas vecindades civiles se adquirirán, conservarán y perderán conforme a las normas contenidas en el CC, “sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales”.

Si se mira bien, la disposición del artículo resulta hasta cierto punto superflua,

pues resulta meridiano que, existiendo normas civiles aplicables en todo el ámbito de la CAV, ha de existir necesariamente una vecindad civil “vasca” en virtud de la cual se determine la sujeción a aquellas, y esta no puede ser otra que la regulada en el CC; en cuanto a lo primero, porque no puede haber un Derecho privado sin que haya a su vez un criterio de aplicación del mismo, que no es otro que la vecindad civil; y en cuanto a lo segundo porque, siendo la vecindad civil el punto de conexión utilizado para la determinación del estatuto personal, constituye un aspecto nuclear del Derecho interregional, y claro es que su regulación compete al Estado a tenor de lo establecido en el art. 149.1.8.^a CE (precepto que, recuérdese, le asigna en exclusiva la competencia de elaborar las “normas para resolver los conflictos de leyes”, expresión en la que han de entenderse incluidos a decir de la STC 156/1993, de 6 de mayo, tanto los de índole internacional como los simplemente internos). Es por ello que la virtualidad del precepto ha de incardinarse ante todo en el recordatorio de la eficacia territorial de la propiedad troncal vizcaína, que comporta la subsistencia de los límites de ella derivados aun cuando el titular de los bienes troncales pierda la vizcainía y adquiera otra vecindad civil distinta [vid. art. 68.3 LDCV –interpretado a contrario sensu-, art. 23 LDCF y STS 11-3-2010 –RJ 2010/2343-: sobre esta cuestión, GALICIA AIZPURUA, G.: “La ley aplicable en materia de sucesiones según el Reglamento (UE) N.º 650/2012 y el principio de troncalidad del Fuero de Bizkaia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2015), núm. 2, pp. 496 y ss.]. Aún más: acaso habría sido prudente que el legislador vasco hubiese guardado silencio en este punto en previsión de una hipotética reforma a nivel estatal del Derecho interregional privado, reforma que muchas voces están demandando y que ha adquirido el carácter de inaplazable a la vista de los cambios que, muy especialmente en materia sucesoria, han sufrido los puntos de conexión empleados para resolver los conflictos de leyes internacionales. Se alude, por supuesto, al Reglamento (UE) n.º 650/2012 [vid. al respecto GALICIA AIZPURUA, G.: “El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2015), núm. 3, pp. 523 y ss.].

Mayores dudas puede generar, desde el punto de vista de su ajuste constitucional, el art. 9 LDCV, que lleva la entradilla “Normas de conflicto”. En él, amén de reiterarse el inciso final del art. 10.5 EAPV, se establece expresamente que corresponde al Parlamento Vasco “delimitar” (mejor debería decir “elaborar”) “las normas de resolución de los conflictos internos de leyes, en cuanto subsista dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco la pluralidad legislativa”. A la vista está el porqué del interrogante, puesto de manifiesto en el párrafo precedente: la competencia para dictar tales normas, en principio, la asigna la CE en exclusiva al Estado. Sin embargo, cabe nuevamente apelar al Dictamen 1537/1992 del Consejo de Estado a fin de salvar la constitucionalidad de la norma vasca, ya que en

él, atendido el carácter plural de su sistema intracomunitario, vino a reconocerse a la CAV la potestad de dotarse de reglas en orden a resolver los conflictos que pudieran surgir entre los diversos regímenes de Derecho civil que le son propios, dado que tales “normas resultan necesarias para la aplicación del propio Derecho foral”. En verdad, la doctrina se halla muy dividida a la hora de determinar si pertenecen o no a la competencia exclusiva del Estado, por el título de “normas para resolver los conflictos de leyes”, las reglas que intentan resolver los que puedan plantearse entre las leyes autonómicas de una misma Comunidad [una relación de autores y sus respectivas posturas puede consultarse en FONT I SEGURA, A.: *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*. Universidade de Santiago de Compostela (2007): *De conflictu legum*-Estudios de Derecho internacional privado, pp. 85 a 87]. Pero al menos en el caso del País Vasco la respuesta parece debe ser positiva con base nuevamente en el art. 10.5 EAPV: al conferírsele en él al legislador competencia para la “fijación del ámbito territorial” de vigencia de su “Derecho civil foral y especial”, parece se le esté legitimando simultáneamente para regular todos los aspectos de las relaciones entre los distintos ordenamientos civiles aplicables en el seno de la Comunidad.

Los artículos que se acaban de analizar componen, junto al 11 (“Constancia de la vecindad civil”), el capítulo tercero (y último) del título preliminar de la LDCV. Por su parte, los otros dos que integran dicho título tratan respectivamente de las fuentes del Derecho civil vasco (arts. 1 a 4) y de sus “principios inspiradores” (arts. 5 a 7). Prescindiendo de estos últimos, de escasa o nula entidad práctica por su carácter programático (salvo en la regla referente al idioma oficial en el que deben formalizarse los documentos públicos –art. 7.2-), ha de decirse, en cuanto a aquellas, que vienen a ser una mera reiteración de las actualmente contenidas en los arts. 1 a 4 LDCF, a salvo la siguiente llamativa variación: el nuevo art. 2 LDCV, al aludir a la jurisprudencia como elemento “integrador” del Derecho civil vasco, la define en forma amplia como “la doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco”. No obstante este lato concepto, mediante el que el legislador vasco se sitúa de algún modo en la órbita del art. 477 LEC (en que también se habla de “jurisprudencia” para hacer referencia a la doctrina de las Audiencias Provinciales), la norma precisa que será la sala de lo civil del TSJ del País Vasco la encargada de “unificar la doctrina” emanada de dichos órganos jurisdiccionales “a través de los recursos pertinentes que en cada momento establezca la legislación procesal”, con lo que en verdad cabe afirmar que el cambio es más cosmético que real: al ser la jurisprudencia del TSJ del País Vasco la única cuya contradicción puede fundar la interposición de un recurso de casación en materia de Derecho civil vasco (art. 477.3.II LEC), será ella sola la que ostente auténtico y efectivo alcance “integrador” de este

ordenamiento.

3. En cuanto a los restantes tres títulos que completan la estructura la Ley, destaca la enorme importancia que reviste el que lleva el ordinal segundo frente a los otros dos, puesto que en él, además de una amplia regulación de la materia sucesoria (a la que queda consagrado el grueso del articulado de la LDCV: arts. 17 a 124), se contienen las innovaciones más relevantes para quienes han (hemos) pasado a ostentar la vecindad civil vasca.

No obstante, antes de exponer dichas innovaciones, parece pertinente ofrecer una sucinta noticia de los Títulos I y III, dedicados respectivamente a los “principios de Derecho patrimonial” (arts. 12 a 16) y al “régimen de bienes en el matrimonio” (arts. 125 a 146).

En lo que hace a los primeros, la Ley alude a algunos que guardan una directa conexión con la tradición vasca relativa a las explotaciones agrarias de índole eminentemente familiar y, así, en los artículos correspondientes recoge, ya una expresa definición de lo que deba entenderse por caserío (art. 12), ya una explícita delimitación de las singularidades que, en perspectiva histórica, han caracterizado a los contratos de arrendamientos rústicos celebrados en el País Vasco (art. 13), ya una lacónica regulación de las “sociedades civiles” (art. 16), las cuales, a decir del legislador (exposición de motivos), “son la expresión de un viejo espíritu asociativo que perdura en nuestros días en las cofradías, hermandades y mutualidades y no ha sido objeto [hasta hoy] de regulación propia”. Pero además, complementando las disposiciones delimitadoras del contenido del derecho de propiedad recogidas en otras normas de corte igualmente autonómico, el Título I LDCV pone su foco de atención en dos instituciones de carácter real, como son: a) la servidumbre de paso, respecto de la que se admite expresamente su adquisición “por la prescripción de veinte años” (art. 14), y b) el derecho de cierre de heredades por parte de su propietario, sin que pueda, no obstante, “impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo, siempre que no utilicen vehículo alguno” (art. 15).

Por lo que respecta al Título III y a la materia que en él se regula, cabe afirmar que no se aprecian variaciones sustanciales en comparación a la situación jurídica precedente. No lo es desde luego el reconocimiento a los cónyuges de la libertad de estipulación en materia de régimen de bienes, a tenor de la cual pueden elegir el régimen aplicable al matrimonio, ya sea antes o después de su celebración (arts. 125 y 126 LDCV), pues tal posibilidad ya venía contemplada en los arts. 93 LDCF y 1315 y 1317 CC. Pero tampoco lo es el que, a falta de pacto, rijan como regímenes legales supletorios, ya el de gananciales regulado en el CC para los contrayentes que ostenten la vecindad

civil vasca (por remisión del art. 127.1 LDCV), ya el de comunicación foral contemplado en los arts. 129 a 146 LDCV para quienes gocen de vecindad local vizcaína (art. 127.2 LDCV). Y no lo es porque, al no disciplinarse en la LDCF de 1992 ningún régimen económico específico o singular aparte del propio de la comunicación foral (arts. 95 a 111), claro está que a los cónyuges que hubiesen ganado en el País Vasco cualquier otra vecindad civil distinta de la vizcaína aforada (es decir, la común, la ayalesa o incluso la vizcaína no infanzona) se les aplicaba como régimen legal supletorio el recogido en los arts. 1344 y ss. CC.

Con todo, conviene hacer a colación de dicho Título III dos puntualizaciones:

a) La técnica de la remisión empleada por el art. 127.1 LDCV (“[a] falta de capitulaciones o cuando resulten insuficientes o nulas, el matrimonio se regirá por las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el Código Civil”) no debe llevar a entender con base en el inciso final del art. 9.8 CC que los derechos sucesorios asignables al cónyuge viudo hayan de ser, cuando el causante ostente vecindad civil vasca, los contemplados en los arts. 834 y ss. CC en vez de los regulados en los arts. 52 a 54 LDCV. Pues al efectuar dicha remisión el legislador autonómico de alguna manera ha incorporado el régimen codicial en materia de gananciales al ordenamiento civil propio, de forma que no existe en realidad una divergencia entre ley sucesoria y ley rectora de los efectos del matrimonio, que es el supuesto al que atiende el art. 9.8 CC in fine.

b) La regulación que la LDCV dedica al régimen vizcaíno de comunicación foral es meramente continuista de la contenida en la Ley de 1992, y lo es tanto en el plano sustantivo como en el conflictual: el art. 127.3 de la primera viene a reproducir las previsiones del art. 94 de la segunda a fin de determinar el régimen económico-matrimonial aplicable en aquellas hipótesis en que solo uno de los contrayentes tenga vecindad civil en la Tierra Llana, previsiones en las que, por otra parte, no se recogen puntos de conexión diversos a los del art. 9.2 CC.

4. Como ya se ha indicado varias veces, la innovación más importante que introduce la LDCV de 2015 consiste en el establecimiento de un ordenamiento sucesorio común para todos los vascos. A continuación se expondrán sus líneas generales, no sin antes advertir de su carácter incompleto, pues el legislador vasco ha centrado preferentemente su atención en tres bloques de materias, como son: los instrumentos de ordenación sucesoria (capítulos I –sucesión testada- y III –pactos sucesorios-), la sucesión forzosa (capítulo II) y la sucesión legal (capítulo IV). Por tanto, en

lo que atañe al resto del fenómeno sucesorio, se aplicará el Código civil español en tanto que Derecho supletorio (art. 3 LDCV).

a) La afirmación anterior queda no obstante en cierto modo matizada por las “disposiciones preliminares” con las que se abre este Título II de la LDCV, y en las que, con una técnica deficiente, se aborda la regulación de la “sucesión y delación” en el art. 17 y de las distintas “formas de suceder” en el art. 18. Se califica la técnica empleada de “deficiente” porque el primero de aquellos preceptos en su apartado segundo hace coincidir inexplicablemente, en las hipótesis de existencia de fiducia sucesoria, el momento de la apertura de la sucesión con el de la materialización del encargo por parte del fiduciario: sin embargo, es claro que el instante de apertura coincidirá siempre, diga lo que diga la norma y haya o no poder testatorio, con el del fallecimiento del causante, pues es entonces cuando se extingue su personalidad y cuando, por consiguiente, su patrimonio transmuta en herencia (como contradictoriamente reconoce, por otro lado, ese mismo precepto en su primer apartado). Antes bien, lo único que se perfecciona o produce en el momento en que el fiduciario ejercita su poder es la delación (vid. arts. 321.4 y 448 del Código del Derecho Foral de Aragón), instante hasta el cual la herencia habrá permanecido en situación de yacencia. Por esto mismo, tampoco se entiende la prescripción inicial del art. 17.2, según la cual “[l]a delación se producirá en el momento del fallecimiento del causante”: no será así, desde luego, en los casos de existencia de fiducia, pero tampoco, por ejemplo, en los de institución hereditaria o legado sometidos a condición suspensiva o en aquellos en que el beneficiario sea un “nasciturus”.

b) De otra parte, dentro de aquellas disposiciones preliminares debería haberse incluido otra importante novedad que, con una sistemática más que discutible, aparece sin embargo ubicada entre las disposiciones generales en materia de “sucesión testada” (arts. 19 a 21 del capítulo II): se alude a la limitación de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, los legados y las cargas hereditarias hasta donde alcance el valor de los bienes heredados (art. 21.1), ya que es de suponer que ha sido intención del legislador establecer dicha limitación de carácter automático u “ope legis” (y “pro viribus”) en favor no solo del heredero instituido voluntariamente por el causante o el fiduciario, sino también de aquel que sea llamado mediante sucesión abintestato o legal. Otro tanto cabe decir del beneficio de separación de patrimonios contemplado en favor de los acreedores del causante y de los legatarios en el art. 21.3 LDCV y que es directa trasposición de la ley 319 del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho civil foral de Navarra.

c) En lo que estrictamente hace a los instrumentos de los que el causante se puede valer para ordenar su sucesión, la LDCV ha optado, simplemente, por

extender a todos los ciudadanos vascos los que ya venían contemplados en la Ley de 1992 y, así, el testamento hil-buruko (art. 23 LDCV), anteriormente solo previsto para Bizkaia (art. 31 LDCF); el testamento mancomunado o de hermandad (arts. 24 a 29), accesible únicamente hasta ahora para los vizcaínos y los guipuzcoanos que fuesen propietarios de caserío (arts. 13, 49 a 52 y 172 a 178 LDCF); la fiducia sucesoria o “sucesión por comisario” (arts. 30 a 46 LDCV), que venía hasta la fecha contemplada solo para los recién indicados sujetos y los vecinos ayaleses en la modalidad denominada “usufructo poderoso” (arts. 13, 32 a 48, 140 a 145 y 164 a 171 LDCF); y, en fin, los pactos sucesorios (arts. 100 a 117 LDCV), antes regulados exclusivamente para Bizkaia y Gipuzkoa (arts. 74 a 83 y 179 a 188 LDCF). Por tanto, en este concreto respecto, la virtualidad de la nueva Ley de Derecho Civil Vasco se ha cifrado ante todo en el levantamiento de las prohibiciones contenidas en los arts. 669, 670 y 1271.2.º CC que todavía constreñían a una buena porción de vascos: a la sazón, todos aquellos que ostentaban la vecindad civil común.

Procede indicar, de otro lado, que las modificaciones introducidas en el régimen de estos negocios mortis causa son de cierto calado, y que mientras las atinentes a la fiducia sucesoria se inspiran en la “Propuesta de Ley civil vasca” elaborada conjuntamente (con fecha 31 de mayo de 2012) por la Academia Vasca del Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia (texto prelegislativo de carácter privado del que están extraídos la mayor parte de los artículos de la LDCV y su misma estructura: <http://www.forulege.com/default.cfm?atala=legeria&hizkuntza=1>), las relativas al testamento hil-buruko, al mancomunado y a los pactos sucesorios encuentran inspiración en un *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen* elaborado a solicitud de la Viceconsejería de Justicia del Gobierno Vasco por un equipo integrado por diversos investigadores del Departamento de Derecho civil de la UPV/EHU y liderado por quien suscribe estas líneas [ASUA GONZÁLEZ, C. I., GALICIA AIZPURUA, G., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., IMAZ ZUBIAUR, L.: *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*. Leioa (2011): Servicio de Publicaciones de la UPV/EHU; el texto del estudio puede consultarse en: <http://www.ehu.eus/es/web/derechocivil/mintegiak#2>]. En fin, cabe subrayar aquí también el inapropiado tratamiento sistemático de los instrumentos enumerados, ya que si, de un lado, no se entiende la razón por la cual la regulación de los pactos sucesorios queda relegada al capítulo tercero, tras abordarse en el primero la “sucesión testada” y en el segundo “las limitaciones a la libertad de testar”, de otro, tampoco se alcanza a comprender por qué el régimen de la fiducia se incluye en la sucesión testamentaria (sección cuarta de dicho capítulo primero), toda vez que en estos casos, en los que el causante autoriza a un tercero para ordenar su sucesión, es posible que tal ordenación se culmine sin que intervenga el

fenómeno testamentario en momento alguno. Tampoco se entiende que, habiéndose estrenado un nuevo régimen de esta última institución para toda la CAV, se mantenga una regulación separada y especial para el usufructo poderoso de la Tierra de Ayala (arts. 91 a 95 LDCV).

d) Hasta el pasado 3 de octubre de 2015 concurrían en la CAV hasta cuatro sistemas legitimarios diferentes, pues mientras en la mayor parte de su territorio regía el esquema del CC, en Gipuzkoa, el Infanzonado vizcaíno y la Tierra de Ayala se aplicaban unos sistemas particulares y específicos contemplados en la LDCF de 1992. La Ley de Derecho Civil Vasco de 2015 ha terminado en parte con este fraccionamiento, ya que, aun cuando preserva la absoluta libertad de testar ayalesa y la troncalidad vizcaína, inaugura un nuevo sistema de sucesión forzosa para todos los sujetos con vecindad civil vasca. Descrito en una pincelada (arts. 47, 49, 52 y 54 LDCV), el mismo consiste en el establecimiento de una legítima colectiva únicamente en favor de una determinada categoría de parientes (los descendientes) y de cuantía muy reducida (un tercio del caudal). Asimismo, y de forma paralela, se reconoce al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho una cuota legitimaria en usufructo (de la mitad en concurrencia con descendientes y de dos tercios en otro caso) y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar. Pues bien, de este simplicísimo bosquejo ya es posible inferir cuáles son los cambios más importantes introducidos por la LDCV en comparación a la situación jurídica precedente. Más exactamente, estos se cifran en: a) la supresión de la legítima prevista para los ascendientes tanto por el Código civil (arts. 807 y 809) como por el Fuero vizcaíno de 1992 (arts. 53 y 56 LDCF), salvo en lo que atañe a los bienes troncales en esta última hipótesis (arts. 63, 66, 67, 69 y 70 LDCV); b) una notoria reducción del quantum legitimario correspondiente a los descendientes respecto del establecido en aquellos dos cuerpos legales (dos tercios en el caso del Código –art. 808- y cuatro quintos en el del Fuero de Bizkaia –art. 55 LDCF-); y c) el salto desde un sistema de legítimas individuales y legalmente prefijadas para cada uno de los legitimarios a otro de carácter global, es decir, a otro en el que impera una plena libertad de distribución por parte del causante (dentro del propio grupo de sucesores forzosos, se sobreentiende). Obviamente, este salto solo afecta a aquellos territorios de la CAV en los que hasta ahora regía el CC, pues la legítima vizcaína ha ostentado secularmente (desde el Fuero Viejo de 1452) ese carácter colectivo o global (art. 54 LDCF).

