Actualidad Jurídica Iberoamericana

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 5, agosto 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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

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

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

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

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dra. 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

COMITÉ EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Asscociato di Diritto Privato, Universidad de LUMSA (Sede de Palermo), Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

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

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

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

D. Diego Eloy García García
Abogado

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

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

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

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

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Becario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia, España

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

Doña Joana Vendrell Alfonso
Asesora comercial Oficina Comercial Helsinki
IVACE

SUMARIO

I. ESTUDIOS

DERECHO DE LA PERSONA

La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad. (Pp. 11 ~ 51)
ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT.

DERECHO DE FAMILIA

La adopción en el Derecho español tras las reformas de 2015. (Pp. 52 ~ 75)
SALVADOR CARRIÓN OLMOS.

La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión. (Pp. 76 ~ 95)
NURIA MARTÍNEZ SÁNCHIS.

En torno al artículo 1366 del Código civil. (Pp. 96 ~ 128)
ALMUDENA CARRIÓN VIDAL.

Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto. (Pp.129 ~ 150)
MARCO RIZZUTI.

DERECHO PATRIMONIAL

Prestito vitalizio ipotecario e hipoteca inversa: le discipline italiana e spagnola a confronto. (Pp. 151 ~ 174)
TIZIANA RUMI.

Gli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento. (Pp. 175 ~ 184)
MARIA CRISTINA CERVALE.

II. CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

DERECHO DE LA PERSONA

Derecho al honor y personas jurídicas de Derecho público. (Pp. 185 ~ 200)
ALMA M. RODRÍGUEZ GUITIÁN.

La llamada "personalidad pretérita": datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen.
(Pp. 201 ~ 238)
PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO.

Vida privada e informática: una breve aproximación en el Derecho francés. (Pp. 239 ~ 254)
VÍCTOR BASTANTE GRANELL.

El "derecho al olvido digital". Una exigencia de las nuevas tecnologías, recogida en el futuro reglamento general de protección de datos. (Pp. 255 ~ 271)
Mª. DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS.

El ejercicio de los derechos de la personalidad del adulto protegido. (Pp. 272 ~ 284)
MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ.

La jurisprudencia del TEDH sobre el "interés público" como el elemento fundamental de la libertad de expresión. (Pp. 285 ~ 293)
JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART.

Análisis del Registro central de delincuentes sexuales. (Pp. 294~ 301)
JOANA VENDRELL ALFONSO.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016. (Pp. 302 ~ 310)
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

DERECHOS REALES

La Directiva 2014/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Febrero, *sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia.* (Pp. 311 ~ 330)
ADELA SERRA RODRÍGUEZ.

DERECHO DE FAMILIA

¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?
(Pp. 331 ~ 544)
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

DERECHO DE SUCESIONES

Partición hereditaria y pago por la comunidad de una deuda de uno de los coherederos garantizada con un bien relicto. (Pp. 345 ~ 364)
GORKA GALICIA AIZPURUA.

DERECHO MERCANTIL

Reforma del derecho de la navegación en España (I). Normativa aplicable y fuentes.
(Pp. 365 ~ 373)
PABLO GIRGADO PERANDONES.

Protección reforzada de los depositantes de entidades de crédito en concurso.
(Pp. 374 ~ 383)
RAFAEL NEBOT SEGUÍ.

Las fianzas a depositar por los fabricantes de máquinas de azar en las Administraciones Autonómicas a la luz de la ley de garantía de la unidad de mercado. (Pp. 384 ~ 393)
ANDREA MOYA LATORRE.

México y derecho societario: una aproximación a las recientes reformas desde la perspectiva de inversores internacionales. (Pp. 394 ~ 399)
PAOLA N. RODAS PAREDES.

Evoluções recentes no direito inglês das "insurance warranties". (Pp. 400 ~ 410)
DRA. MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS.

DERECHO DE CONSUMO

Aspectos básicos de la Directiva 2014/17/UE. (Pp. 411 ~ 432)
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ.

DERECHO Y BIOÉTICA

La mediación sanitaria en la legislación de las comunidades autónomas. (Pp. 433 ~ 447)
DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El contrato de trabajo con elementos de extranjería. (Pp. 448 ~ 460)
DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA.

DERECHO DEL TRABAJO

L'unificazione dei ruoli dirigenziali nella quarta riforma del lavoro pubblico italiano.
(Pp. 461 ~ 473)
GIUSEPPINA PENSABENE LIONTI.

III. RECENSIONES

SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Lectura constitucional del artículo 149.1.8ª de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. (Pp. 474 ~ 478)
FILIPPO VIGLIONE.

LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M. E.: *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 1-250.
(Pp. 479 ~ 483)
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

ÍNDICE

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES DE EDAD

THE JURIDICAL PROTECTION OF THE RIGHTS TO THE HONOR, TO THE PERSONAL AND FAMILIAR INTIMACY AND TO THE OWN IMAGE OF THE MINORS

DRA. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
aiberrocalanzarot@der.ucm.es

RESUMEN: Los derechos de la personalidad –tales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen- de las personas en general y muy especialmente de los menores de edad como derechos fundamentales han de ser protegidos frente a cualquier intromisión ilegítima que, les pueda afectar no sólo en lo que constituye su campo tradicional de operatividad, sino también en el nuevo espacio virtual que, representa internet. Así, las nuevas tecnologías, servicios y productos relacionados con la sociedad de la información y el conocimiento y los medios de comunicación social –redes sociales- constituyen, por un lado, el vehículo o herramienta que posibilita el intercambio de información, de opiniones, de datos, imágenes, ideas, y por otro lado, pueden favorecer actuaciones ilícitas de determinas personas aprovechando la falta de control, la facilidad de acceso al medio, y cierta inconsciencia o vulnerabilidad de las personas que, utilizan estas nuevas tecnología de la información. Resulta necesario proteger a su titular y garantizar de manera efectiva el pleno ejercicio de tales derechos. El presente estudio se centra en el análisis de tales derechos de la personalidad en los diferentes ámbitos de actuación posibles, y en las medidas que han de adoptarse para su protección, especialmente si la titularidad corresponde a un menor de edad; y las consecuencias que se derivan de su vulneración.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad, intromisión, menores.

ABSTRACT: The rights of the personality –such as the right to the honor, to the personal and familiar intimacy and the own image- of the persons in general and very specially from the minors like fundamental rights have to belong protected opposite to any illegitimate interference that can affect them not only in what it constitute if traditional field of operability but also in the new virtual space that internet represents. The new technologies, services and products related to the company of

the information and the knowledge and the means of social communications –social networks- constitute on the one hand the vehicle or tool that makes possible the exchange of information, opinions, images, ideas and on the other hand they can favor illicit actions of certain unconsciousness or vulnerability of the persons who use these new technologies of the information. It turns out necessary to protect his holder and to guarantee in an effective way the full exercise of such rights of the personality on the different areas of possible actions and in the measures that have to be adopted for his protection, especially if the ownership corresponds to a minor and the consequences that stem from his violation.

KEY WORDS: *Right of the personality, interference, minors.*

FECHA DE ENTREGA: *13/05/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.- III. LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y LEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.- IV. RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO.- V. CONCLUSIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Internet ha supuesto un cambio en la percepción y concepción de la realidad y viene a constituir una nueva forma de gestionar la información y el conocimiento. Lo cierto es que, como cualquier otro instrumento, su empleo conlleva efectos positivos y negativos. Dentro de estos últimos, hay que señalar la utilización inadecuada de la información que, puede afectar a bienes jurídicos, en concreto, a determinados derechos de la persona, como el honor, intimidad y propia imagen. Nadie duda que, internet es una fuente de conocimiento y de información, y que, en muchas ocasiones esa información afecta a la persona, bien porque directamente se proporciona por el interesado, o por terceros, y que puede ser utilizada por cualquier que tenga acceso a internet, no sólo contra la voluntad del afectado, sino también sin su conocimiento y sin su consentimiento. Resulta más grave y peligroso el hecho que esa información provenga de menores de edad, y que, por tanto, puedan verse afectados por su mala utilización. Estamos ante un sector de la población que poseen mayores conocimientos y dominio de internet, de sus aplicaciones, medios y soportes respecto al que puede tener otro grupo de individuos. No hay menor de edad que no disponga de algún dispositivo que le permita conectarse a la red, ya sea una tablet, ordenador o móvil, si bien para su empleo no se preocupan estos menores de dotarlos de ciertas medidas de seguridad ya sean cortafuegos, antivirus, y, asimismo, suelen navegar a través de ellos de forma totalmente despreocupada, aportando datos personales como de su entorno familiar y círculo de amistades, en algunas ocasiones especialmente sensibles, sin percatarse de quien puede estar recibiendo esa información y cómo la va a utilizar. Igualmente, no debemos olvidar que se trata de personas con una limitada capacidad de obrar, a la que el ordenamiento jurídico debe procurar la máxima protección de sus derechos e intereses mediante la exigencia de un complemento de su capacidad cuando lo necesiten, o impidiendo su actuación en algunos otros casos. Tanto los padres como representantes legales de sus hijos menores de edad, como los tutores, en su caso, tienen la obligación de velar por los hijos (artículo 154 del Código Civil) o por el tutelado (artículo 267 del Código Civil), asimismo, los poderes públicos en su concreta esfera de actuación, deben procurar la defensa de la privacidad, intimidad y honor de quienes son menores de edad. Precisamente, la sentencia del Tribunal

Supremo, Sala de lo Penal, sección 1ª, de 10 de diciembre de 2015[1] en un caso en el que se cuestiona el derecho a la intimidad de la menor por el acceso a su cuenta de Facebook por su madre sin que constatase el permiso de la menor ante la sospecha de que la niña pudiera estar siendo víctima de ciberacoso.

Al respecto la citada resolución afirma que, no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente a que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. Además, se indica que, la menor titular de la cuenta no solo no protestó por esa intromisión en su intimidad, sino que, además, refrendó con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en la que constituiría una prueba independiente de la cuestionada –los mensajes a través de Facebook-. Asimismo, asegura que no se ha determinado como llegó a conocimiento de la madre la clave de su hija, aunque considera fundado que ésta o una hermana se la comunicaron de forma voluntaria, descartando que la conociera a través de artilugios o métodos de indagación informática al margen de la voluntad del titular de la cuenta. También se establece que, no puede considerarse ilícita una