La opción de política legislativa escogida por el Parlamento Vasco en esta crucial materia debe estimarse acertada en cuanto en su virtud se pone fin de un plumazo a las trabas que la estructura legitimaria del CC ha planteado tradicionalmente en la CAV en punto a la transmisión indivisa de las pequeñas y medianas empresas (muy especialmente, las de corte familiar),

problema en el que (conviene recordarlo) se encuentra la génesis de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la LDCF en lo relativo al Fuero civil de Gipuzkoa y la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano. Pero, además, también parecen acertadas tanto la merma cuantitativa sufrida por la legítima de los descendientes como la supresión de la propia de los ascendientes. En cuanto a lo primero, porque la correlativa ampliación del margen de libertad de disposición mortis causa que aquella supone permite satisfacer un deseo muy extendido entre los causantes casados, como es el de favorecer singularmente al viudo (o, en su caso, a la pareja supérstite), y, además, porque unas legítimas de dimensiones mastodónticas como las del Fuero de Bizkaia o como las del CC hace mucho tiempo que dejaron de tener sentido: ambas fueron concebidas en unos momentos históricos (comienzos del siglo XVI y fines del XIX, respectivamente) en los que la gente fallecía a temprana edad, con lo que unas legítimas tan vastas venían a asegurar el sustento de unos hijos que, con toda probabilidad, aún se hallaban en la minoría de edad y que, por tanto, carecían de los recursos patrimoniales imprescindibles para labrarse un futuro. En cambio, en una sociedad como la nuestra, en la que la esperanza de vida es elevadísima, los hijos heredan a sus padres en una etapa muy avanzada de su madurez, lo que significa que los primeros tienen ya en ese instante resuelta y enderezada su vida. Dicho de otro modo: los proyectos vitales de los hijos no dependen hoy de los bienes que adquieran mortis causa de sus progenitores, y aunque recibir una herencia cerca de los cincuenta años –como acontece muchas veces- puede suponer una ventaja económica deseable para el individuo, no adquirir nada no altera una forma de vida ya desarrollada sobre otras bases. Pero estos mismos datos también convierten por sí solos a la legítima de los ascendientes en una figura excepcional y de extrañísima aplicación, porque, a la muerte del causante sin posteridad, sus ascendientes normalmente habrán fallecido ya, y porque, aunque vivan, tendrán de habitual una edad muy avanzada, con lo que su percepción no les suministrará ningún aporte material sustancioso en lo que hace a la satisfacción de sus necesidades vitales. Súmese a estas consideraciones el dato de la existencia de sistemas de previsión pública (pensiones de jubilación) y privada (fondos y planes de pensiones).

Ahora bien, a pesar de estas bondades la Ley descuida nuevamente el plano técnico, pues presenta importantes lagunas normativas (no se regulan, por ejemplo, ni el instituto de la desheredación ni las acciones de reducción de disposiciones inoficiosas) y oscuridades (así, en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima de los descendientes –art. 48.1 LDCV- o en sede de preterición total –art. 51.2-). La falta de esmero en este respecto se aprecia incluso en la ubicación sistemática de la institución, ya que la LDCV la regula en el capítulo segundo del título II tras abordar en el primero la “sucesión testada”. No obstante, es de suponer que, en tanto que límite a la libertad de

disposición mortis causa, la legítima también debe ser respetada por los otorgantes de pacto sucesorio, negocio jurídico que paradójicamente se regula después, en el capítulo tercero. Es más: un adecuado tratamiento sistemático de la materia aconsejaría su inclusión tras la sucesión legal o intestada, dado que la legítima es una figura presente también en este tipo de delación. Es cierto que, puesto que los hijos y demás descendientes son llamados en primer término como herederos intestados (art. 112 LDCV), de habitual recibirán por esta vía más de lo que por legítima pudiera corresponderles, pero esto no será siempre así; más concretamente, no será así cuando el causante haya hecho durante su vida donaciones por importe superior a los dos tercios libremente disponibles.

e) Como ya se ha advertido, este nuevo régimen legitimario no es absolutamente uniforme, ya que coexiste con dos especialidades: la absoluta libertad de testar ayalesa (arts. 88 a 90 LDCV) y la troncalidad operante respecto de los bienes raíces ubicados en la Tierra Llana vizcaína o en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio (arts. 61 a 87); si bien existen además algunas previsiones de entidad menor en relación al caserío guipuzcoano que carecen de incidencia práctica en aquel (arts. 96 a 99). El mantenimiento de la primera, que ya venía contemplada en la Compilación de Vizcaya y Álava de 1959 (art. 62) y en la LDCF de 1992 (art. 134), era, atendido el prudente uso que de ella han hecho siempre los vecinos ayaleses, la única solución posible: habría constituido un absurdo lógico que el actual legislador vasco hubiese sustituido este principio por un sistema de legítimas (siquiera por uno tan flexible como el de la LDCV), ya que de esta guisa habría pasado a erigirse en una suerte de “curador” de los pobladores de la Tierra de Ayala. Según reza la opinión (más o menos) común, la existencia de un sistema de legítimas no constituye ningún imperativo constitucional, pues esta figura es solo uno de los varios mecanismos de los que puede valerse el legislador ordinario al objeto de cumplir el mandato del art. 39 CE de protección a la familia. Es lógico, entonces, que la LDCV haya preservado en todos sus términos dicha irrestricta libertad, si bien ha introducido en su regulación algunos pocos retoques que venían exigidos por la ineludible comunicación de este singular régimen con el nuevo estatuto articulado para la CAV: mientras, según la normativa anterior, los parientes a quienes debía apartar el ayalés que quisiera ejercitar su libertad de testar eran los que aparecían designados como “herederos forzosos” por el CC (arts. 134.2 LDCF y 807 CC), en la nueva Ley pasan a serlo quienes aparecen señalados como legitimarios por su art. 47, o sea, los descendientes y el viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho (art. 89.2 LDCV, que remite expresamente a aquel otro precepto).

Sin embargo, no merece el mismo juicio la preservación de la troncalidad vizcaína, la cual comporta, para los vascos que ostenten la correspondiente

vecindad civil local, un límite añadido a su libertad de disposición por causa de muerte, pues viene a superponerse a los dos anteriormente citados, esto es, a la legítima colectiva de un tercio en favor de descendientes y a la legítima usufructuaria prevista en beneficio del viudo o pareja supérstite (vid. art. 70 LDCV). Se trata, además, de un límite cuya operatividad se extiende a la línea ascendente e incluso a la colateral hasta el cuarto grado (arts. 66 y 67). Es verdad que el principio de troncalidad constituye un rasgo histórico esencial del ordenamiento civil de Bizkaia, y que, como dice la exposición de motivos de la LDCV, tiene probablemente gran “arraigo” en este Territorio Histórico. Pero no es menos cierto que su surgimiento obedeció a unos parámetros económicos y sociales hoy día inexistentes. De todos modos, ha de resaltarse la inclusión en su regulación de ciertas novedades que tienden a debilitarlo por comparación al régimen anterior (vid. un breve bosquejo de este en GALICIA AIZPURUA, G.: “La ley aplicable”, cit., 493-495), y así, por ejemplo, la necesidad de que se produzca al menos una transmisión en línea recta descendente dentro de la familia para que el bien raíz pase a merecer la consideración de troncal (arts. 63.3 y 68.1 LDCV: cfr. art. 22.1 LDCF) o que se haya sustituido la sanción de la nulidad de pleno derecho prevista por el antiguo art. 24 LDCF para los actos de disposición de bienes troncales realizados a título gratuito en favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente por la de la simple anulabilidad o nulidad relativa (art. 66 LDCV). Este último cambio merece una bienvenida especial, ya que, a tenor del carácter meramente privado de los intereses en presencia, la imprescriptibilidad de la acción y la imposibilidad de convalidar el acto de disposición extralimitado por parte de los tronqueros resultaban consecuencias desorbitadas e irracionales propias del régimen anterior. Lo que, en cualquier caso, no tiene mucho sentido es que los derechos familiares de preferente adquisición de carácter troncal aparezcan regulados, junto con otros aspectos de este principio que no constituyen propiamente materia sucesoria, en la sección tercera, capítulo segundo (“De las limitaciones a la libertad de testar”) del Título II (“De las sucesiones”) LDCV.

f) Bajo la vigencia de la LDCF de 1992, de entre los tres ordenamientos en ella contemplados, solo el vizcaíno consagraba un régimen específico para la sucesión legítima, legal, abintestato o intestada (arts. 67 a 73 LDCF), de forma que quienes ostentaban la vecindad civil guipuzcoana o ayalesa quedaban por completo sometidos, en este punto, a la regulación contenida en el CC. Esa ausencia de previsión especial en los Fueros de Ayala y Gipuzkoa encontraba explicación en el objetivo primordial que servía de inspiración a sus respectivos sistemas jurídicos: mientras el primero se preocupaba ante todo de regular la absoluta e irrestricta libertad de testar de la que secularmente han gozado los vecinos ayaleses (arts. 134 a 139 LDCF), el segundo perseguía principalmente posibilitar la transmisión indivisa del

caserío guipuzcoano a base de flexibilizar el esquema legitimario del CC, aplicable en este territorio (arts. 153 a 163). De ahí la ausencia en ellos de normas especiales que regulasen el destino de la herencia en defecto de manifestación de voluntad por el “de cuius”.

Con la nueva LDCV de 2015 este panorama ha cambiado, por cuanto, de conformidad con su propósito de articular un Derecho civil común para toda la CAV, la nueva norma establece un régimen general en materia de delación legal para todos aquellos causantes que ostenten la vecindad civil vasca (arts. 110 a 117). No obstante, hay que advertir de nuevo que la uniformidad no es total, ya que el art. 111 LDCV contiene una regla especial en orden a la devolución abintestato de los bienes troncales cuando se trate de causante que goce (o haya gozado: art. 68.3) de vecindad local vizcaína. Así pues, en este punto es necesario distinguir entre: a) un régimen general, inspirado exclusivamente en un principio personalista, por cuanto la ley dirige el nombramiento como sucesores hacia los familiares del difunto por el mero hecho de serlo y sin consideración a ninguna otra circunstancia; y b) otro especial, establecido para Bizkaia, en el que se tiene en cuenta, además del parentesco, el origen de los bienes raíces a fin de que los que sean de procedencia familiar queden en el tronco del que provienen. Se trata, por tanto, de un sistema mixto en el que, junto al criterio subjetivo o personal (parentesco y proximidad de grado), se maneja otro de índole objetiva o real, a saber, el que suministra el principio de troncalidad, en cuya virtud los raíces familiares han de ir a parar siempre e inexorablemente a los parientes pertenecientes a la rama de donde vienen. En cuanto al primero, que es el que ahora interesa, ha de indicarse aquí que, aun cuando la LDCV no las explicita, las clases de herederos abintestato son las mismas que las del CC, es decir: a) los parientes cuya relación con el difunto se funde, bien en la consanguinidad, bien en la adopción (a pesar del inciso final del art. 112.4); b) el cónyuge viudo o el miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro administrativo (vid. disp. ad. 2.^a LDCV); c) la Administración General de la CAV. Lo que diferencia ante todo a ambos cuerpos legales es el orden de suceder, pues si bien en la LDCV también son llamados prioritariamente los descendientes, en su ausencia la delación se defiende en favor del viudo o pareja supérstite, por lo que solo en su defecto son llamados los ascendientes, los colaterales hasta el cuarto grado y, en último lugar, la Administración General de Euskadi.

g) La Ley vasca de 2015 cierra el Título II y, por tanto, la regulación del fenómeno de la sucesión por causa de muerte con una serie de “Disposiciones comunes a las distintas formas de suceder” (arts. 118 a 124, capítulo V) aplicables de consiguiente tanto a la delación voluntaria como a la legal. A salvo la “reserva de bienes raíces donados para un matrimonio” ex art. 119, se trata en realidad de figuras ya recogidas en el CC, a las que este,

atendida la parca regulación que la LDCV les dedica, les será de aplicación supletoria en todo lo no previsto por el legislador vasco: reserva troncal (art. 118 LDCV; cfr. art. 811 CC), reserva vidual (extendida a la pareja supérstite: art. 120 LDCV; cfr. arts. 968 y ss. CC) y derecho de reversión de donaciones en favor del ascendiente donante (art. 123 LDCV; cfr. art. 812 CC). En cualquier caso, no deja de sorprender la palmaria contradicción existente entre el llamamiento abintestato del cónyuge o pareja supérstite, operante a falta de descendientes (arts. 112 y 114 LDCV), y la reserva troncal contemplada en el art. 118 de la Ley vasca: en efecto, nótese que si el viudo o pareja hereda directamente no tiene nada que reservar, mientras que si recibe los bienes familiares del premuerto a través de un descendiente que los heredó de aquel y se los transmite a su vez mortis causa se produce el supuesto de hecho de la reserva.

5. La LDCV completa sus previsiones con tres disposiciones adicionales, siete transitorias, una derogatoria y otra final. De entre ellas, vale la pena destacar la DT primera, que, a fin de resolver los conflictos intertemporales que surjan entre la Ley de 2015 y la derogada LDCF de 1992, remite a las transitorias preliminar, 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 12.^a del Código civil español (y así, entonces, en lo que respecta a los negocios jurídicos mortis causa, sucesión legal y legítimas), amén de la DT séptima, en la que se regula el paso a la nueva vecindad civil vasca en los siguientes términos: “Desde la entrada en vigor de esta ley, quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adquirirán automáticamente la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda. La nueva legislación que les resulte aplicable, de acuerdo con lo establecido en esta disposición, no alterará el régimen económico matrimonial o patrimonial, en el caso de las parejas de hecho, salvo que se acuerde en capitulaciones matrimoniales o pacto. En lo relativo a las relaciones personales y sucesorias, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera.”

LA PARTICIÓN DE HERENCIA CONFLICTIVA TRAS LA LEY DE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

THE CONTROVERSIAL INHERITANCE AFTER THE LAW OF
VOLUNTARY JURISDICTION.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 321 - 328.

Fecha entrega: 07/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

JOSE MARÍA CARRAU CARBONELL
Notario de Lucena del Cid (Castellón)
jmcarrau@notariado.org

RESUMEN: Cuando uno de los llamados a la herencia adopta una actitud inmovilista, ello ocasiona una situación de conflicto por paralizarse el proceso sucesorio. La Ley de Jurisdicción Voluntaria ha agilizado los mecanismos que ya antes preveía el Derecho Civil mediante una desjudicialización de la “interpellatio in iure” y de la partición de herencia realizada por el contador partidor dativo.

PALABRAS CLAVE: partición; sucesión; herencia.

ABSTRACT: When any of the heirs assumes a stationary attitude, that causes a situation of trouble as it stops the inheritance procedure. The Law of Voluntary Jurisdiction eases the methods that Civil Law already provided, by removing of Judges competency the “interpellatio in iure” and the division of heritage done by the applied executor.

KEY WORDS: division; succession; inheritance.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Conductas que obstaculizan la partición hereditaria.- 3. La intervención del Notario en las particiones conflictivas.- 4. Consideraciones prácticas sobre la nueva regulación.- 5. Conclusiones.

1. Un problema clásico que se produce en la práctica del Derecho Sucesorio viene ocasionado cuando, ante una partición de herencia, uno de los coherederos se niega a otorgarla.

Ello puede venir motivado por diversas razones. Puede que se desconozca su paradero; puede que no esté de acuerdo con la forma en que se va a partir; pero el caso más habitual es el del heredero que, por las típicas rencillas familiares, simplemente se niega a cualquier tipo de actuación, con el exclusivo ánimo de molestar a sus coherederos, que habitualmente son sus propios hermanos.

Ello ocasiona una situación de parálisis en la sucesión, que en estos casos suele encontrarse en situación de yacencia, porque el que se niega a partir normalmente tampoco la ha aceptado, expresa ni tácitamente. Esto es, la herencia se encuentra abierta, se conoce quiénes son los llamados testamentariamente o ab intestato, pero uno o varios de ellos se niegan en rotundo a colaborar aceptándola y partiéndola.

Esta situación es la más habitual, aunque también es posible que nos encontremos ya ante una situación de comunidad hereditaria en la que todos han aceptado expresa o tácitamente pero alguno se niega a partir.

No se trata sólo de un problema teórico sino que, más bien al contrario, suele ocasionar situaciones de verdadera angustia para los coherederos, fundamentalmente por dos tipos de razones.

Desde el punto de vista personal, porque ante el fallecimiento de un ser querido, lo que se suele desear es finalizar los trámites de la forma más ágil posible para evitar prolongar una situación de dolor.

Pero fundamentalmente, desde el punto de vista económico, porque puede que los coherederos se encuentren en una situación económica débil, que se vería suavizada por recibir el patrimonio hereditario. A ello se suma la perentoriedad del plazo para liquidar el Impuesto de Sucesiones.

Todo ello, como puede observarse, ocasiona en estos casos una situación de

crisis familiar en la que varios herederos desean realizar la partición de la herencia pero alguno de ellos la paraliza.

2. Ante estas situaciones, como ocurre ante todos los problemas jurídicos, el ordenamiento prevé mecanismos que pueden facilitar la solución.

Hemos señalado dos supuestos fundamentales: el del llamado que se niega a aceptar; y el del coheredero que ya ha aceptado pero se niega a partir. El Derecho Civil tiene dos soluciones fundamentales, una para cada caso.

En el primer supuesto, del llamado que se niega a aceptar o repudiar, el artículo 1005 del Código Civil recoge la llamada “*interpellatio in iure*” que permite intimar al heredero para que acepte o repudie.

Con anterioridad a la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de Julio de 2015, señalaba el precepto citado: “Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada”.

Sin perjuicio del error técnico del precepto por llamar heredero a quien sólo era llamado, cabe señalar que el mismo hablaba de la legitimación activa de “un tercer interesado”. Se podía discutir si dentro de dicho concepto, además de los acreedores, cabía la legitimación de los demás llamados a la herencia. En nuestra opinión, los coherederos sí se hallaban legitimados, y ello se ha reforzado por la nueva dicción del precepto que posteriormente veremos.

Con esta acción, los coherederos podían desbloquear la primera traba y pasar de la situación de herencia yacente a la de comunidad hereditaria en la que ya todos los llamados habían aceptado o repudiado y por tanto existía ya una pluralidad de herederos que aún no habían realizado la partición.

Sin embargo, aún con éxito en esta primera acción, el problema subsistía si el heredero aceptante se negaba a partir.

En este segundo supuesto, que antes ya mencionábamos, el artículo 1057.2 del Código Civil prevé también un mecanismo. Así, decía antes de la citada Ley de Jurisdicción Voluntaria: “No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así

realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”.

Se partía, lógicamente, de que en verdad existiera el problema, y por ello se exigía la ausencia de un contador designado por el causante, puesto que en dicho caso él realizaría la partición. Y se exigía y exige una mayoría en la comunidad hereditaria, que desee partir, para poder intimar al resto.

Y, dado que judicialmente no es fácil sustituir una voluntad rebelde en la partición hereditaria, que es un negocio jurídico complejo que conlleva una serie de adjudicaciones, lo que se prevé es el nombramiento de un tercero que realice dicha partición.

3. Como hemos visto, tanto en el caso de que el llamado se niegue a aceptar o repudiar como en el caso de que se niegue un heredero a partir, el legislador preveía soluciones que exigían la intervención judicial.

En nuestro tiempo, como es sabido, la judicatura se encuentra sobrepasada por la enorme carga de trabajo que recibe. Ello, no obstante su diligente trabajo, implicaba que ambos procedimientos podían dilatarse en el tiempo y prolongar, por tanto, la situación conflictiva.

Por ello, hasta hace poco, existía en teoría un cauce previsto legalmente para solventar las particiones conflictivas, pero en la práctica no se alcanzaba plenamente el objetivo de agilizar la partición hereditaria puesto que se debían iniciar unos trámites judiciales a menudo costosos y lentos.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de Julio de 2015 modificó los preceptos señalados con el fin de solventar dichos inconvenientes.

Así, actualmente, el artículo 1005 del Código Civil señala: “Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente”.

Y el artículo 1057 en su párrafo segundo dice: “No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según

las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”. Además, se desarrolla este procedimiento introduciendo el artículo 66 en la Ley del Notariado.

4. Con esta reforma parece que se ha completado en el plano práctico la solución que llevaba ya mucho tiempo prevista en el plano teórico, dotando de agilidad a los procedimientos.

Así, en la actualidad, los llamados a una herencia que otro llamado se empeña en obstaculizar tienen mecanismos prácticos para solventar su situación. En primer lugar, si uno de los llamados no acepta ni repudia, tienen la posibilidad de acudir al Notario para que le interpele mediante un acta de notificación y requerimiento de las previstas en los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial.

Ya no cabe duda de que están legitimados activamente, puesto que el legislador así lo ha querido aclarar al hablar de “cualquier interesado” suprimiendo la referencia al “tercero” que provocaba la discusión.

Con esta atribución de competencia a los Notarios, se logra una rapidez y una disminución de costes que a nuestro juicio era necesaria.

Los interesados acudirán al Notario, éste notificará y requerirá al llamado, y desde dicho momento, en el plazo de treinta días naturales, se habrá logrado una primera solución: bien aceptará puramente el requerido; bien a beneficio de inventario; bien repudiará; o bien no hará nada, en cuyo caso se entenderá que ha aceptado puramente.

Contando con el lapso de nueve días del artículo 1004 del Código Civil, todo el procedimiento no debería durar más de dos meses, en función de la carga de trabajo de la Notaría.

Una vez finalizado, se habrá puesto fin a la yacencia de la herencia, existirá una comunidad hereditaria pero, como veíamos, puede que exista otro problema a solucionar, si el llamado al que se requirió optó por aceptar, o por no hacer nada y se le tuvo por aceptante; pero aun así, sigue negándose a colaborar y, siendo parte de la comunidad hereditaria, se niega a otorgar la partición.

En este caso, si los coherederos que tienen voluntad de partir superan la mitad del haber hereditario, podrán usar el mecanismo del artículo 1057.2 del

Código Civil, que recoge dos actuaciones que permitirán poner fin a la partición, pudiendo ambas realizarse mediante el otorgamiento de una escritura pública, según lo previsto en las letras b) y d) del artículo 66 de la Ley del Notariado.

En primer lugar, podrán solicitar del Notario el nombramiento de un contador partidor dativo que realice la partición hereditaria, al que se designará según lo previsto en el artículo 50 de la Ley del Notariado, después de citar a todos los interesados.

Por tanto, los coherederos acuden al Notario; y éste cita por cualquiera de los medios del artículo 202 del Reglamento Notarial a los demás coherederos (entre ellos, el que paraliza la partición), a los legitimarios no instituidos herederos, a los acreedores del causante y a los demás con domicilio conocido que pudiera haber, como pueden ser los cesionarios de cuota hereditaria. Los citados podrán comparecer ante el Notario y hacer las manifestaciones que consideren oportunas.

Hecho esto, el Notario solicita del Colegio Notarial la designación de contador partidor utilizando la lista a que alude el artículo 50 de la Ley del Notariado, y nombrándolo el propio Notario en la escritura pública. Posteriormente el mismo le comunicará dicho nombramiento, y si el contador partidor designado lo acepta, procederá a realizar la partición. Recordemos que a dicha aceptación del cargo se aplican analógicamente las reglas del albaceazgo de los artículos 892 y siguientes del Código Civil.

En segundo lugar, una vez el contador partidor ha cumplido su cometido y realizado la partición, será necesaria la aprobación de la partición hecha, que se hará por todos los herederos y legatarios; y, en su defecto, por el Notario o Secretario Judicial, conforme al artículo 66 de la Ley del Notariado.

Por tanto, si todos los herederos y legatarios están conformes con la partición realizada por el contador, ésta adquirirá su plena eficacia cuando así se haga constar en escritura pública.

Pero es de suponer que ello no acontecerá, y que el mismo interesado al que hubo que requerir para que aceptara y que se niega a otorgar la partición, estará disconforme con la realizada por el contador.

Es aquí donde se introduce una verdadera novedad en la atribución de competencias, puesto que el legislador concede facultades decisorias al Notarios: será él (o el Secretario Judicial en su caso) el que deberá aprobar la partición en los términos realizados por el contador.

Este punto de la regulación es el que puede originar más discusiones. Una característica clásica que diferencia la función notarial de la judicial es la ausencia de controversia en la primera y su existencia en la segunda. Sin embargo, con la Ley de Jurisdicción Voluntaria, parece que dicha distinción se torna algo más difusa.

Sin embargo, pensamos que ello sólo ocurre en apariencia: en este caso es cierto que existen voluntades discordantes (la de los herederos que quieren partir y la del que no), pero no debe olvidarse que es el contador partidor el que ha realizado la partición: el Notario se limita a aprobarla, dotándola con ello de eficacia, y de las características de integridad, legalidad y autenticidad que tiene el documento público.

Consideramos que el Notario sólo debe comprobar que en la partición el contador ha cumplido con los requisitos legales en la formación del inventario, en su avalúo, en la liquidación y en las adjudicaciones.

Pero no debe entrar en consideraciones subjetivas sobre si los lotes formados y adjudicados a cada partícipe son o no justos: simplemente aprobará la partición efectuada si considera que se ajusta a las normas que la rigen.

El Notario, por tanto, conforme al artículo 66 de la Ley del Notariado, aprobará en escritura pública la partición hereditaria efectuada; y esta provocará la adquisición de la propiedad de los bienes adjudicados por los partícipes, concluyendo así la sucesión hereditaria.

5. En conclusión, hemos observado cómo, ante una situación de partición conflictiva, el ordenamiento jurídico ha evolucionado en sentido favorable.

Hasta la Ley de Jurisdicción Voluntaria, existían unos mecanismos legales cuya aplicación encontraba trabas que impedían alcanzar completamente la finalidad perseguida por las normas.

Con la reforma de los preceptos señalados, se protege mejor la situación de aquellos llamados a una herencia a los que uno trata de perjudicar adoptando una actitud inmovilista, puesto que, como hemos visto, se les dota de dos expedientes que facilitan pasar de la situación de herencia yacente a la de comunidad hereditaria y concluir ésta última mediante la partición.

Todo ello dotado de una agilidad y una reducción de costes que sólo pueden merecer un juicio positivo de la reforma legal producida.

DESHEREDACIÓN: UNA VISIÓN COMPARADA

DISINHERITANCE: A COMPARATIVE VIEW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 329 - 348.

Fecha entrega: 28/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

ALBA LORETO PERIS RIVERA
Graduada en la Doble Titulación Derecho y
Ciencias Políticas y de la Administración Pública
Universidad de Valencia
albaperis@hotmail.es

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis comparativo sobre la desheredación en distintos ordenamientos jurídicos y en relación con nuestro Derecho de Sucesiones, además del examen de la principal problemática en sede de desheredación, a partir de la jurisprudencia de nuestros órganos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Desheredación; herencia legítima; heredero forzoso o legítimo.

ABSTRACT: The present research aims to make a comparative analysis about disinheritance between different legal systems. It is mainly focused on our legal system and our judicial interpretations.

KEY WORDS: Disinheritance; lawful inheritance; legal heir.

SUMARIO: 1. Introducción: legítimas y desheredación.- 2. La desheredación en diferentes ordenamientos jurídicos.- 2.1. La desheredación en el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).- 2.2. La desheredación en la Ley N° 59 Código Civil Cubano.- 2.3. La desheredación en el Código Civil Portugués.- 2.4. La desheredación en el Code Civil Français.- 2.5. La desheredación en el Código Civil de la Nación Argentina.- 2.6. La desheredación en el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Civil para el Estado de Tabasco.- 3. Aspectos problemáticos de nuestra regulación y algunas notas en perspectiva comparada.- 3.1. Imputabilidad.- 3.2. La prueba.- 3.3. Incumplimiento grave de los deberes conyugales.- 3.4. Infidelidad constante el matrimonio.- 3.5. Abandono asistencial.- 3.6. Abandono sentimental y maltrato psicológico.- 3.7. Reconciliación y perdón.

1. Nuestro Derecho Sucesorio garantiza a un reducido círculo de personas, unidas por el parentesco familiar, una mínima participación en los bienes que el “de cujus” tenga en el momento de fallecer (COBAS COBIELLA, M^a. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm.17/2006, p. 4). Así, el Código Civil Español (CC) establece que el testador no podrá desheredar, o sea, apartar a un heredero legitimario de participar en su herencia, más que en los casos expresamente previstos por la Ley, ya que la herencia legítima está compuesta por una porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados, por esto, herederos forzosos, en virtud del art. 806 CC, y cuya existencia puede justificarse en el “officium pietatis” o deber de amor entre próximos consanguíneos (ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pp. 181-182). Sin embargo, una cuestión que actualmente nos irrumpe, es si las causas de desheredación están en armonía con nuestra sociedad, o por contra, ya no responden a las exigencias de la actual situación economía y contexto social.

Las causas de desheredación acontecen por actos indecorosos y despreciables, considerados por la Ley merecedores de castigo, pero sólo apreciables, *in extremis*, por constituir conductas que rozan los confines de la criminalidad. Pero existen otros comportamientos que no dejan de repugnar a la conciencia social y que hacen de su autor un evidente desmerecedor de participar en la herencia, a pesar de que ello en nuestro Derecho no justifica y por consiguiente no permite su exclusión en la misma.

Es palmario que el contexto y la situación económica de 1889, cuando entró en vigor nuestro Código Civil, ya no es la presente, de modo que la desheredación, una institución de Derecho de Sucesiones, propia de la

sucesión testamentaria, y su ordenamiento en la legislación española, tal vez, ya no responde a las exigencias de nuestra sociedad, y los avances jurisprudenciales no son más que intentos bienaventurados de ampliar la libertad de testar, en contra de los remedios que impone la Ley.

Podemos encontrar, además, una razón que para muchos aniquila cualquier tipo de argumento en contra de la libertad de testar, y es que, si el testador en vida puede disponer de sus propios bienes, ¿por qué no después de la muerte? No obstante, cabría añadir algunos matices que justificarían la protección de los derechos sucesorios. El art. 33 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, cuyo contenido puede ser delimitado de acuerdo con las leyes, y el art. 348 CC, entiende que el derecho a la propiedad privada es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Así, el causante tiene la obligación de responder del deber de asistencia garantizado a ciertos parientes, deber que se ejecuta en vida a través de la institución de alimentos y post-mortem se manifiesta en las legítimas. El fundamento de ambas instituciones estriba en la protección de determinadas personas con vínculos de parentesco y del cónyuge, como consecuencia de las cargas y efectos que se generan con el matrimonio, no obstante, hay que tener en cuenta, que ambas son instituciones diferentes, con vida propia y con un particular desarrollo y devenir histórico (COBAS COBIELLA, M^a. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, cit., p. 6).

Con todo, el problema ya no es la desheredación, sino la demanda por una parte del sector jurídico y de la sociedad, de libertad, o al menos, de mayor libertad para testar, por eso, la regulación del sistema de legítimas debería adaptarse a los nuevos tiempos.

Las posibles soluciones legislativas pasan por los siguientes extremos: el primer planteamiento pretende que la legítima como institución desaparezca del ordenamiento jurídico; el segundo sugiere que se amplíe la libertad de testar, disminuyendo la cuantía que en la actualidad ostentan los herederos forzosos, y, la última de las propuestas, también defiende ampliar la libertad de testar, pero manteniendo a salvo determinados intereses dentro del círculo familiar y una adecuada protección de parientes como, menores e incapacitados (COBAS COBIELLA, M^a. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, cit., p. 17).

2. Los ordenamientos jurídicos que fijan la institución de heredero legítimo, aseguran una parte de la herencia, basada en el parentesco y en el matrimonio, pero, el derecho a la legítima que tienen los herederos forzosos no es absoluto. Existe una cierta libertad frente a los legitimarios, que puede

conseguir el testador a través de la desheredación.

Su tratamiento jurídico en nuestro país difiere del establecido por los Derechos extranjeros, por ello, el presente epígrafe trata de analizar esta institución en algunos países vecinos, como Alemania, Francia y Portugal, y latinoamericanos, a saber, Argentina, Cuba y México.

2.1. En Alemania el Derecho Sucesorio está regulado en el Libro quinto del vigente Código Civil “Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)”. En primer lugar, contempla la existencia de herederos legítimos, y los divide en cinco grupos: “de primer orden”, los descendientes del causante; “de segundo orden”, los padres del causante y los descendientes de estos; “de tercer orden”, los abuelos del causante y sus descendientes; “de cuarto orden”, los bisabuelos del causante y sus descendientes; y “de quinto orden y de órdenes más remotos”, que son los ascendientes más distantes del causante y los descendientes de éstos, según los arts. 1924, 1925, 1926, 1928 y 1929 BGB, respectivamente. Pero, el derecho a la herencia legítima se puede perder de diversas formas: mediante la renuncia, por incurrir en una de las causas de indignidad para suceder, por compensación de herencia, en el caso de los cónyuges por la pérdida del derecho, de acuerdo con el art. 1933 BGB, por divorcio, nulidad o disolución del matrimonio, y por sustracción de la legítima.

Como podemos observar, aunque el Código Civil alemán no habla sensu estricto de desheredación, el apartado primero del art. 2333 BGB permite privar de la legítima a los descendientes en los siguientes casos: si el descendiente atenta contra la vida del causante, del cónyuge o de otro descendiente del causante; si el descendiente es culpable de un crimen o un delito doloso grave contra una de las personas premencionadas; si incumple dolosamente la obligación de alimentos que legalmente le incumbe frente al causante, y por último, si es declarado culpable de un delito cuya pena sea de al menos 12 meses, o si por un acto de igual gravedad, es necesario ingresarle en un centro psiquiátrico o de desintoxicación. También existía un último punto, que permitía privar de la legítima a los descendientes que llevasen una vida “deshonrada o inmoral en contra la voluntad del causante”, pero, actualmente está derogado. Asimismo, el art. 2334 BGB, establecía concretas causas que permitían privar de la legítima al padre, y del mismo modo, el art. 2335 BGB, al cónyuge, pero hoy, también están derogados, no obstante, el art. 2333 BGB, añadió un segundo apartado, instaurando la posibilidad de retirar la legítima a los padres y al cónyuge, aplicando mutatis mutandis el apartado primero de dicho artículo, ya mencionado.

Hay que señalar una gran diferencia entre el Derecho alemán y nuestro Derecho, ya que el art. 2338 BGB fija una limitación que en nuestro país

sería inadmisibles, pues, en el Derecho Sucesorio español, la herencia legítima es inmutable e inatacable. La limitación que establece el Código Civil alemán consiste en que el causante (sujeto A) puede ordenar a un descendiente heredero legítimo suyo (sujeto B), el cual tenga muchas deudas o haya sido declarado pródigo, que tras fallecer (el sujeto B), sean sus correspondientes herederos forzosos (sujetos C) quienes perciban la herencia legítima dejada por el causante (sujeto A). Incluso, (el sujeto A) puede transmitir a un ejecutor testamentario la administración de esos bienes, aunque, si al tiempo de la muerte del causante (sujeto A), el descendiente heredero legítimo (sujeto B) ya no tuviera dichas deudas, la ordenación sería ineficaz.

También hay que destacar, que del mismo modo que nuestro Código Civil, el BGB también se ocupa de la indignidad para suceder. Le dedica toda la Sección sexta del mismo libro quinto, “Abschnitt 6: Erbunwürdigkeit”, y aunque lo trata de forma separada, el art. 2345.2 BGB dice que, el heredero forzoso que fuera culpable de una falta señalada en el art. 2339.1 BGB puede ser privado de la participación en la herencia. Consecuentemente, podemos entender, que esta causa de indignidad es al mismo tiempo una causa de desheredación.

El art. 2336 BGB establece, al igual que nuestro Derecho, que la privación de la legítima sólo podrá hacerse por disposición testamentaria, la cual debe existir al tiempo de su otorgamiento. No obstante, en virtud del art. 2337 BGB, también cabe la posibilidad de que el derecho a la privación de la legítima se extinga por el perdón, y por ende, la desheredación resulte ineficaz.

2.2. En el Derecho Sucesorio cubano, regulado en la Ley N° 59 Código Civil Cubano (CCC), no existen los herederos forzosos tal y como aquí lo entendemos, sino los llamados “herederos especialmente protegidos”, que deben reunir ciertos requisitos para que, por imperio de la Ley, les corresponda una parte de los bienes de la masa hereditaria. El simple parentesco o el matrimonio no brindan acceso a tal condición, pues, debe ir acompañada de la dependencia económica y la no aptitud para trabajar, lo que en la práctica acarrea dificultades, al no ofrecer el legislador, pautas que permitan su interpretación (COBAS COBIELLA, M^a. E. y PÉREZ GALLARDO, L. B.: “A una década de la promulgación del Código Civil Cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su libro cuarto”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, núm. 82, pp. 843-921). Cuando existen herederos especialmente protegidos la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia, sobre la que el testador no puede imponer gravamen alguno, según su art. 492.1.

El Código Civil cubano eliminó el concepto de legítimas y creó la figura de

los herederos especialmente protegidos, cuyo antecedente lo encontramos en el Derecho Soviético. En efecto, el art. 493.1 CCC dice que son herederos especialmente protegidos, los que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante: “a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos, b) el cónyuge sobreviviente y c) los ascendientes, y si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales”. El inciso c) concede el derecho a los ascendientes, sin distinción en cuanto a la proximidad en grado, por lo que, cabría suponer, que tendrían igual derecho un padre y un abuelo, por ejemplo (COBAS COBIELLA, M^a. E. y PÉREZ GALLARDO, L. B.: “A una década de la promulgación del Código Civil Cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su libro cuarto”, cit., p. 854).

Respecto a la no aptitud para trabajar, se entiende que la persona tiene que estar incapacitada para el trabajo por razón de la edad (un menor de edad o un anciano) o por incapacidad física o mental, y en cuanto a la dependencia económica, podríamos considerar, que implica vivir a expensas del causante, aspecto tampoco resuelto por el ordenamiento jurídico cubano, pues no señala límite acerca de la cuantía que se debe considerar, ni ofrece solución cierta al problema. Pudiera deducirse, a partir de lo regulado en el art. 121 CCC, que la dependencia económica opera con respecto de aquel que satisface las necesidades de sustento, habitación y vestido, y si se tratare de un menor, se agregarían, además, los gastos necesarios para su desarrollo (COBAS COBIELLA, M^a. E. y PÉREZ GALLARDO, L. B.: “A una década de la promulgación del Código Civil Cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su libro cuarto”, cit., p. 855).

El legislador cubano eliminó de su Derecho Sucesorio la figura de la desheredación, sin prever la situación de indefensión en la que quedaría el causante si un heredero especialmente protegido incurriera en actos contra la moral, la vida o los bienes del mismo, o de sus parientes cercanos, ya que, en todo caso, tendría derecho a heredar a sabiendas de que no es merecedor de ello. Si bien, para no dejar desamparado al testador, si un heredero especialmente protegido estuviera sujeto a un causa de incapacidad para suceder, podemos entender que prevalecería esta causal sobre la cualidad de heredero especialmente protegido (COBAS COBIELLA, M. E. y PÉREZ GALLARDO, L. B.: “A una década de la promulgación del Código Civil Cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su libro cuarto”, cit., p. 856).

Total, son incapaces para ser heredero o legatario, en virtud del art. 469 CCC, “los que hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia; los que hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a

cambiar o dejar sin efecto la otorgada; los que hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia”, y los que hayan abandonado definitivamente el país, a tenor del art. 470 CCC. Ahora bien, la incapacidad cesa por el perdón expreso o tácito del causante.

2.3. El Derecho de Sucesiones en el vigente “Código Civil Português” (CCP) está regulado en el Libro V. También entiende que la herencia legítima está compuesta por una porción de bienes de la que el testador no puede disponer, por ser destinada legalmente a los herederos legítimos, a saber, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, basándose en el art. 2157 CCP. Pero, no contempla la desheredación de estos herederos forzosos, tan sólo la indignidad por falta de capacidad para suceder. Así, el art. 2034 CCP establece como causas: haber sido condenado como autor o cómplice del asesinato del testador, su cónyuge, sus descendientes o sus padres; haber sido condenado por un delito de calumnias o falso testimonio contra las mismas personas, y cuya pena de prisión sea de más de dos años (en este caso y en el anterior, según establece el art. 2035 CCP, la sentencia podrá dictarse incluso después de la apertura de la sucesión); que a través de fraude o coerción se haya inducido a revocar o modificar la voluntad del testador; y por último, que de manera fraudulenta se haya ocultado, falsificado o suprimido la voluntad del mismo, antes o después de su muerte, junto con los que se hayan aprovechado de ello.

La acción para la declaración de indignidad tiene un plazo de dos años desde la apertura de la sucesión, o de un año desde que se dicta la sentencia condenatoria, y cuando exista un único heredero y esté afectado por la indignidad, corresponderá a la Fiscalía interponer dicha acción, en virtud del art. 2036 CCP.

Finalmente, hay que decir, que el art. 2038 CCP permite la rehabilitación del indigno para recuperar la capacidad de heredar.

2.4. El actual “Code Civil Français” (CCF) [VALDÉS, J. Y FELDMAN, F. (traducción del Código Civil Francés), MUÑIZ ESPADA, E. Y HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (asesoramiento jurídico): *Código Civil, en su redacción vigente a 1 de julio de 2013*, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>. (último acceso: 9 de septiembre de 2015)] regula el Derecho Sucesorio en el “Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre Ier: Des successions”. La legítima es entendida como la parte de los bienes y derechos sucesorios que la Ley reserva sin cargas a determinados herederos denominados legitimarios, al tiempo que diferencia la parte de libre disposición, que por contra, es la parte de los bienes y derechos sucesorios no reservada por la Ley, y de la que el causante puede disponer con total libertad mediante liberalidades, de acuerdo con el art. 912 CCF.

contempla la desheredación, aunque establece causas de indignidad en la primera Sección del Capítulo II, del Libro III titulado, “Des qualités requises pour succeder”, es decir, “De los requisitos para suceder”, empero, no se puede equiparar la indignidad con la desheredación, si tenemos en cuenta que cualquier persona puede incurrir en ella, y no exclusivamente los herederos legitimarios. No obstante, hay que destacar el art. 727 del mismo texto legal, modificado por la “Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 19 JORF 4 décembre 2001”, el cual determina qué personas pueden ser incapaces de suceder por causa de indignidad, y como tales, se excluyen de la sucesión: “1° Cualquiera que sea condenado, como autor o cómplice, por haber matado o intentado matar al causante de forma voluntaria; 2° Cualquiera que sea condenado, como autor o cómplice, por haber ejercido violencia de forma voluntaria, que provocase la muerte del causante pero sin intención de hacerlo; 3° Cualquiera que sea condenado por falso testimonio contra el causante en un procedimiento penal; 4° Cualquiera que sea condenado por omisión voluntaria de impedir un crimen o delito contra la integridad física del causante, del que derivase su muerte, a pesar de haberlo podido hacer sin riesgo para él ni para terceros; 5° Cualquiera que sea condenado por haber denunciado calumniosamente al causante”.

La declaración de indignidad debe ser pronunciada tras la apertura de la sucesión por el “Tribunal de Grande Instance” a solicitud de otro heredero, en el plazo de seis meses desde el fallecimiento cuando la decisión de condena o de declaración de culpabilidad fuese anterior al fallecimiento, o en un plazo de seis meses tras dicha decisión cuando fuese posterior al fallecimiento, de acuerdo con el art. 727-1 CCF. Otra de las notables diferencias entre el Derecho español y el francés, es que el art. 727-1 CCF precisa que en ausencia de heredero la solicitud podrá ser formulada por el Ministerio Fiscal, mientras que, al respecto nuestro Código Civil nada ordena, de modo que, a tenor del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, exceptuando los casos en que por Ley se atribuya la legitimación a una persona distinta del titular, pero, no lo son ni terceros ajenos, ni el Ministerio Fiscal, a no ser que los hechos fueran constitutivos de delito.

Además, el heredero excluido de la sucesión por causa de indignidad estará obligado a “restituir tous les fruits et tous les revenus” que tuviera en su poder desde la apertura de la sucesión, con base en el art. 729 CCF.

2.5. El Código Civil de la Nación Argentina (CCNA), en la Sección primera del Libro IV, bajo la rúbrica “De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían”, habla, tanto de la porción legítima de los herederos forzosos como de la desheredación.

Los arts. 3591 a 3605 CCNA, regulan la legítima, entendida como un derecho sucesorio limitado a determinada porción de la herencia, sobre la que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna, y si lo hiciera, en función del art. 3598 CCNA, se tendrán por no hechas.

De acuerdo con el art. 3592 CCNA, “tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior”, o sea, del Título IX, titulado, “Del orden en las sucesiones intestadas”. El Capítulo I, llama a los descendientes, es decir, a los hijos, que heredan por derecho propio, y a los nietos y demás descendientes, que heredan a sus ascendientes por derecho de representación; el Capítulo II nombra a los ascendientes, pues a falta de hijos y descendientes, heredan los ascendientes, y a falta de padre y madre del difunto, heredarán los ascendientes más próximos en grado por iguales partes, aunque sean de distintas líneas; el Capítulo III designa al cónyuge, pues, si sobrevive el viudo o viuda e hijos, el cónyuge tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos, y si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará este la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido, y la otra mitad la recibirán los ascendientes, pero, si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales; y por último, los arts. 3577 a 3583, del Capítulo IV, “De la sucesión de los hijos naturales” así como, el art. 3584, del Capítulo V, “De la sucesión de los padres naturales”, están derogados por la ley n° 23.264 B.O. 23.10.1985.

El Título XVI, “De la desheredación”, entiende que el heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida por efecto de la desheredación, de modo que, según el art. 3.747 CCNA, los descendientes legítimos o naturales pueden ser desheredados por las siguientes causas: “1° Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante; 2° Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente; 3° Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados”.

Los ascendientes, en virtud del art. 3.748, pueden ser desheredados por las dos últimas causas del mencionado art. 3.747, empero, existe una gran diferencia respecto a nuestro Derecho, y es que, aunque se considera al cónyuge como un heredero legitimario, el Código Civil de la Nación no dispone causa alguna para poder desheredarle. En consecuencia, teniendo en cuenta que un heredero forzoso, basándonos en el art. 3.744 CCNA, sólo puede ser privado de la legítima que le es concedida por las causas designadas

y no por otras, aunque sean mayores, se podría entender que el cónyuge no puede ser desheredado.

No obstante, la reconciliación posterior entre el ofensor y el ofendido elimina el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha, en función del art. 3.750 CCNA.

2.6. En primer lugar, el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos (CCFEUM), en su art. 1282, diferencia la herencia que se concede por voluntad del testador, denominada testamentaria, y por disposición de la Ley, llamada legítima, casi con las mismas palabras que el art. 658 de nuestro Código Civil. Si bien, el significado de la palabra “legítima”, en el Código Civil Federal no se entiende totalmente igual que en nuestro Código, pues, no se reputa como una porción de bienes de la masa hereditaria de la cual el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, tal y como entiende el art. 806 de nuestro Código.

Máxime, el art. 1599 CCFEUM no habla de “legítima”, sino de “herencia legítima”, y dispone que se abrirá cuando no se haya otorgado testamento, o si lo hubiera, fuera nulo o haya perdido validez; cuando el testador no haya dispuesto de todos sus bienes en el testamento, ya que, si dispone legalmente sólo de una parte, el resto formarían la sucesión legítima, en función del art. 1601 CCFEUM; cuando el heredero no cumpla la condición impuesta por el testador, cuando muera antes que él y cuando repudie la herencia o sea incapaz de heredar y no se haya nombrado sustituto alguno. En estos casos, tienen derecho a heredar por sucesión legítima los descendientes, el cónyuge, los ascendientes, los parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el art. 1635 CCFEUM, y a falta de los anteriores, la beneficencia pública, según el art. 1602 CCFEUM.

En resumen, no hay herederos forzosos y por ende, no existe la desheredación. Todos los habitantes del Distrito Federal tienen capacidad para heredar, de acuerdo con el art. 1313 CCFEUM, aunque ciertas personas en relación con determinados bienes, son incapaces de heredar por testamento o abintestato, en virtud del art. 1316 CCFEUM, como por ejemplo, “el que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella”.

Por otra parte, el Código Civil para el Estado de Tabasco (CCET) a diferencia del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, no contempla herencia legítima alguna. El causante puede disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado, aunque, con base

en el art. 1428 CCET, el testador debe dejar alimentos a las siguientes personas: “a los descendientes menores de dieciocho años; a los descendientes que estén imposibilitados para trabajar aun cuando fueren mayores de dieciocho años; al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté impedido de trabajar o que siendo mujer no contraiga nuevo matrimonio ni viva en concubinato; al concubinario que esté impedido para trabajar; a la concubina que permanezca libre de matrimonio o de otro concubinato; a los ascendientes; y a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado si están incapacitados o mientras no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades”.

Pero para tener derecho a ser alimentado, requiere encontrarse al tiempo de la muerte del testador, necesitado de ello y con la falta o imposibilidad de sus parientes más próximos en grado, de proporcionarle alimentos. Eso sí, en todo caso cuando el interesado deje de estar en dichas condiciones, se observe mala conducta o adquiera los bienes suficientes, se suspenderá la obligación de proporcionar alimentos, según el art. 1430 CCET. Por el contrario, no hay obligación de dejar alimentos a las personas que tengan bienes, y si los tuvieran, pero no igualaran a la pensión que debería corresponder, subsiste esa obligación, pero se reducirá a lo que falte para completar la pensión.

Debemos subrayar la semejanza que guarda la obligación impuesta al testador por el Código Civil para el estado de Tabasco, de dejar alimentos, con los llamados “herederos especialmente protegidos” reconocidos en el Código Civil Cubano, pues, pese a que no reconocen la existencia de herederos forzosos, tal y como aquí los entendemos, tanto la obligación de dejar alimentos, como la figura de los “herederos especialmente protegidos”, están configurados a modo de herencia legítima.

3. El objetivo nuclear de los siguientes apartados es realizar un análisis sobre la principal problemática en sede de desheredación a partir de la jurisprudencia de nuestros órganos judiciales, matizar algunos aspectos controvertidos teniendo en cuenta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como, destacar el modo de resolver dichas cuestiones por algunas de las legislaciones extranjeras antes examinadas.

3.1. La voluntad desheredatoria debe argüir del testamento, nunca de hechos posteriores a los que ninguna virtualidad quiso conceder el causante, de manera que, sobrevinida una variación en el comportamiento de los herederos, el Juez no puede mutar la causa legal escogida por otra más acorde con lo sucedido ulteriormente, ya que, estaríamos habilitando un mecanismo para suplantar la voluntad del causante (CABEZUELO ARENAS, A.

L.: “Abandono efectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2015, pp. 10-12). En la SAP Santa Cruz de Tenerife 26 de abril 2013 (Roj: SAP TF 1344/2013) la testadora fundamentó la desheredación en la causa legal del art. 853.2 CC, sin embargo, la Audiencia reconoció que el hecho constitutivo de la desheredación no se manifestó antes de testar, sino después. Distinto hubiera sido, como apreciamos en la STS 3 junio 2014 (Roj: STS 2484/2014), que el maltrato ya existiera al otorgar el testamento y con los años se hiciera más acusado.

Ahora bien, en todo caso, si los hechos son al mismo tiempo constitutivos de indignidad sucesoria, podría ser este el cauce para apartar a aquellas personas de la sucesión del causante. Pero, si por el contrario, los hechos sólo están tipificados como causa de desheredación, la voluntad del causante plasmada en el testamento es requisito para que la misma despliegue sus efectos (JORNADO FRAGA, F.: *Indignidad Sucesoria y desheredación. Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación*, Comares, Granada, 2004, p. 21).

Para poder desheredar a un legitimario, es preciso que el testador lo identifique adecuadamente, pero además, que el afectado tenga la madurez mental y física mínima necesaria para que se le pueda imputar la conducta en que se basa la “causa desheredationis”, así lo establece la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en la RDGRN 23 mayo 2012.

Por su parte, el art. 2336 BGB, en la misma línea, establece que la privación de la legítima sólo podrá hacerse por disposición testamentaria, la cual debe existir al tiempo de su otorgamiento. Y el art. 3.745 CCNA, también dice que la desheredación debe estar expresada en el testamento, y la que se haga sin mención de causa o por una causa que no esté regulada no tendrá efecto.

Aplicadas estas consideraciones, en un testamento en el que se deshereda a los hijos y a toda su descendencia, en nuestro Derecho, será necesario indicar la fecha de nacimiento de los descendientes de los hijos, para poder apreciar si al tiempo de otorgarse el testamento contaban con esa mínima madurez que permite imputarles la conducta que el testador les atribuyó. Así pues, si se otorga la escritura de herencia por la viuda sin intervención de los hijos desheredados, cuando proceda a la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, el Registrador puede exigir que se especifiquen nominativamente los descendientes de los hijos que han sido desheredados y la causa de desheredación que afecta a cada uno de ellos. La RDGRN 23 mayo 2012 así lo confirma con base en lo siguiente: la desheredación exige la expresión de la causa y la identificación concreta de los desheredados en la escritura de herencia, por ello, se deben aportar los datos personales necesarios para que se pueda inferir la aptitud de dichos descendientes para

ser desheredados, por ejemplo, la edad en el momento de la desheredación.

3.2. El testamento goza de una apariencia de validez que exige la iniciativa de la acción procesal del desheredado para su desvirtuación, además, la negación de la causa debe efectuarse en juicio declarativo, no bastando que solicite y obtenga la declaración de herederos abintestato (VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2083).

La existencia de la desheredación con base en una de las causas comprendidas en el Código Civil, no vicia el título automáticamente, pues, cuando es negada por el desheredado, corresponde la prueba de los hechos a los herederos del testador, según el art. 849 CC. No obstante, no será necesaria la prueba cuando la certeza de la causa resulte previamente probada, ya sea por sentencia condenatoria o porque el mismo testador haya formalizado la prueba, y en caso de haber alegado varias causas de desheredación, bastará la prueba de cualquiera de ellas (GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.): *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Unidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 1196).

Al respecto, el art. 3.746 CCNA dice que los herederos del testador deben probar la causa de desheredación, pero sólo la expresada por él y no otra, aunque sea causa legal, si no ha sido probada en juicio en vida del testador. Por su parte el art. 2336.3 BGB, dice que debe probar la causa “aquel que hace valer la privación”, de manera que, haciendo una interpretación más laxa, podríamos entender que en el Derecho Alemán no sólo los herederos pueden hacer valer dicha causa.

Tengamos en cuenta, además, que algunas de las causas entrañan la existencia de una declaración judicial condenatoria, en cuyo caso la prueba estará compuesta, bien por la ejecutoria o bien por la sentencia firme que declare la culpabilidad del desheredado (COBAS COBIELLA, M. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, cit., p. 25). Es decir, en este sentido, dada la índole de las causas de desheredación, las cuales presuponen una previa declaración judicial condenatoria, la prueba estará constituida por la ejecutoria o sentencia firme que declare la culpabilidad del desheredado y especifique el hecho ilícito que determine la condena (ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, cit., pp. 252-253).

Por otra parte, la causa de la desheredación no puede sustentarse en la valoración del testador sobre la conducta de sus herederos, sino que, ha de ser acreditada de modo objetivo y contrastable. Así lo establece, por ejemplo, la SAP Oviedo 23 de mayo 2011 (Roj: SAP O 984/2011) cuando el testador procede a la desheredación de los hijos, al considerar que estaban incurso en

el supuesto regulado en el art. 853.2 CC. La razón fundamental que lleva al testador a justificar la desheredación es el procedimiento de incapacitación que estos promovieron, quizás de forma equivocada, pero no malintencionada. Son múltiples las valoraciones que según los hijos requerían de esa actuación, desde la actitud dispendiosa y dilapidadora del patrimonio familiar que estaba adoptando su padre, hasta el móvil afectivo e interés personal por este. Ciertamente es, que este no interpretaba así la actuación de sus hijos, pero, la valoración que el causante puede hacer de estas actitudes no es suficiente para fundamentar una desheredación, pues, tal y como indica la STS 15 junio 1988 (Roj: STS 10424/1988) “lo que ha de probarse es que la causa de la desheredación concurrió y que tuvo entidad suficiente para legitimar la decisión”.

Probablemente, ni siquiera una condena penal demuestra de modo incuestionable que realmente se ha incurrido en una de las causas de desheredación, ya que, sin excusar la pena impuesta, se pueden apreciar atenuantes cualificados que hagan demasiado grave la desheredabilidad. Por lo tanto, independiente del campo penal, el Tribunal debe juzgar si las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del infractor, como el grado de intencionalidad, el contexto y las posibles excusas, constituyen una causa de desheredación justa y atribuible al heredero forzoso (GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.): *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, cit., p. 1196).

En la SAP Badajoz 14 de abril 1994 (Roj: SAP BA 1/1994) puede verse el carácter restrictivo con que los Tribunales tratan, ya no sólo si una determinada conducta es o no justa causa de desheredación, sino la propia demostración de los hechos que el testador consigna en el testamento, pues, la prueba debe ser lo suficientemente convincente como para poder tener por acreditado que efectivamente se produjeron los hechos. Y si no queda suficientemente probada la realidad de la causa, se anula la cláusula testamentaria, así lo reitera la STS 29 septiembre 2014 (Roj: STS 3853/2014).

3.3. El incumplimiento grave de los deberes conyugales, con arreglo a cuanto instituye el art. 67 CC, “ayudarse mutuamente” y el art. 68 CC, “socorrerse mutuamente”, justifican el ejercicio de la facultad que le confiere el art. 848 CC y siguientes, al testador para desheredar.

En nuestro país el hecho de acreditar que las relaciones del matrimonio no eran buenas, no es relevante a efectos de concurrir sin más, incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, pues, con base en la STS 25 septiembre 2003 (Roj: STS 5714/2003) y tal y como queda patente en la SAP Granada 27 febrero 2014 (Roj: SAP GR 112/2014) hay que estar al caso concreto.

Sumido en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, encontramos el abandono familiar, que sobre la base de la SAP León 29 de diciembre 2011 (Roj: SAP LE 1544/2011) entendemos, que implica dejar el domicilio familiar donde se convive con el causante, desentendiéndose del cónyuge definitivamente, o siendo muy esporádicas las visitas que realiza al mismo, especialmente cuando requiere acompañamiento y atención continuada por padecer una enfermedad.

La legislación alemana, aunque no habla sensu estricto de desheredación, permite privar al cónyuge de la legítima si incumple dolosamente la obligación de alimentos que legalmente le incumbe frente al causante, sobre la base del art. 2333 BGB. Y el legislador cubano a pesar de haber eliminado de su Derecho Sucesorio la figura de la desheredación, dice que son incapaces para ser heredero o legatario, en virtud del art. 469 CCC, “los que hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia”. El resto de países antes mencionados no recogen ninguna causa relacionada que justifique la desheredación.

No hay que confundir el abandono familiar con la separación de hecho, supuesto visto por la SAP A Coruña 22 octubre 2010 (Roj: SAP C 2739/2010), en el que consta fehacientemente que la causante se hallaba separada de hecho de común acuerdo, además, había promovido demanda de divorcio, máxime, queda demostrado por el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento, que los cónyuges ya no residían en el mismo domicilio, lo que descartaba la existencia de reconciliación.

Como consecuencia, en este tipo de casos no deviene necesario que arranque la desheredación, porque en todo caso, el cónyuge no reuniría la condición de heredero y ya habría quedado apartado de la herencia. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo en determinadas ocasiones, en una interpretación correctora del art. 1.392.3 CC, con la finalidad de evitar una actuación contraria a la buena fe, constitutiva de abuso de derecho vedado por el art. 7 CC, que se considere disuelta la sociedad de gananciales en casos de separaciones de hecho prolongadas en el tiempo, con plena desvinculación patrimonial entre los consortes, al haber desaparecido la vida propia de dicho régimen económico matrimonial. Así lo establece la STS 13 junio 1986 (Roj: STS 8091/1986), STS 27 enero 1998 (Roj: STS 438/1998), STS 24 abril 1999 (Roj: STS 2749/1999) y STS 23 febrero 2007 (Roj: STS 811/2007), entre otras muchas.

3.4. No existe sanción específica en nuestro ordenamiento al incumplimiento del deber de fidelidad, pero si como consecuencia de la infidelidad, constante el matrimonio, resulta un embarazo, la sanción civil viene por el hecho de no manifestarlo tras comprobar por métodos científicos, cuál es la verdadera

paternidad, así lo establece la SAP Cádiz 3 abril 2008 (Roj: SAP CA 124/2008), tras la reforma operada en el ámbito matrimonial a través de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, criterio también mantenido por la Audiencia Provincial de Valencia, en SAP Valencia 2 noviembre 2004 (Roj: SAP V 4688/2004), por ejemplo.

Cierto es, que se mantiene como causa de desheredación al cónyuge en el ámbito del Derecho Común, el incumplimiento de los deberes conyugales, pero no parece que en su virtud, se mantenga el carácter jurídico de la obligación de fidelidad. Y es que el problema es justamente ese, y salvo que consideremos que el conjunto de los deberes matrimoniales establecidos en los arts. 66 a 68 CC, y en lo que aquí interesa, la fidelidad, como meros modelos teóricos de comportamiento para los cónyuges, no en vano, su condición de auténticos deberes jurídicos debe ser puesta en duda.

Consiguientemente, no podemos sino constatar la siguiente paradoja, expuesta en el fundamento jurídico segundo de la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz: “podemos hacer referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa de daños contra “bonos mores”, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado”, en suma, no se sanciona la infidelidad sino el hecho de ocultarla, salvo supuestos extraordinarios de consentimiento en el mantenimiento de relaciones con terceros dentro del matrimonio. En definitiva, no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad, que la realidad muestra que nunca existirá, sino, de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno.

Debemos subrayar, a este respecto, la singularidad del Derecho Sucesorio de los Estados Unidos Mexicanos, que protege al concubinario y a la concubina cuando se abre la herencia legítima, según el art. 1602 CCFEUM. Y también del Estado de Tabasco, donde el testador debe dejar alimentos al cónyuge superviviente, siempre que siendo varón esté impedido para trabajar o siendo mujer no contraiga nuevo matrimonio ni viva en concubinato, incluso, al concubinario que esté impedido para trabajar y a la concubina que no haya contraído matrimonio u otro concubinato, en virtud del art.1428 CCET. Peculiaridades, en ambos casos, que no contempla casi ningún ordenamiento jurídico en todo el mundo.

3.5. Una desheredación justa pasaría por sopesar varios extremos, tal y como predica la SAP Badajoz 11 de septiembre 2014 (Roj: SAP BA 838/2014). En

primer lugar, que el distanciamiento con los herederos legítimos exista y sea conocido en el momento de otorgar testamento, girando la decisión del testador en torno a ello. Y, en segundo lugar, que esa falta de relación no haya sido originada por la persona que deshereda.

El Derecho Sucesorio Catalán, regulado por el “Codi Civil de Catalunya”, exige indagar en el origen del distanciamiento, que de ser imputable al testador, convertiría en injusta la desheredación. De hecho, de la SAP Barcelona 13 Febrero 2014 (Roj: SAP B 1280/2014) se extrae, que sólo aquellas rupturas prolongadas en el tiempo y que gocen de notoriedad en el círculo del causante, han de reputarse idóneas para tal fin, una vez se constate que son imputables al legitimario. Por ejemplo, no es imputable al heredero legitimario la ruptura apreciada en la SAP Castellón 27 octubre 2004 (Roj: SAP CS 811/2004), en la cual el hijo mayor de edad rehúsa entablar contacto con su padre, que se desentendió por completo de él, despreocupándose totalmente de su alimentación y de sufragarle una educación. También, podemos mencionar la SAP Málaga 21 de mayo 2010 (Roj: SAP MA 3772/2010), en la queda acreditado que la relación de la madre con el hijo se rompieron por culpa de la primera.

En resumen, los caracteres que ha de revestir el abandono asistencial para funcionar como causa de desheredación son: la notoriedad, su prolongación en el tiempo y que sea imputable al descendiente de forma objetiva y anterior al testamento.

3.6. Hay que diferenciar el maltrato psicológico del abandono emocional o sentimental. Según establecía la STS 28 junio 1993 (Roj: STS 4601/1993), la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica. No obstante, la histórica STS de 3 junio de 2014 (Roj: STS 2484/2014) inaugura una novedosa interpretación del art. 853.2 CC, que también reitera y reproduce la STS 30 enero 2015 (Roj: STS 565/2015).

El maltrato psicológico a los padres, actualmente se considera como causa de desheredación, subsumible dentro del maltrato de obra del art. 853.2 CC, según la Sala Civil del Tribunal Supremo en STS 3 junio 2014 (Roj: STS 2484/2014), pues, no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de maltrato de obra: “el maltrato psicológico como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”. En este caso, concluye la Sala diciendo que fuera de un pretendido “abandono emocional”, los hijos incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre, que quedó evidenciado en sus últimos

años de vida. Además, tal y como dice la SAP Valencia 13 enero 2010 (Roj: SAP V 287/2010), la causa del art. 853.2 CC no puede hacerse equivalente a consideraciones de tipo ético, como por ejemplo, no hacer la comida, no ayudarle a ingerirla o no acompañarle al médico.

La inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores, referenciado principalmente en la dignidad de la persona como núcleo fundamental de los Derechos Constitucionales y su proyección en el marco del Derecho de Familia.

Este cambio en la orientación jurisprudencial, supone que los malos tratos o injurias graves de palabra deben ser objeto de una interpretación flexible, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen (QUESADA PÁEZ, A.: “Legítimas y desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015, p. 15).

El maltrato es un hecho objetivo y no una apreciación subjetiva y carente de toda base, tal y como evidencia la SAP Valencia 21 marzo 2013 (Roj: SAP V 1583/2013). Pues, una cosa es entender que el sufrimiento emocional es una modalidad más de maltrato, y debe, en consecuencia, recibir la sanción prevista en la norma, y otra, auspiciar que esta deba orientarse a fines para los que jamás fue concebida, convirtiendo en injusta la desheredación (BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La desheredación de los hijos y ascendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 682, p. 513).

Una crítica, que por mi parte merece nuestro Código, es la diferencia originada entre las causas por las que los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes y las causas por las que los descendientes pueden desheredar a sus ascendientes. Pues el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, sólo puede ser empleado por los progenitores u otros ascendientes de grado más remoto, como por ejemplo, los abuelos, pero no en un escenario inverso, es decir, no sería viable desheredar a los padres por esa misma causa. Está claro que injustamente, la norma está configurada cual arma que sólo pueden manejar los ascendientes a su favor, de la cual, también deberían disponer los descendientes, pues, del mismo modo pueden experimentar esa ofensa.

3.7. La reconciliación posterior entre el ofensor y el ofendido extingue la posibilidad de desheredar, sin ser menester documento público (LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. Y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 424). En tal caso, el testador queda privado del derecho a desheredar y deja sin efecto la

desheredación ya realizada, en virtud de lo previsto en el art. 856 CC. La reconciliación se entiende hecha con el testador y no con el directamente ofendido, en caso de ser una persona distinta, salvo en lo que insta el art. 358. 3 CC, que sí se remite a la reconciliación con el ofendido.

Aunque el Código Civil habla de reconciliación, las causas de desheredación pueden ser perdonadas. Por su parte, la reconciliación requiere un hecho bilateral y recíproco, suponiendo la reconciliación de la vida social y familiar, diferenciándose del perdón, que puede ser un acto unilateral y no suponer reconciliación.

Según la doctrina que acoge la Audiencia Provincial de Valencia, por ejemplo, en SAP Valencia 8 octubre 2004 (Roj: SAP V 4303/2004) hay que distinguir entre la figura del simple perdón y la de la reconciliación. El perdón se ha de extender a la desheredación y no simplemente a la ofensa recibida, por ello, para extinguir la desheredación, el perdón ha de ser determinado y específico, orientado hacia el acto ofensivo concreto, con intención de rehabilitar al ofensor. Más aún, de existir el perdón, deberá ser especial y concreto para el hecho causante de la desheredación, no bastando cualquier fórmula que con carácter general, el causante próximo a su muerte dirija hacia todos los que en la vida le ofendieron. Aparte, si la desheredación hubiera sido ordenada en testamento, sólo podrá concederse el perdón, bien realizando un testamento posterior en el que se incluya al desheredado o bien remitiendo, o sea, perdonando expresamente al desheredado a través de documento público.

También el Código Civil Alemán permite la posibilidad de que el derecho a la privación de la legítima se extinga por el perdón, y en consecuencia, la disposición por la cual el causante ordena la desheredación, resulte ineficaz, en virtud del art. 2337 BGB. La legislación argentina, en su art. 3.750 CCNA reconoce que la reconciliación posterior entre el ofensor y el ofendido elimina el derecho a desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha. Y de forma similar, el Derecho Portugués permite la rehabilitación del indigno, es decir, este podría recuperar la capacidad para heredar, tanto si el testador a sabiendas de que la persona ha incurrido en un causa de indignidad le contempla en el testamento, como si rehabilita expresamente en testamento o escritura pública a quien haya incurrido en una de las causas, incluso si ya ha sido condenado judicialmente, en función del art. 2038 CCP.

NOTAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL¹

NOTES ON GESTATIONAL SURROGACY IN SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 349 - 357.

Fecha entrega: 07/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

¹ Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. “Impacto social de las crisis familiares (Ministerio de Ciencia y de Competitividad)”.

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Presidente del IDIBE
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: En España el contrato de gestación por sustitución es nulo y, por consiguiente, la filiación materna se determina por el parto. El Tribunal Supremo ha negado efectos civiles en España a los contratos de gestación celebrados en el extranjero por ser contrarios al orden público español.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada, filiación, orden público.

ABSTRACT: In Spain gestational surrogacy contract is null and therefore maternal filiation is determined by childbirth. The Supreme Court has denied civil effects in Spain to gestational contracts held abroad for being contrary to Spanish public order.

KEY WORDS: surrogacy; filiation; public order.

SUMARIO: 1. La prohibición de la gestación por sustitución en el Derecho español.- 2. El estado de la cuestión en la doctrina científica.- 3. La posición de la jurisprudencia respecto de las gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero por nacionales españoles.- 4. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

1. El art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que “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”.

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

El contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo.

A mi parecer la nulidad lo es por ilicitud de la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 CC, ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que los comitentes no podrían pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora. En contra, sin embargo, F. PANTALEÓN PRIETO, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, en *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 27 y 28, quien considera que la nulidad procede de la ilicitud del objeto.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla). El art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, dice, así, que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Sin embargo, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, añade que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC.

2. Un sector de la doctrina científica actual sigue defendiendo la nulidad del contrato de gestación con apoyo en los argumentos arriba expuestos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. Cfr., así, BELLVER CAPELLA, V: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, en *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52; CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013, p. 69; LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267.

Otro sector de la doctrina se muestra favorable a la admisión de la validez del contrato, invocando el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad e incluso un pretendido derecho a la reproducción, además de la conveniencia de frenar el llamado *turismo reproductivo*, aunque procediendo siempre con cautelas, para asegurar que el consentimiento de las madres portadoras sea libre y evitar un posible tráfico internacional de niños. V. en este sentido ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2014), vol. 6, núm. 2, p. 39; GARCÍA ABURUZA, Mª P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2015 (BIB 2015, 4006); IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, pp. 6-7; VELA SÁNCHEZ, J.: “Propuesta de

regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, en *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 mayo 2013.

Personalmente, me identifico más con el primer grupo de autores. Es evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución.

De cualquier modo, me parece que la respuesta legal ha de estar basada en un juicio de valores, y no en razonamientos de carácter económico, como son los que, en parte, esgrime en uno de sus numerosos y originales trabajos VELA SÁNCHEZ, J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, en *Diario La Ley*, núm. 8055, 4 abril 2013, en donde se refiere al considerable ahorro de costes que para los españoles supondría el no tener que viajar al extranjero para realizar la gestación por sustitución y a los ingresos que para la economía nacional supondría la práctica en España de la maternidad subrogada.

3. En la práctica, sucede que parejas estériles (o formadas por miembros del mismo sexo) acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución; allí conciertan un contrato de útero de alquiler; y, una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular, como su fuera hijo suyo. Se trata de una práctica que se opone a lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, precepto que tiene un claro carácter imperativo y determina la formación del orden público español.

La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (*Tol*/4100882) (de que puede el comentario de F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Denegación de la inscripción de la filiación

determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, pp. 400-419) ha confirmado la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución. Ha considerado que tal inscripción iba contra el orden público español, pues en “nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

No puede considerarse que la posición de la legislación española *per se* sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad.

La mencionada STS 6 febrero 2014 realiza interesantes consideraciones a este respecto. Dice, así, que “La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales”; y continúa: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y

legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. Por otro lado, observa que, si bien, a tenor del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene “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”, ello no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”, afirmando que “la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

Además, hay que insistir en que, conforme al art. 10.2 de la Ley 14/2006, cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2º.2. CC), como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo.

El ATS 2 febrero 2015, rec. nº 245/2012, resolviendo un incidente de nulidad de actuaciones, ha considerado que la solución adoptada por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en sus Sentencias de 26 de junio de 2014 (casos Labasse y Mennesson) ha condenado a Francia, por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente. Observa el Tribunal Supremo que la condena al país galo se fundamenta en “la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes”, “lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio” de Roma [que consagra el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad]. El Tribunal de Estrasburgo –añade– “no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un

estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir [...]. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor”.

4. No obstante lo dicho, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 mantiene una discutible posición sobre la materia.

a) En su directriz segunda, afirma que: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

Por lo tanto, se abandona la posición mantenida por la RDGN 18 febrero 2009, que, en el supuesto anteriormente mencionado (los dos varones que habían viajado a California para poder acceder a la gestación por sustitución), había admitido la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través de un mero certificado registral de nacimiento (expedido por las autoridades californianas), lo que, por lo tanto, ya no será posible.

b) Por el contrario, sí que admite la inscripción en los Registros civiles consulares de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, cuando, al menos, uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del Registro una resolución judicial, dictada en el país de origen.

En su directriz primera dice, así, que: “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido” (párrafo primero).

Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, que (salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional) habrá de ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento establecido en los arts. 954 y ss. LEC de 1881 (tras la reforma operada por la L 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social).

A mi parecer, la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido objeto de críticas generalizadas por la parte de los civilistas; y no sólo de los que están claramente en contra de la admisión de la validez del contrato de maternidad subrogada, como es el caso de CORRAL GARCÍA, E. “El derecho a la reproducción humana”, cit., pp. 48-49, sino también de los que están en favor de admitir su validez legal, negando que el recurso al principio del interés superior del menor puede llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de ley. V. así VELA SÁNCHEZ, J.: “El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, en *Diario La Ley*, nº 8162, 3 octubre 2013. A favor, en cambio, se muestra un sector de la doctrina iusinternacionalista, de la que, por ejemplo, son exponentes CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 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”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2009), vol. 1, núm. 2, p. 319.

Para terminar este breve trabajo: no creo que el art. 96 de la nueva LRC de 21 de julio de 2011 todavía en período de *vacatio legis*, altere los términos de la cuestión, pues el precepto, en su número 2º, sólo permite inscribir una resolución judicial extranjera, cuando no resulte “manifiestamente incompatible con el orden público español”, del que forma parte la prohibición de gestación por sustitución. Cfr. en tal sentido GARCÍA AMEZ, J.: “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40/2014, pp. 168-169.

LA CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES: UNA BARRERA AL PAGO
DE DIVIDENDOS EN EFECTIVO.

THE CAPITALIZATION OF PROFITS: A BARRIER TO PAYMENT
OF DIVIDENDS IN CASH.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 358 - 365.

Fecha entrega: 20/09/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

BRIAN HADERSPOCK
Haderspock Grupo Legal
brian@haderspock-grupolegal.com

RESUMEN: En toda sociedad comercial el fin último descansa en la repartición del lucro obtenido por una explotación satisfactoria del objeto social de la empresa. Esta repartición de ganancias se denomina distribución de utilidades o dividendos, y es un derecho inherente del socio percibirlos. Sin embargo, existiría una limitación a ese derecho cuando la sociedad decide capitalizar dichas ganancias para reinvertirlos, en vez de pagar los dividendos en efectivo a los socios.

PALABRAS CLAVE: Utilidades; capitalización; dividendos; derecho de crédito.

ABSTRACT: In a commercial enterprise the ultimate goal lies in the distribution of the profit obtained by successful exploitation of the objects of the company. This profit sharing is called distribution of profits or dividends, and is a partner inherent right to perceive them. However, there would be a limitation to that right when the company determines to capitalize on these gains to reinvest instead of paying cash dividends to its shareholders.

KEY WORDS: Profits; capitalization; dividends; right credit.

SUMARIO: 1. Distribución de utilidades: el derecho del socio a percibir las.- 2. La Capitalización de las utilidades: ¿cuándo procede?- 3. La protección del socio y sus límites.- 4. Pago de dividendos en acciones liberadas.- 5. En Conclusión.

1. Debemos partir afirmando que en toda sociedad comercial el fin último descansa en la repartición del lucro obtenido por la explotación satisfactoria del objeto social de la misma. Lógicamente, al conformar una sociedad, los interesados se comprometen a cumplir a cabalidad lo acordado en el contrato social y/o contratos extra-sociales posteriores (v.gr. acuerdo de accionistas) – si las hubiera – comprometiéndose a soportar las pérdidas y a disfrutar de las ganancias acorde a su porcentaje de participación social: cuotas de capital o acciones. Aquella afirmación la encontramos, además, en el art. 125 del Código de Comercio boliviano (en adelante “C.Com.”) que señala textualmente: “Por el contrato de sociedad comercial dos o más personas se obligan a efectuar aportes para aplicarlos al logro del fin común y repartirse entre sí los beneficios o soportar las pérdidas”.

La legislación comercial (C.Com.), en su artículo 148, indica que “los derechos y obligaciones contractuales de los socios, accionistas con relación a la sociedad comienzan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad”, esto es, desde la fecha de suscripción del documento constitutivo. A partir de ese momento rige los derechos y obligaciones de los socios y la sociedad, sin embargo, para que el contrato social surta efectos jurídicos, la sociedad deberá estar legalmente constituida de la forma mencionada en el artículo 133 del C.Com., es decir, para que la sociedad sea considerada sujeto de derechos y obligaciones es menester contar con el reconocimiento de su personalidad jurídica que es otorgada por el Registro de Comercio; a partir de ese momento los socios consolidan el status *socium* y la sociedad se vuelve persona jurídica para efectos con terceros. Claro está, y valga la aclaración, los socios fundadores son solidaria e ilimitadamente responsables por conseguir la formalización del documento contractual – contrato social o junta fundacional – a objeto de poder ejecutar el giro comercial según el objeto social consignado.

Bien, aclarado el tema del momento preciso que da nacimiento a los derechos y obligaciones de los socios, amerita direccionar el presente acápite a su objeto, cual es, “el derecho del socio a percibir dividendos”.

Es por demás de lógico afirmar que la percepción de dividendos se limita,

inicialmente, a la existencia de utilidades obtenidas en determinada gestión. La norma es clara en ese sentido al establecer en su artículo 168 (C.Com.) que “La distribución de utilidades sólo puede hacerse cuando las mismas sean efectivas y líquidas, resultantes de un balance elaborado de acuerdo con la ley y los estatutos y aprobados por los socios o el órgano social competente”.

Asimismo, la distribución de utilidades se condiciona a otras exigencias normativas sin las cuales se hace inviable la distribución *per se* de las ganancias a los socios. Por ejemplo, la constitución de reservas legales se hace obligatoria por mandato del artículo 169 del C.Com., que reza: “En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se debe constituir una reserva del cinco por ciento como mínimo, de las utilidades efectivas y líquidas obtenidas, hasta alcanzar la mitad del capital pagado...”. Esta exigencia es, evidentemente, ineludible, y su inobservancia puede acarrear, por un lado, sanciones pecuniarias administrativas a la sociedad, y por otro lado, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, que son los responsables de determinar en asamblea de socios o junta de accionistas la constitución de la reserva legal. Pero además, la norma sanciona a los Directores, Administradores y Síndicos por dicho incumplimiento, señalando que “los directores, administradores y síndicos son solidariamente responsables por el incumplimiento de lo dispuesto en la primera parte del artículo anterior (refiriéndose a la reserva legal) y, en su caso, quedan obligados a entregar a la sociedad una cantidad igual a la reserva que se dejó de constituir, pudiendo estos repetir contra los socios por el importe indebidamente distribuido.” (Art. 170 - C.Com.).

Entonces, volviendo al tema inicial, cabe preguntarse en qué momento nace el derecho del socio a percibir sus dividendos. Ya vimos que la ley exige un presupuesto inicial: ganancias efectivas y líquidas. Esto se obtiene una vez realizado un Balance General que refleje la real situación de la sociedad. Una vez verificado el estado de resultados, los socios podrán determinar el tratamiento de los mismos, debiendo cumplir – *primeramente* - con la reserva legal mencionada *ab initio*, para luego determinar qué hacer con las utilidades obtenidas por la gestión en cuestión. Aquella determinación es facultativa de la Asamblea de Socios o Junta de Accionistas (en adelante “el Órgano Social” o “Máximo Organismo”), es un mandato de orden social que manda al máximo organismo de la sociedad a decidir sobre la distribución de utilidades, bajo intereses netamente sociales, o sea, que respondan a un interés legítimo y responsable en beneficio de la sociedad. En este sentido, tenemos que el órgano social puede mocionar la constitución de reservas adicionales para determinados fines que tengan que ver con el giro social de la sociedad. Todo esto implica limitaciones a la distribución de dividendos. Por consiguiente, podemos deducir que la génesis del derecho de crédito del

socio recae en la voluntad social del máximo órgano social, en otras palabras, para que el socio pueda percibir las ganancias en dividendos, es menester que aquella determinación sea aprobada *a priori* por el órgano social competente, a partir de ese momento, le nace al socio un derecho de crédito para con la sociedad. Esto significa que la sociedad se vuelve deudor del socio hasta que se pague en efectivo el porcentaje de utilidades que le corresponde. Esta afirmación la encontramos en el artículo 270 del C.Com., que dice: “La aprobación de la distribución de utilidades por la junta general de accionistas confiere al accionista un derecho de crédito para cobrar a la sociedad los dividendos que le corresponden”. Siendo un derecho crediticio, este puede ser libremente cedido, gravado, o de otra manera dispuesto por su titular. Además, cabe resaltar que una vez consolidado la distribución de dividendos a los socios, el órgano social no podrá retractarse de aquella determinación, salvo, motivos de fraude conocidos posteriormente a la elaboración del balance general.

2. El Derecho boliviano reconoce la capitalización de utilidades como un derecho facultativo del máximo organismo de la sociedad. El artículo 347 C.Com. establece: “En la capitalización de reservas y otros fondos libres, así como en el pago de dividendos con acciones liberadas y en procedimientos similares, se respetará la proporción de cada accionista”. La misma disposición continúa indicando que “Aprobada la capitalización de utilidades en junta general, ningún accionista aunque su voto hubiera sido contrario podrá exigir la entrega en dinero de la parte que le corresponda en las mismas”. Con esto vemos que la voluntad social puede sobrepasar – justificadamente – los intereses individuales de los socios, aunque esta deducción guarda confusión con el artículo 287 del mismo cuerpo legal citado al aseverar que “Las resoluciones de las juntas generales no podrán afectar los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad”. No obstante, a nuestro juicio, la disposición legal en cuestión refiere a las resoluciones contrarias a ley y que causen un desmedro a los derechos del socio. Esta disposición permite proteger a los socios más vulnerables de los abusos que puedan suscitarse dentro de un esquema societario.

Entonces, volviendo a la interrogante: ¿Cuándo procede la capitalización de utilidades? Por lo dicho anteriormente, este procedimiento nace por la voluntad social del máximo organismo de la sociedad, decisión que deberá estar debidamente fundamentado en resguardo de los intereses de la sociedad, caso contrario, dicha resolución quedaría tildada de nulidad. Por lo tanto, siendo la decisión libremente consentida por el órgano social bajo fundamentos veraces, procederá legalmente la capitalización de utilidades.

Por lo general, lo que persigue la sociedad con la mencionada capitalización

es el autofinanciamiento, o sea, en vez de endeudarse externamente, se autofinancia con este procedimiento de capitalización, que, en síntesis consiste en reinvertir las ganancias líquidas - sujetas a la distribución (dividendos) entre socios – a objeto de conseguir autofinanciarse. Aquellas utilidades capitalizadas no son consolidadas a favor de los socios por lo que en ningún momento nace el derecho de crédito de éstos para cobrarlos en efectivo. No obstante, corresponde a la sociedad extender nuevas acciones o cuotas de capital en contraprestación de aquella maniobra.

Este procedimiento se resume en tres etapas: 1ª Aprobación por el Órgano Social. 2ª Aumento de capital. 3ª Emisión de nuevas acciones o cuotas de capital. Se trata de un esquema vertical imprescindible; la primera no funciona sin las otras y *viceversa*.

3. La legislación comercial fija una serie de disposiciones legales que tienden a proteger al socio contra actos malignos o resoluciones abusivas e injustas que afecten negativamente el *status socius* del individuo. Por ejemplo, el artículo 287 del C.Com. señala lo siguiente: “Será nula toda cláusula o acto que menoscabe o suprima los derechos conferidos por este Código a las minorías.” “Serán también nulos los acuerdos que supriman derechos acordados por ley a los accionistas.” Otro ejemplo podemos rescatar en el artículo 201 de la misma norma que señala en su parte: “Ningún acuerdo o disposición de la escritura de constitución puede privar a los socios de su derecho preferente a suscribir el aumento del capital social.” Estos y otros más son claros ejemplos de la protección otorgada a los socios con la sociedad. Muchos de ellos son intocables e inmodificables, es decir, son normas imperativas, sin embargo, existen algunas normativas proteccionistas que pueden verse limitados por otras. Un claro ejemplo encontramos en el primer párrafo del artículo 287 C.Com., que dice “Las resoluciones de las juntas generales no podrán afectar los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad.” Esto demuestra que el derecho de crédito del socio frente a la sociedad es irrenunciable por voluntad propia y es inafectable por la voluntad social.

No obstante, existiría una limitación a la citada disposición legal, y aquella limitación recae en el interés social, es decir, cuando aquel derecho de crédito es cambiado por una emisión forzosa de nuevas acciones o cuotas de capital. Pero, como manifestamos precedentemente, esa decisión del órgano social deberá fundamentarse pulcramente, no quedando duda alguna de su necesaria adopción. Los elementos justificables deberán enfocarse en el interés legítimo de la sociedad. Bajo estas premisas, al socio no le queda más que acatar dicha determinación. “Aprobada la capitalización de utilidades en junta general, ningún accionista aunque su voto hubiera sido contrario podrá

exigir la entrega en dinero de la parte que le corresponda en las mismas.” (Art. 347 C.Com.).

4. La norma hace alusión al pago de dividendos en acciones liberadas, sin embargo, en aplicación de la analogía, también corresponde referirse al pago de dividendos en cuotas de capital tratándose de las sociedades de responsabilidad limitada, ya que, en ambos tipos societarios procede la capitalización de utilidades.

Contrariamente a su curso normal, el procedimiento de capitalización de utilidades evita el pago de dividendos o distribución de ganancias en efectivo. Como expresamos anteriormente, el nombrado procedimiento busca – entre otras cosas - autofinanciarse evitando el endeudamiento externo, para lo cual, otorga en contraprestación nuevas acciones liberadas o cuotas de capital a favor de los socios en proporción a sus porcentajes de participación en la sociedad.

Pero a todo esto, cabe preguntarse si es correcto el término “pago de dividendos en acciones”, ya que, a primera vista, los dividendos se deberán pagar en efectivo, salvo pacto en contrario del socio, así lo afirma el último párrafo del artículo 270 C.Com. “Los dividendos serán pagados en dinero, salvo que el accionista admita el pago en otros bienes.”. Esto quiere decir que el socio puede aceptar el pago del porcentaje de ganancias que le corresponde en bienes evaluables en dinero, lo que implica un derecho de crédito consolidado. En cambio, en la capitalización de utilidades no nace ese derecho crediticio ya que el mismo es omitido por la voluntad social. Lo que sucede con dicha capitalización es que la sociedad frena el derecho de crédito que le correspondería al socio por la necesaria distribución de ganancias, debiendo la sociedad en contraprestación otorgar acciones liberadas o incrementar las cuotas de capital.

En síntesis, el término empleado es poco acertado, ya que, el pago de dividendos – en sentido abstracto – significa la distribución de ganancias, y nace por una resolución emanada del máximo órgano social, lo cual implica un derecho de crédito consolidado a favor del socio, quien a su vez puede aceptar el pago en dinero efectivo o en bienes, empero, esta decisión la realiza una vez habiéndose determinado la distribución de utilidades, situación que no sucede con el pago de dividendos en acciones liberadas a consecuencia de la capitalización de utilidades, lo que guarda una confusión válida, dado que, en ningún momento se aprueba en la asamblea de socios o juntas de accionista la distribución de las ganancias, sino que se decreta capitalizar dichas ganancias a objeto de procurar el autofinanciamiento, quedando la sociedad obligada, en contraprestación, a emitir nuevas acciones

a los socios que, de no haberse determinado la capitalización, hubiesen adquirido un derecho de crédito que les permite percibir sus dividendos.

5. Luego de haber desarrollado la temática de referencia, a nuestro criterio y sano juicio, llegamos a concluir este corto artículo con las siguientes aseveraciones:

a) El socio, por su condición como tal, en el marco del *affectio societatis*, asume todos los riesgos inherentes al giro normal de la sociedad, comprometiéndose a enfrentar las inconveniencias y asumir las pérdidas en proporción a su porcentaje de participación. Asimismo, el acto jurídico que implica la suscripción de un contrato de sociedad da nacimiento de ciertos derechos propios del socio, tales como disfrutar de las ganancias obtenidas por cada gestión exitosa y el derecho de exigir la repartición de los dividendos a consecuencia de la distribución de utilidades decretadas.

b) La capitalización de utilidades procede por la voluntad social emanada del máximo organismo social de la sociedad, requisito indispensable, además, su consideración y aprobación estará sujeto a criterios de orden social, es decir, motivos claros y fundamentados que respondan al interés de la sociedad.

c) Si bien el estatus de socio implica el disfrute de las ganancias líquidas y efectivas resultante de una eficiente gestión, le corresponde al *magno* órgano social decidir el destino de las utilidades, pudiendo determinar que se aplique el procedimiento de capitalización de utilidades, lo que se traduce en la no repartición de dividendos en efectivo, para disponer de dichas ganancias a objeto de cubrir ciertas necesidades – justificadamente validas – de la sociedad, verbigracia el autofinanciamiento. En consecuencia, a efectos de cumplir a cabalidad las etapas del procedimiento, le corresponde – en contraprestación – entregar acciones a los socios, lo que se viene a denominar el pago de dividendos en acciones.

d) En consecuencia, a nuestro juicio, la capitalización de utilidades se interpreta como una “barrera” al pago de dividendos en efectivo.

EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL MERCADO DE
VALORES: UN PASO MÁS HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL
MERCADO DE VALORES

THE NEW CONSOLIDATED TEXT OF THE SPANISH SECURITIES
MARKET ACT: A FURTHER STEP TOWARDS MODERNIZING THE
SECURITIES MARKET

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 366 - 372.

Fecha entrega: 25/11/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

FRANCESC CHOLVI ROIG
Abogado en Garrigues- Madrid. Departamento de Derecho Financiero y
Regulatorio
Adjunto primero a la Secretaría General del IDIBE
Francesc.Cholvi@garrigues.com

RESUMEN: El pasado 24 de octubre se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores cuyo principal objetivo es la armonización, sistematización y, en general, adecuación de las normas del mercado de valores en un mismo cuerpo normativo. Con la aprobación de este texto, el legislador da un paso más hacia la modernización del mercado de valores español.

PALABRAS CLAVE: Texto Refundido, mercado de valores, MIFID.

ABSTRACT: On October 23, it was approved the consolidated text of the Securities Market Act which aims to harmonize, standardize and adapt the rules of the securities market in a single regulatory body. With the adoption of this text, the legislator takes a step towards modernization of the Spanish securities market.

KEY WORDS: Consolidated Text, securities market, MIFID.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Las modificaciones sustanciales del texto refundido LMV. El problema de las cuotas participativas.- 3. Las modificaciones formales del texto refundido LMV.

1. El pasado 24 de octubre se publicaba en el Boletín Oficial del Estado (el “BOE”) el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (el “Texto Refundido LMV”).

A tenor de lo dispuesto en el artículo uno, letra a), de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española (la “Ley 20/2014”), el Gobierno quedaba autorizado para aprobar en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley (esto es, a lo sumo, el 29 de octubre de 2015) un texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (la “LMV”) en el que quedaran “integradas, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, las leyes y demás normas” en materia de valores.

Dentro del plazo previsto por la Ley 20/2014, el Gobierno cumplió con el mandato legal, aprobándose un texto cuya tramitación en sede parlamentaria se ha caracterizado por su extraordinaria rapidez –propia, de otra parte, del instrumento del texto refundido–. Esta agilidad obedece, no sólo a la configuración jurídica de la herramienta normativa empleada, sino también a la intención del legislador de preparar una futura adaptación de normas europeas en la materia, tales como el Reglamento (UE) n.º 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, que será de aplicación a partir del 3 de julio de 2016, y, de forma especial, la nueva regulación MIFID2 (“Markets in Financial Instruments Directive 2”) que sustituye a MIFID, compuesta, a su vez, por la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, y del Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012. De este modo, el legislador español cumple con las expectativas impuestas por una Unión Europea cada vez más ansiosa por unificar un campo cuya sola complejidad aconseja la mayor armonía posible en el territorio comunitario.

No obstante, no cabe olvidar la importante labor de sistematización que ha llevado a cabo el Texto Refundido LMV, que permitirá un manejo mucho más ágil de la norma. Tras más de cuarenta modificaciones, la LMV recogía un total de ciento treinta y un artículos, veintidós Disposiciones Adicionales, catorce Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cuatro Disposiciones Finales. En aras de crear un texto dinámico y comprensible, y siguiendo con la tendencia hacia la simplificación que parece propia, en los últimos tiempos, de nuestro legislador (cada vez más europeizado), el Texto Refundido LMV pasa a tener trescientos treinta y cuatro artículos, diez Disposiciones Adicionales, nueve Disposiciones Transitorias, y dos Disposiciones Finales.

El histórico texto, oficialmente en vigor desde el 29 de enero de 1989 (la Ley fue publicada el 29 de julio de 1988 en el BOE, si bien su Disposición Final Primera preveía, con ciertas salvedades, una “vacatio legis” de seis meses), cambia de continente, pero no de contenido. El texto original se mantiene, si bien se producen leves alteraciones que han pasado inadvertidas para la práctica totalidad de la opinión jurídica, y merecen de un breve comentario.

2. Como se ha comentado en líneas precedentes, mediante el acertado instrumento del texto refundido, el legislador ha sistematizado un nuevo texto del mercado de valores más claro y de mayor practicidad. No obstante, se ha aprovechado esta ocasión para introducir ciertas alteraciones –de menor importancia– en el texto de la norma que, con independencia de su oportunidad, no tienen cabida en la herramienta jurídica del texto refundido. Resulta de ello, por excelencia, la cuestión de las cuotas participativas. Así, el artículo 2.1, párrafo primero, letra b), LMV, consideraba dentro del ámbito de aplicación de la ley “las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorro”. Esta mención desaparece en el Texto Refundido LMV, si bien matiza la norma en su Disposición Transitoria Segunda que las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorro que hubieran sido emitidas con anterioridad a la publicación de la norma (esto es, con anterioridad al 24 de octubre de 2015), seguirán teniendo el carácter de valor negociable –y, por tanto, seguirán estando incluidas en ámbito de aplicación de la ley recogido en el artículo 2 del Texto Refundido LMV– hasta su completa amortización. La eliminación de la referencia a las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro obedece, en cierto modo, a la tendencia hacia la institucionalización de estas entidades que el legislador parece querer implementar en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos tiempos. Prueba de ello se manifestaba la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias (la “Ley 26/2013”)

(publicada el 28 de diciembre de 2013 en el BOE, entrando en vigor ese mismo día) que preveía que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley (esto es, a lo sumo, hasta el 28 de junio de 2014), las Cajas de Ahorros que hubieran emitido cuotas participativas debían presentar ante el Banco de España un plan específico de amortización de las mismas. Pasada tal fecha, se prohibía a las Cajas de Ahorro seguir computando las cuotas participativas como recursos propios.

Aún con todo este esfuerzo legislativo, y, en mi opinión, en aras de no dejar desamparados de un régimen jurídico al que acogerse a los titulares de las cuotas participativas emitidas con anterioridad a la Ley 26/2013 y aún no amortizadas, actualmente se mantiene en vigor el cuerpo regulatorio por excelencia de las cuotas participativas: el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorros (el “R.D. 302/2004”).

La supresión de la referencia que efectuaba la LMV a las cuotas participativas como “instrumentos financieros” comprendidos en su ámbito de aplicación, podría suscitar la duda sobre si tal eliminación pretende desterrar a las cuotas participativas del campo de los “valores negociables” al que tradicionalmente habían pertenecido. No puede afirmarse, por el momento, que esta deba ser la interpretación que deba acogerse, pues la configuración legal y que recoge la práctica habitual de los mercados financieros sitúa a las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro como valores negociables admitidos.

Cabe recordar que, de conformidad con el artículo 1.1 del R.D. 302/2004, las cuotas participativas deben ser entendidas como valores negociables que representan aportaciones dinerarias de duración indefinida, y de similar consideración que las “reservas de la entidad”, esto es, las cuotas participativas son tenidas por un fondo o recurso propio de la entidad. Así lo aclara, de facto, la Exposición de Motivos del R.D. 302/2004 cuando afirma, tras enunciar el concepto de cuota participativa, que “esta definición, muy similar a la anteriormente vigente, se completa con un conjunto de elementos destinados a clarificar su configuración como instrumento de renta variable pura desprovisto de derechos políticos y que forma parte de los recursos propios básicos por su propia naturaleza”. Puede apreciarse que, en esta ocasión, el R.D. 302/2014 entra en contradicción con la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 26/2013, que expresamente prohibió a las Cajas de Ahorro considerar las cuotas participativas emitidas con anterioridad como parte de sus recursos propios.

Resulta evidente que, mientras las Cajas de Ahorro españolas planean sobre un futuro mucho más que incierto, en este campo particular, el legislador ha emprendido una senda reguladora cuya realidad jurídica es atípicamente

confusa, escondiendo tras una simple supresión normativa un gran problema de índole regulatorio.

3. Cumpliendo con su labor de sistematización de las normas del mercado de valores, el Texto Refundido ha efectuado muchas modificaciones de carácter meramente formal que, por su escasa importancia, serán brevemente analizadas.

Así es el caso del artículo 6 del Texto Refundido LMV, que se corresponde con el antiguo artículo 5 LMV y que aborda la representación de los valores negociables. Dicho precepto incorpora en su párrafo quinto la obligación de intervención de fedatario público para la validez de la suscripción o transmisión de valores cuando, no estando admitidos en un mercado secundario oficial, se encuentren representados mediante títulos al portador. Además, el precepto exige que en dicha suscripción o transmisión no participe o medie una sociedad o agencia de valores o una entidad de crédito. De este modo, se ha incorporado al articulado del Texto Refundido LMV el contenido de la Disposición Adicional Tercera LMV, incorporada al texto de la LMV en virtud de la Ley 37/1998, de reforma de la LMV.

Esta misma sistematización se repite a lo largo del texto en relación a la libertad de emisión en mercados primarios de valores, a la competencia para la creación de mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, a nuevas causas de incumplimiento de las obligaciones contenidas en la LMV para los agentes del mercado o a normas de transparencia, entre otras.

En igual sentido, el artículo 314.4 del Texto Refundido LMV incorpora el contenido de la Disposición Adicional 2 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, conforme a la cual las referencias efectuadas en el artículo 314 del Texto Refundido LMV (antiguo artículo 108 LMV) al Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderán hechas, en sus mismos términos, al Impuesto General Indirecto Canario.

Asimismo, han sido actualizadas todas las referencias normativas. Así: (i) se sustituye la referencia efectuada, entre otros, en los artículos 82.5, 118.2, 133.1 y 134 del Texto Refundido LMV al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; (ii) se sustituye la referencia efectuada en los artículos 69.2 y 161.4 del Texto Refundido LMV a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las

entidades de crédito, en el caso de entidades de crédito, por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; y, (iii) se sustituye la referencia efectuada en los artículos 90.4 a la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

También ha sido actualizada la referencia efectuada por los artículos 70 bis. 4, LMV (artículo 191 del Texto Refundido LMV) y 85.2 LMV (234.2 del Texto Refundido LMV) a la Ley 19/1988, de 12 de julio, Auditoría de Cuentas (la “Ley 19/1988”) por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas la (“Ley 22/2015”). La LMV continuaba efectuando sendas referencias a la Ley 19/1988 –primitiva Ley de Auditoría–, derogada en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (el “Texto Refundido de la Ley de Auditoría”) y que entró en vigor el 2 de julio de ese mismo año.

En este caso, se produce un escenario jurídico llamativo en la medida en que la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 22/2015 decretó una entrada en vigor escalonada de la norma, de forma que, a salvo de las excepciones previstas en la propia Disposición, el conjunto del texto de la Ley de Auditoría no entrará en vigor hasta el 17 de junio de 2016.

De este modo, el Texto Refundido LMV, actualmente en vigor desde el 13 de noviembre de 2015, se remite ocasionalmente a la Ley 22/2015, norma que, salvo excepciones, no gozará de vigencia hasta junio de 2016. No obstante, cabe advertir que las diferencias en la regulación son mínimas y que, en cualquier caso, dichas referencias deberán entenderse efectuadas, igualmente, al vigente texto de la Ley de Auditoría, esto es, al recogido en el Texto Refundido de la Ley de Auditoría.

LA LEY DE DERECHOS HUMANOS 1998: LA IMPLEMENTACIÓN
DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHO HUMANOS EN
EL SISTEMA LEGAL BRITÁNICO

THE HUMAN RIGHTS ACT 1998: THE IMPLEMENTATION OF THE
EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS INTO THE UK
LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 373 - 390.

Fecha entrega: 13/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

SALVADOR JESÚS TORMO PRUÑONOSA
Colaborador del IDIBE
Salvador.J.Tormo@gmail.com

RESUMEN: El propósito de este trabajo es proporcionar una visión de cómo la Ley de Derechos Humanos 1998 implementa en el Sistema Legal Inglés la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. Nos centraremos principalmente en los derechos garantizados por la Convención Europea, las principales provisiones de la Ley de Derechos Humanos 1998 y su impacto en el Sistema Legal Inglés. Además, valoraremos la extensión de la implementación de la Convención Europea en el Sistema Legal de Reino Unido. Como consecuencia, observaremos que la Ley de Derechos Humanos no es una Carta de Derechos pero es el primer paso en la dirección correcta. Finalmente, intentaremos examinar el futuro de la Ley de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Consejo de Europa, Convención Europea de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Ley de Derechos Humanos 1998, implementación, derechos, Sistema Legal de Reino Unido.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to provide an insight of how the Human Rights Act 1998 implements into the English Legal System the European Convention of Human Rights of 1950. We will mainly focus on the rights guaranteed by the European Convention, the principal provisions of the Human Rights Act 1998 and its impact on the English Legal System. Furthermore, we will assess to what extent has been the European Convention implemented into the UK Legal System. As a consequence, we will observe that the Human Rights Act is not a Bill of Rights but it is the first step in the right direction. Finally, we will try to look into the future of the Human Rights Act.

KEY WORDS: Council of Europe, European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights, Human Rights Act 1998, implementation, rights, UK Legal System.

TABLE OF CONTENTS: I. INTRODUCTION.- II. THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS.- 1. The Council of Europe.- 2. The European Court of Human Rights.- 3. Nature of the rights provided by the European Convention of Human Rights.- III. THE HUMAN RIGHTS ACT 1998.- 1. The application of HRA, section 2: Taking European Court of Human Rights decisions into account.- 2. The application of HRA, sections 3 & 4: Interpreting in a compatible way and the declaration of incompatibility.- 3. The application of HRA, section 6: Vertical and Horizontal effect in the HRA.- IV. CONCLUSIONS & LOOK TO THE FUTURE.

I. INTRODUCTION.

In United Kingdom the general rule¹ is that treaties must be transformed into national law by Act of Parliament before they can create any obligation or right enforceable in domestic courts². The UK refused for many years to transform the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter, the "ECHR") into domestic law³ and hence it was not applied by national courts⁴. Therefore, prior to the Human Rights Act 1998 (hereinafter, the "HRA"), citizens who alleged that their rights under the ECHR had been breached could only bring a case at the International Level before the European Court of Human Rights⁵ (hereinafter, the "ECtHR"). If

¹ According to DIXON, M.: *Textbook on international law*, Oxford University Press, Oxford, 2013 the only limited exceptions to the general rule (treaties must be transformed into national law) are treaties of cession or those pertaining to the conduct of war.

² WARBRICK, C.: *The Governance of Britain*, International and Comparative Law Quarterly, 2008, Volume 57, pp. 209-217. In addition, see the following courts decisions: *International Tin Council Case (J.H. Rayner (Mincing Lane Ltd v. Department of Trade and Industry) [1990] 2 AC 418*, United Kingdom House of Lords) where creditors brought an action against the International Tin Council after it could not pay its debts. Creditors argued that the treaty, which was not incorporated into the national law of the UK, allows them to bring an action against the States parties, rather than against the International Tin Council. The court rejected the creditors' argument; *R. V Secretary of State for the home department*, [2006] 2 AC 220; *Maclaine Watson v Dept. Of Trade (1990) 2. A.C. 418 at 500: Campaign for Nuclear Disarmament V. Primer Minister [2002] EWHC 277*.

³ Pursuant to article 1 ECHR, Contracting States undertake to "secure" the freedoms and rights in the ECHR to everyone in their Jurisdiction. However, this article does not require a Contracting State to incorporate the ECHR into its Domestic Legal System. In this regard, see HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. & BUCKLEY, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 26. See also *Observer and Guardian v UK A 216 (1991); 14 EHRR 153 PC*.

Notwithstanding, according to BLACKBURN, R. & POLAKIEWICZ, J.: *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford New York, 2001, p. 683, nowadays, the ECHR has been implemented into the legislation of all parties.

⁴ ELLIOT, C. & QUINN, F.: *English legal system*, Pearson, Edinburgh, 2013, p. 305.

⁵ DIXON, M., MCCORQUODALE, R. & WILLIAMS, S.: *Case & Materials on International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 120.

they succeeded there, the UK had to amend whatever rule of municipal law which had caused the problem⁶. However, the lack, until 1998, of a written Bill of Rights does not mean that UK did not protect the Human Rights⁷. First of all, as with any other international treaty, domestic courts could take ECHR into account to interpret UK legislation⁸, and suppose that the British Parliament did not legislate against to the ECHR. Secondly, rights have been understood as part of the unwritten constitution which has led the Common Law during decades. Most importantly, the English legal system was based on the presumption that subjects are free to do whatever is not specifically unlawful⁹ ("negative concept or rights")¹⁰.

The HRA meant a significant change in the British Legal System because it incorporated the ECHR into UK providing a clear legal basis for human rights challenges and made enforceable human rights recognised in the HRA in domestic courts.

II. THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS.

The ECHR was signed in 1950, ratified by UK in 1951 and it came into force in 1953. It was drafted¹¹ by the Council of Europe (not to be confused with the European Council) which was established after the Second World War when ten States tried to unite to promote democracy and prevent wars¹².

⁶An example of this is *Malone v The United Kingdom*, ECHR 2 Aug. 1984, where the European Court of Human Rights unanimously held that there had been a breach of the article 8 of the ECHR due to the violation of Malone's private life and correspondence. As a consequence, UK brought new legislation in this field.

⁷ MALLESON, K. & MOULES, R.: *The legal system*, Oxford University Press, Oxford 2010, p. 36.

⁸ For instance, see *Waddington v Miah* (1974) 1 WLR 683, where the House of Lords supported its interpretation of s.34 of the Immigration Act 1971 could not be understood as having retrospective effect in the art. 7 of the ECHR. See more in: WALLINGTON, P.: *The European Convention on Human Rights and English Law*, The Cambridge Law Journal, 1975, Volume 34, pp. 9-11.

⁹ For example, in *Malone v Metropolitan Police Commissioner* (1979) 1 CH 344 there was no law which banned the Government or its agencies to tap citizens' phone. Therefore, although Mr. Malone was able to prove that his phone had been tapped without any lawful authority, his action failed.

¹⁰According to MALLESON, K. & MOULES, R.: *The legal system*, cit., p. 36, this approach has historically served the UK to guarantee reasonably well the respect of human rights.

¹¹ The UK placed a central role in drafting the Convention. Please, see: DONALD, A. GORDON, J. & LEACH, P.: *The UK and the European Court of Human Rights*, Equality and Human Rights Commission Research report 83, 2012.

¹² The Preamble to the ECHR seems to refer to this States when it says "European Countries which are likeminded and have a common heritage of political tradition, ideals, freedom and the rule of the law".

The adoption of a European Convention came from three factors. It was a first regional reply to the horrors committed in the WW II. Secondly, it was considered that the best way to ensure Germany would be a force for peace, in partnership with other European States, was through integration and institutionalization of shared values. Finally, ECHR responded to the desire of bringing the non-Communist countries of Europe together "within a common ideological framework" (STEYNER, H.

1. The Council of Europe¹³.

The two main decision-making bodies of The Council of Europe are the Parliamentary Assembly and the Committee of Ministers¹⁴. The Committee of Ministers¹⁵ is the guardian of the Values by which the Council operates¹⁶. Moreover, it monitors the compliance of Contracting States with their obligations under the ECHR, adopts recommendations and considers applications by new Member States.¹⁷ While, the Parliamentary Assembly¹⁸ main roles are to recommend, give opinions about, pass decisions and monitor State's compliance with Council of Europe policies¹⁹.

2. The European Court of Human Rights.

The ECtHR is an international full-time court which rules applications alleging breaches of rights established in the ECHR. Section II of the ECHR establishes the operation of the ECtHR and its procedures. Pursuant to article 20, the number of Judges in ECtHR must be equal the number of parties²⁰. Any citizen or contracting State claiming to be a victim of a violation of the ECHR may appeal directly to the court in Strasbourg²¹.

J., ALSTON, P. & GOODMAN, R.: *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Oxford New York, 2008, p. 933).

¹³ In addition to be responsible for the ECHR, the Council of Europe is an inter-governmental organization which ensures the correct application of over 200 other treaties on a wide range of topics. For example, the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or the European Social Charter.

¹⁴ Other key institutions are the Congress of Regional and Local Authorities, the Conference of International Non-Governmental Organizations and the Secretariat.

¹⁵ It is formed of the Ministers of Foreign Affairs of each Member State. Furthermore, there are observers to the Committee of Ministers (the Holy See, Japan, Canada, Mexico and US).

¹⁶ SMITH, R.K.M.: *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford New York, 2010, p. 100.

¹⁷ Currently, Belarus is a State Candidate.

¹⁸ It is composed of a group of representatives from the national parliament of each State. Between two and eighteen per State depending on its population. More information in A. DONALD, A., GORDON J. AND LEACH, P.: *The UK and the European Court of Human Rights*, cit., p. 11. Moreover, there are also observers to the Parliamentary Assembly (Canada, Israel and Mexico).

¹⁹ GREER, S.: *Europe*, in MOECKLI, D., SHAH, S. & SIVAKUMARAN, S.: *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 419. Furthermore, the Parliamentary Assembly also elects judges of the ECtHR from a list of three candidates nominated by each State, the European Commissioner for Human Rights, The Secretary General and Deputy Secretary-General of the Council of Europe.

²⁰ Consequently, there are forty-seven judges in October 2015.

²¹ In interpreting the Convention, the ECtHR has used two important principles: principle of proportionality – which means that if a right is breached, the extent of that violation may not be bigger than is indispensable to reach the legitimate purpose (an exhaustive definition of proportionality can be found in *De Freitas v The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and Others*, (1998), UKPC 30) - and the "margin of appreciation" – which allows for some differences in States approach, provided the fundamental rights are comply with. In this regard, see *Handyside v UK*, 1976 [Application no. 5493/72](#) (related to art. 10 of ECHR and margin

Cases are admissible only if the appellant has exhausted all domestic remedies and appeal no more than six months²² after the final national decisions. The ECtHR will also refuse any appeal which is clearly ill-founded or outside of the Scope of the Convention²³.

Moreover, the contracting States undertake to abide by the Strasbourg Jurisprudence in any case to which they are parties²⁴. Notwithstanding, a court judgement is “*essentially declaratory*”²⁵.

3. Nature of the rights provided by the ECHR.

The Convention and the subsequent extensions to its content through several protocols ensured that the most significant political and civic rights were to be protected and respected²⁶. The elementary obligation is found in art. 1, wherein the Contracting States “shall secure to everyone²⁷ within their jurisdiction the rights and freedoms”. Notwithstanding, rights under ECHR are not all the same. It can be distinguished three types of Convention

of appreciation) and *Sabin v Turkey*, 2005 [Application no. 44774/98](#) (concerned with art. 9 of ECHR and margin of appreciation) -.

²² This period will be reduced to four months when all Member States have ratified Protocol 15. In October 2015, totally number of ratifications are 22. This reform arises from the huge amount of cases delivered to the ECtHR – in 2011 it had a backlog of 120, 000 cases. -. See: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=213&CM=8&DF=13/10/2015&CL=ENG> .

²³ The Court’s Jurisdiction is a relevant procedural issue which cannot be examined here. See *Bankovic and other v. Belgium and Others ECtHR*, *Application no. 52207/99*, *Grand Chamber*, 12 December 2001 where the ECtHR thought about the meaning of the words “within their jurisdiction” and if acts of the Contracting States outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction by them. See also *Issa and Others v. Turkey*, *ECtHR*, *Application no. 31821/96* where the Court considered the concept of the “Jurisdiction” pursuant to the article 1 of the ECHR. In this case, six Iraqi national suffered unlawful arrest, detention and killing as a consequence of the Turkish military activity in the Northern Irak.

²⁴ The binding force of the ECtHR decisions in United Kingdom will be examined below. More information about the implementation of judgements of the European Court of Human Rights can be found in ABDELGAWAD, L.: *the execution of Judgements of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Publishing Editions du Conseil de l’Europe, Human rights files, 2008, No. 19. Available at: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19\(2008\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19(2008).pdf). (Accessed 8 October 2015).

²⁵ In *Marckx v Belgium (1979) Application no. 6833/74* the Court stated that a Strasbourg decision “cannot by itself annul or repeal” incompatible municipal law or domestic court decisions.

²⁶ MARSON, J.: *Business Law*, Oxford University Press, Oxford p. 26. In fact, according to this scholar, the ECHR was based on the United Nations’ Universal Declaration on Human Rights. Notwithstanding, it should be note that the ECHR and its Protocols do not cover several important rights such as the right to self-determination or the economic, social and cultural rights (REHMAN, J.: *International Human Rights Law*, Pearson, Edinburgh Gate, 2010, p.185).

²⁷ Parties must protect the human rights or any national, national of another contracting State or a national of a third country within their jurisdiction. For example, in *Berrehab v Netherlands (1989) 11 EHRR 322* the Court held that the rights of a resident Moroccan were breached.

Rights²⁸:

- *Absolute rights* (e.g. freedom from torture or inhuman or degrading treatment -art. 3-²⁹) which cannot be balanced with any public interest and cannot be restricted in any circumstances including emergency's or times of war.
- *Limited rights* (e.g. some rights included in the right to a fair trial -art. 6-³⁰) which can be restricted or derogated in times of war or emergency³¹ and may be limited by provisions contained within the article.
- *Qualified rights* (e.g. freedom of expression -art. 10-³²) which require a

²⁸ We must be aware that the classification of a right in one of the three categories is not always easy. For instance, the British Ministry of Justice considers that the right to life (article 2) is a limited right because "There are certain very limited circumstances where it is acceptable for the state to take away someone's life, e.g. If a police officer acts justifiably in self-defence" (MINISTRY OF JUSTICE: *Making sense of Human Rights*, p. 6, Available at: <https://www.justice.gov.uk/downloads/human-rights/human-rights-making-sense-human-rights.pdf> (Accessed 2 October 2015). This view is shared by some scholars (WAGNER, A.: *Article 2/Right to life*, (web blog), Available at: <http://ukhumanrightsblog.com/incorporated-rights/articles-index/article-2-right-to-life/> (Accessed 3 October 2015) and GIBSON, B. (ed.): *Human Rights and the Courts: Bringing Justice Home*, Waterside Press, Winchester, 1999, p.34). However, other commentators such as KEENAN, S. & ALLEN, V.: *Business Law*, Pearson, Edinburgh, 2013, p. 38 hold that it is an absolute right.

²⁹ States cannot derogate prohibition of torture under any circumstances. Threats to national security, public interest of society or emergency situations do not allow to the State to derogate this article. Furthermore, identity or actions of a person do not justify a breach of the art.3. In *Chahal v The United Kingdom*, 1996, *Application no. 22414/93*, the ECtHR held that the protection provided by the article 3 of ECHR cannot be derogate independent on the activities of an individual (i.e. terrorism) even if they are dangerous or undesirable for a State. The ECtHR confirmed it in *Saadi v Italy*, 2008, *Application no. 37201/06*. See also JAYAWICKRAMA, N.: *The judicial application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 329.

Torture is characterised by the intentional infliction of an intensive physical or mental pain with a specific purpose such as obtaining information. When the treatment has not got purpose or enough intensity, it will be classed as inhuman or degrading. However, the assessment of this minimum is relatively (see *Tekin v. Turkey judgment of 9 June 1998, ECHR 1998-IV, §52*). An excellent overview about article 3 can be found in REIDY, A.: *A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, Germany, Council of Europe, 2003, No. 6.

³⁰ The right to a fair trial includes the right to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial court established by law, the right to be presumed innocent until proved guilty in a criminal offence and several rights in case of being charge with a criminal offence. A detailed study can be found in MOLE, N. & HARBY, C.: *A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, Germany, Council of Europe, 2006, No. 3.

³¹ For instance, UK entered a derogation to art. 5 (3) which was confirmed as lawful by the ECtHR in *Brannigan and McBride v UK ECHR series A (1993) No. 258 B*. In this case, two people were detained without a trial because they were terrorist suspects. The Government suspended the art. 5(3) – everyone arrested shall be brought promptly before a judge – due to the need of defending the society. The court confirmed Government performance.

³² Freedom of expression can be restricted on several grounds as the rights of the others or national security. The restrictions may be justified under art. 10 (2) or 17 ECHR. See *Le Pen v. France, 2010*

balance between the need of the community or the State and the rights of the individual. Interference with this kind of rights is permissible only if: 1) There is a clear legal basis for the interference, 2) the action seeks to reach a legitimate purpose and 3) the interference is needed in a democratic society³³.

III. THE HUMAN RIGHTS ACT 1998.

The HRA³⁴, which came into force on 2 October 2000, makes the ECHR (and its first protocol) part of UK legislation. "Convention rights" are those rights arising under the ECHR that are set out in s. 1 of the HRA and established in Schedule I, subject to several other provisions³⁵. An adequate analysis of the HRA requires taking the following aspects into account:

1. The application of HRA, section 2: Taking European Court of Human Rights decisions into account.

Under s. 2, domestic courts have to take any relevant Strasbourg jurisprudence into account. This means that domestic courts are not bound by decisions of the ECtHR but these decisions cannot be completely rejected. It seems that the Courts must follow Strasbourg case law where is possible³⁶ unless there are enough reasons to depart from an ECtHR

Application No. 18788/09.

Freedom of expression includes freedom to hold opinions, freedom to impart information and ideas – which is the principal indicator of a democratic government (see *Handyside v. the United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, Series A no. 24) - and freedom to receive information and ideas. Moreover, pursuant to the ECtHR, freedom of press is also protected by article 10 (*Autronic AG v. Switzerland*, Appl. No. 12726/87, Series A no. 178). It should be note that "expression" is not limited to words but it also refers to images (*Müller and Others v. Switzerland*, Appl. No. 10737/84, Series A no. 133), pictures (*Chorberr v. Austria*, Appl. No. 13308/87, Series A no. 266- B) and actions which express an idea or give information. Furthermore, art. 10 also protects the form in which information and ideas are expressed (*Oberschlick v. Austria*, Appl. No. 11662/85, Series A no. 204) such as radio broadcasts (*Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, Appl. No. 10890/84, Series A no. 173), painting (*Müller and Others v. Switzerland*, Appl. No. 10737/84, Series A no. 133), films (*Otto-Preminger Institut v. Austria*, Appl. No. 13470/87, Series A no. 295-A) or printed documents (*Handyside v. the United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, Series A no. 24).

An excellent approach to the freedom of expression can be found in MACOVEI, M.: *A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, Germany, Council of Europe, 2004, No. 2.

³³ MINISTRY OF JUSTICE, *Making sense of Human Rights*, cit., p. 5.

³⁴ The HRA is supplemented by fourteen Protocols, all of which remain in force, except Protocol 10 which has been replaced by Protocol 11.

³⁵ FELDMAN, D.: *Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy*, 20 Australian Yearbook of International Law, 1999.

³⁶ It seems to be the Lord Slynn opinion made in *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment (May 9 2001)* [2001] 2 WLR 1389. Lord Rogers seems to be more forceful when

decision. For example, in *R v Horncastle*³⁷ the Supreme Court did not follow the ECtHR judgement in *Al-Khawaja and Tahery v UK*³⁸ on whether the UK hearsay rule of criminal evidence was according to the ECHR³⁹.

Furthermore, in *Kay v LLBC*⁴⁰ the House of the Lords stated that if a decision of a municipal court seemed to be inconsistent with a later decision of Strasbourg Court, courts remained bound by the system of precedent and they have to follow the higher court decision⁴¹.

2. The application of HRA, sections 3 & 4: Interpreting in a compatible way and the declaration of incompatibility.

By section 3, the municipal courts must interpret all legislation 'so far as possible' in a way that is compatible with the ECHR. However, there are limits: if a Convention interpretation is against to a "fundamental feature" of the primary legislation⁴² (not in case of secondary incompatible legislation, where the courts have to interpret it according to ECHR, even if this requires ignoring that legislation)⁴³, it will not possible a compatible interpretation and

asserted "Strasbourg has spoken, the case is closed" in *Secretary of a State for the Home Department v AF (No. 3)*, (2009), UKHL 28.

³⁷ *R v Horncastle and others* (2009) UKSC 14

³⁸ *Al-Khawaja and Tahery v the United Kingdom*, applications nos. [26766/05](#) and [22228/06](#).

³⁹ In this case, Lord Philips stated that there are "rare occasions where the Court concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstance it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision".

See also, *R v Spear, Hastie and Others* [2002] UKHL 31, where the Court declined to follow the Strasbourg decision in *Case of Morris v United Kingdom*, Application no. [38784/97](#) on the basis that Strasbourg did not know how the system worked. Interestingly, in *Cooper v United Kingdom*, Application no. [48843/99](#) the ECtHR asserted that the *R v Spear* decision was right.

⁴⁰ *Kay v Lamberth London Borough Council* (2006) UKHL 10

⁴¹ This position is shared by GIBSON, B. (ed.): *Human Rights and the Courts: Bringing Justice Home*, cit., p.54 and it can be found in other judgements such as *Leeds City Council v Price* (2006) UKHL 10. Notwithstanding, it should be noted, according to DIXON, M., MCCORQUODALE, R. & WILLIAMS, S.: *Case & Materials on International Law*, cit., p. 121: "One narrow exception to this principle recognised by the Lords was where the domestic decision predated the HRA and would no longer survive following the introduction of the Act".

⁴² In *Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent)* (2004) UKHL 30, the Court used s. 3 of HRA to reinterpret The Rent Act 1997 Schedule I, Paragraph II. Despite the fact that legislation only gave survivorship rights to couples formed by husband and wife, the Court also recognised the rights to same-sex couples. This decision showed that the Court is willing to depart from domestic legislation. However, the Court clearly asserted that if the legislation run against a "fundamental feature", they will not depart from primary legislation. In this regard, see *R (Hooper) v Work and Pensions Secretary* [2005] UKHL 29.

⁴³ DAVIS, H. (dir.): *Humans Rights Law*, Oxford University Press, Oxford New York, 2007, p. 61. However, pursuant to S.3 (2) (c) if primary legislation prevents removal of the incompatibility of subordinate legislation the court has to follow the national rule even if it is a clear violation of the Convention.

hence the higher courts may make a "declaration of incompatibility"⁴⁴. By s.4 such declaration does not affect the validity of the law⁴⁵ and there is no legal obligation on the Government to take a remedial action⁴⁶. For instance⁴⁷, in *ITR GmbH v SSHD*⁴⁸ the Court held that the penalty scheme established in the Immigration and Asylum Act 1999 was incompatible with art. 6 of the Convention due to the fixed nature of the fine was incompatible with the right to a penalty established by an independent court⁴⁹.

3. The application of HRA, section 6: Vertical and Horizontal effect in the HRA.

Pursuant to s. 6, it is unlawful for public authorities (central and local governments, the police, the NHS, the Courts but exclude the Parliament) to act against the Convention⁵⁰. Therefore, it is clear that individual citizens can enforce Convention Rights against the State ("vertical effect"). For instance, *R v CCGC*⁵¹ where the police prevented twenty-seven anti-war protestors to attend to a lawful demonstration. The court held unanimously that the police have breached the applicants Convention Rights⁵². Furthermore, s. 6(3) (b) extends the vertical effect of the HRA to any private body if it performs "*functions of a public nature*"⁵³ which is a question that must be

⁴⁴ It should be noted that only the Higher courts (neither magistrate's court nor the Crown Court) are able to make this declaration of incompatibility. Section 4 (5) has a full list of all UK courts with that power. For instance, the Supreme Court, the High Court or the Court of Appeal in England and Wales or North Ireland.

⁴⁵ These two sections suppose that the Courts have no power to overrule a statute, thereby retaining parliamentary sovereignty. Notwithstanding, the White Paper ("Bringing Rights Home") which preceded the HRA 1998 asserted that if an Act is declared incompatible, the Parliament would amend it quickly.

⁴⁶ However, Ministers will be able to amend the offending legislation by a fast-track procedure which allows avoiding the full parliamentary process (s. 10).

See more in: EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *The case for the Human Rights Act: Part 1 of 3 responses to the commission on a bill of rights: HRA plus not minus*. Available at: http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/bor_full.pdf. (Accessed on 12 October 2015)

⁴⁷ More examples can be found in FARRELL, M.: *Declarations of incompatibility made under section 4 of the Human Rights Act 1998, 2006*. Available at: <http://www.ucc.ie/law/docs/UK-Declarations-of-Incompatibility-Michael-Farrell.pdf> (Accessed on 5 October of 2005).

⁴⁸ *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department EWCA Civ 158*.

⁴⁹ As a consequence, the scheme was amended by the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.

⁵⁰ Unless their action is required by primary legislation which cannot be interpreted in a way to be compatible with the Convention.

⁵¹ *R (on the application of Laporte) v Chief Constable of Gloucestershire Constabulary (2007) 2 All ER 529*

⁵² However, in *Austin and another v Commissioner of Police of the Metropoli, 2009 UKHL 5*, the Court dismissed the claim. According to the Court, despite the fact that there was a deprivation of liberty – the claimants could not leave Oxford Circus during seven hours after a demonstration due to a false detention –, this was an issue of proportionality or degree of intensity. The court (taking the background into account) decided that the police actuation had been reasonably.

⁵³ More information in WEBLEY, L. & SAMUELS, H.: *Complete Public Law: Text, Cases, and Materials*,

decided on a case by case basis. One key decision of the Court in this topic was *Wallbank* (2003)⁵⁴ where the Court held that the Parochial Church Council – an essential part of the Church of England – was not a public core authority because it acted on the interest of the church and not the public interest and Parliament did not intend to the Church of England lose the right of claiming under the ECHR⁵⁵.

S. 6 and 7 only allow bringing actions against public authorities and not against citizens or any private body (“horizontal effect”)⁵⁶. However, academic opinion has debated as to whether use the provisions of the Act between private parties⁵⁷. Furthermore, Courts are reluctant to engage directly with this issue. Consequently, this field is characterised by the lack of clarity and uncertainty. Most of scholars agree that a citizen may not use the breach of the HRA as a cause of his action, but he may use the HRA to interpret laws which are in force and to extend rights which are recognised by common law⁵⁸. It seems that courts have asserted this limited form of horizontal effect. In *Douglas v Hello! (2001)*⁵⁹, wedding pictures of M. Douglas and C. Z. Jones were publicized without their authorization by the magazine Hello. Although the legal proceedings were between private parties, the

Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 467- 488.

⁵⁴ *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* (2003) All ER 121.

⁵⁵ It should be noted that if an organization is classified as a core public authority, it cannot bring actions under the ECHR as a victim (s. 7 HRA and art. 34 ECHR).

Another key decision in this issue was *YL v Birmingham City Council* (2007) UKHL 27, (2008) 1 AC95, (2007) All ER 957 where a private company called Southern Cross Healthcare Ltd whose main activity was the provision of care and accommodation was not regarded as a public authority. Moreover, this decision shows the factors to be taken into account to determine if a body performs “functions of a public nature” such as if the body is exercising statutory power or the body is providing public services. See also, *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd. Donobue* (2001) 4 All ER 604 or in contrast to *Wallbank* (2003), *Heather v Leonard Cheshire Foundation* (2002) 2 All ER 936.

⁵⁶ The horizontal effect is an issue which requires an exhaustive analysis. More detailed study can be found in: YOUNG, A. L.: *Horizontality and the Human Rights Act* in ZIEGLER, K. S. (ed.): *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Volume 5, pp. 35-51.

⁵⁷ An overview about the divided academic opinion can be found in *Horizontal Effect of Human Rights Act*. Available at: <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/horizontal-effect-of-human-rights-act-constitutional-law-essay.php>. (Accessed 4th October 2015).

⁵⁸ This is called “indirect effect”. This view is shared by DAVIS, H. (dir.), *Human Rights Law*, cit., p. 83; MARSON, J.: *Business Law*, cit., p. 28 and HOFFMAN, D. & ROWE, J.: *Human Rights in the UK: An introduction to Human Rights Act 1998*, Pearson, Edinburgh, 2010, pp. 81-83.

This position seems to be hold in *Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22 where the Court stated: “The 1998 Act does not create any new cause of action between private persons. But if there is a relevant cause of action applicable, the court as a public authority must act compatibly with both parties Convention rights”.

⁵⁹ *Douglas v Hello! Ltd* (2001) 2 WLR 992. See also, *A v B sub nom Garry Flitcroft v Mirror Group Newspapers* (2002) EWCA Civ 337 (where the Court after balancing the freedom of expression and the claimants’ right to privacy dismissed the claim) and *Mosley v News Group Newspapers Ltd* (2008) EMRL 20.

Court considered the ECHR relevant to the case due to the HRA⁶⁰.

IV. CONCLUSION & LOOK TO THE FUTURE.

The HRA has had a relevant impact in the English legal system and has contributed to develop a more constitutionalized political system. Thanks to the HRA, citizens can enforce the rights recognised in ECHR before national courts (although appeals to Strasbourg are still possible as last resource) instead of bringing directly a case to Strasbourg. It allows saving money and time. In addition, the HRA has allowed avoiding conflicts between national and international law and reducing problems of bringing domestic law into line with the ECHR. However, HRA is only the first step in the right direction, provisions such as taking Strasbourg decisions into account (s.2), interpreting domestic law 'as far as possible' in a compatible way with the ECHR (s.3) or declarations of incompatibility (s.4) show that the HRA does not fully implement the ECHR into the UK legal system. Furthermore, The HRA has not entrenched the Convention Right in the UK legal system⁶¹. Therefore, the courts cannot strike down any legislation which does not comply with the Convention⁶² and it is easier that the HRA could be amended or derogated by the Parliament. For that reason, some commentators emphasize the need of a Bill of Rights in the UK.

It should be noted that it is difficult to guess the future of the HRA. The courts have taken the approach that it is for themselves to consider if a government decision was proportionate and necessary to achieve one of more legitimate purposes or not⁶³. This process of judicial review had caused relevant political tension between the judiciary and executive. As a consequence, Tony Blair (2003) and David Cameron (2006) considered to repeal the HRA. Nowadays, the UK government is promising a human rights reform which consists of a repeal of the HRA and its replacement by a Bill of Rights⁶⁴. Furthermore, according to DZEHTSIAROU & LOCK⁶⁵, if during the

⁶⁰ See also *Compsey v WWB Devon Clays* (2005) EWCA Civ. 932 and *R (on the application of Al-Skeini) v Secretary of State for Justice* (2007) UKHL 26

⁶¹ Notwithstanding, it should be noted that in *Thoburn v Sunderland City Council* (2002) EWHC 195, Lord Justice stated that the HRA was a constitutional act which could only be repealed by express provision of an Act of Parliament. According to ELLIOT, C. & QUINN, F. *English Legal System*, cit., p. 304, this could be described as a "soft" form of entrenchment.

⁶² However, in other countries such as Germany, Spain or United States, rights and freedoms are enshrined in a written Constitution and hence the Constitutional Courts are able to invalidate primary legislation which is incompatible with those rights.

⁶³ See Lord Steyn arguments in *Daly Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly*, [2001] UKHL 26

⁶⁴ See The Conservative Party Manifesto 2015. Available at: <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/manifesto2015/ConservativeManifesto2015.pdf> (Accessed on 10th October 2015)

passage of the Bill of Rights, the UK government does not engage with the Council of Europe, a withdrawal from the ECHR could become a reality. We should be on the lookout for Conservative Party movements because a withdrawal of the ECHR could have huge consequences in the membership of the European Union. Although EU treaties do not require to being party to the ECHR, in practice, the ECHR is used to evaluate if a candidate State complies with the article 49 of Treaty of European Union (“respect of human rights”). As a consequence, a withdrawal of the ECHR would mean a breach of UK European Obligations and hence a continued membership in the European Union might not be possible⁶⁶.

V. BIBLIOGRAPHY.

5.1. Books & Academic Journals.

ABDELGAWAD, L.: *the execution of Judgements of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Publishing Editions du Conseil de l'Europe, Human rights files, 2008, No. 19. Available at:

[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19\(2008\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19(2008).pdf). (Accessed 8 October 2015).

ADAMS, A.: *Law for Business Students*, Pearson Education Limited, Edinburgh Gate, 2014.

BLACKBURN, R. AND POLAKIEWICZ, J.: *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford New York, 2001.

COLLINS, H.: *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012

DAVID, H. (dir.): *Humans Rights Law*, Oxford University Press, Oxford New York, 2007.

DIXON, M., MCCORQUODALE, R. & WILLIAMS S.: *Case & Materials on International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁶⁵ See DZEHTSIAROU, K. & LOCK, T. (ed.): *The legal implications of a repeal of the Human Rights Act 1998 and withdrawal from the European Convention on Human Rights*, 2015. Available at: <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=618009031125122081126101081104123123117011052016042090064105002010124070088003025092041039044052007031061095094026002124118010008053029080082116089001007115028103071079015066068111106025111026027123096086104108013123090089019001107102077069117093092&EXT=pdf> (Accessed 7th October 2015).

⁶⁶ Ibid. p. 31.

DIXON, M., *Textbook on international law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

DONALD, A., GORDON, J. AND LEACH, P.: *The UK and the European Court of Human Rights*, Equality and Human Rights Commission Research Report 83, 2012.

DZEHTSIAROU, K. & LOCK, T. (ed.): *The legal implications of a repeal of the Human Rights Act 1998 and withdrawal from the European Convention on Human Rights*, 2015. Available at:

<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=618009031125122081126101081104123123117011052016042090064105002010124070088003025092041039044052007031061095094026002124118010008053029080082116089001007115028103071079015066068111106025111026027123096086104108013123090089019001107102077069117093092&EXT=pdf> (Accessed 7th October 2015).

ELLIOT, C. AND QUINN, F.: *English legal system*, Pearson, Edinburgh, 2013.

EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION: *The case for the Human Rights Act: Part 1 of 3 responses to the commission on a bill of rights: HRA plus not minus*. Available at:

http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/bor_full.pdf. (Accessed on 12 October 2015).

FARRELL, M.: *Declarations of incompatibility made under section 4 of the Human Rights Act 1998*, 2006. Available at:

<http://www.ucc.ie/law/docs/UK-Declarations-of-Incompatibility-Michael-Farrell.pdf> (Accessed on 5 October of 2005).

FEDMAND, D.: *Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy*, 20 Australian Yearbook of International Law, 1999

GIBSON, B. (ed.): *Human Rights and the Courts: Bringing Justice Home*, Waterside Press, Winchester, 1999

HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. & BUCKLEY, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 26.

HOFFMAN, D. & ROWE, J.: *Human Rights in the UK: An introduction to Human Rights Act 1998*, Pearson, Edinburgh, 2010.

JAYAWICKRAMA, N.: *The judicial application of Human Rights Law: National*,

Regional and International Jurisprudence, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p 329.

JUDGE, S.: *Business Law*, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2009

KAVANAGH, A.: *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, No. 2 (2004), pp. 259–285

KEENAN, S. & ALLEN, V.: *Business Law*, Pearson, Edinburgh, 2013

MACINTYRE, E.: *Business Law*, Pearson Education Limited, Edinburgh Gate, 2012

MACOVEI, M.: *A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, Germany, Council of Europe, 2004, No. 2.

MALLESON, K. AND MOULES, R., *The legal system*, Oxford, Oxford University Press, 2010

MARSON, J.: *Business Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 26.

MINISTRY OF JUSTICE: *Making sense of Human Rights*, p. 5. Available at: <https://www.justice.gov.uk/downloads/human-rights/human-rights-making-sense-human-rights.pdf> (Accessed 2 October 2015).

MOLE, N. & HARBY, C.: *A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, Germany, Council of Europe, 2006, No. 3.

PARKER, G.: *Planning and Rights: Some Repercussions of the Human Rights Act 1998 for the UK*, Planning Practice & Research, Vol. 16, No. 1, pp. 5–8, 2001

REHMAN, J.: *International Human Rights Law*, Pearson, Edinburgh Gate, 2010

REIDY, A.: *A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, Germany, Council of Europe, 2003, No. 6.

SMITH, R.K.M.: *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford New York, 2010.

STEYNER, H. J., ALSTON, P. & GOODMAN, R.: *International Human Rights in*

Context, Oxford University Press, Oxford New York, 2008

WAGNER, A.: *Article 2/Right to life*, (web blog), Available at: <http://ukhumanrightsblog.com/incorporated-rights/articles-index/article-2-right-to-life/> Accessed 3 October 2015).

WALLINGTON, P.: *The European Convention on Human Rights and English Law*, The Cambridge Law Journal, 1975, Volume 34, pp 9-11.

WARBRICK, C.: *The Governance of Britain*, International and Comparative Law Quarterly 2008, Volume 57, pp. 209-217

WEBLEY, L/ & SAMUELS, H.: *Complete Public Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2015

YOUNG, A. L.: *Horizontality and the Human Rights Act* in ZIEGLER. K. S. (ed.): *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Volume 5

5.2. Table of cases

European Court of Human Rights

- A v B sub norm Garry Flitcroft v Mirror Group Newspapers (2002) EWCA Civ 337
- Al-Khawaja and Tahery v the United Kingdom, applications nos. [26766/05](#) and [22228/06](#).
- Autronic AG v. Switzerland, Appl. No. 12726/87, Series A no. 178
- Bankovic and other v. Belgium and Others ECtHR, Application no. 52207/99, Grand Chamber, 12 December 2001
- Brannigan and McBride v UK ECHR series A (1993) No. 258 B
- Chahal v The United Kingdom, 1996, Application no. [22414/93](#)
- Chorherr v. Austria, Appl. No. 13308/87, Series A no. 266- B
- Cooper v United Kingdom, Application no. [48843/99](#)
- Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, Appl. No. 10890/84, Series A no. 173
- Handyside v. the United Kingdom, 1976 Appl. No. 5493/72, Series A no. 24
- Issa and Others v. Turkey, ECtHR, Application no. 31821/96
- Le Pen v. France, 2010 Application No. 18788/09.
- Malone v The United Kingdom, ECHR 2 Aug. 1984
- Marckx v Belgium (1979) Application no. [6833/74](#)

- Morris v United Kingdom, Application no. [38784/97](#)
- Müller and Others v. Switzerland, Appl. No. 10737/84, Series A no. 133
- Oberschlick v. Austria, Appl. No. 11662/85, Series A no. 204
- Observer and Guardian v UK A 216 (1991); 14 EHRR 153 PC
- Otto-Preminger Institut v. Austria, Appl. No. 13470/87, Series A no. 295-A
- Saadi v Italy, 2008, *Application no.* [37201/06](#)
- **Sahin v Turkey, 2005** [Application no. 44774/98](#)
- Tekin v. Turkey judgment of 9 June 1998, ECHR 1998-IV, §52.
- Vogt v. Germany, Appl. No. 17851/91, Series A no. 323

UK courts.

- A v B sub nom Garry Flitcroft v Mirror Group Newspapers Ltd (2002) All ER 545
- A-G for Canada v A-G for Ontario (1937)
- Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank (2003) All ER 1213
- Austin and another v Commissioner of Police of the Metropoli, 2009 UKHL 5
- AY Bank (in liquidation) v Bosnia & Herzegovina (2006)
- Berrehab v Netherlands (1989) 11 EHRR 322
- Campaign for Nuclear Disarmament V. Prime Minister [2002] EWHC 2777
- Campbell v MGN Ltd (2004) UKHL 22
- Compsey v WWB Devon Clays (2005) EWCA Civ. 932
- Daly Regina v. Secretary of State for The Home Department, Ex Parte Daly, (2001) UKHL 26
- De Freitas v The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and Others, (1998), UKPC 30.
- Douglas v Hello! Ltd (2001) 2 WLR 992.
- Ghaidan (Appellant) v. Godin-Mendoza (FC) (Respondent) (2004) UKHL 30
- Handyside v. the United Kingdom, Appl. No. 5493/72, Series A
- Heather v Leonard Cheshire Foundation (2002) 2 All ER 936.
- International Tin Council Case (J.H. Rayner (Mincing Lane Ltd v. Department of Trade and Industry) (1990) 2 AC 418, United Kingdom House of Lords).
- International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department EWCA Civ 158.

- Kay v Lamberth London Borough Council (2006) UKHL 10
- Leeds City Council v Price (2006) UKHL 10
- Maclaine Watson v Dept. Of Trade (1990) 2. A.C. 418 at 500 HL
- Malone v Metropolitan Police Commissioner (1979)1 CH 344
- McNair (1928) 9 B. Y.I.L. 59.
- Mosley v News Group Newspapers Ltd (2008) EMRL 20.
- Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd. Donohue (2001) 4 All ER 604
- Porter v. Freudenberg (1915) 1. K. B. 857
- Q and others, (R on the application of) v the Secretary of State for the Home Department [2003] EWCA Civ 364
- R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment (May 9 2001) [2001] 2 WLR 1389.
- R (on the application of Al-Skeini) v Secretary of State for Justice (2007) UKHL 26
- R (on the application of Laporte) v Chief Constable of Gloucestershire Constabulary (2007) 2 All ER 529
- R v Horncastle and others (2009) UKSC 14
- R v Spear, Hastie and Others (2002) UKHL 31
- R. V Secretary of State for the home department, (2006) 2 AC 220
- Salomon v Commissioners of customs and excise (1967) 2 Q.B. 116. Court of Appeal
- Secretary of a State for the Home Department v AF (No.3), (2009), UKHL 28.
- The Parlement Belge (1878-1879) 4. P.D. 129. Probate, Divorce and Admiralty Division;
- Thoburn v Suderland City Council (2002) EWHC 195
- Waddinton v Miah (1974) 1 WLR 683
- YL v Birmingham City Council (2007) UKHL 27, (2008) 1 AC95, (2007) All ER 95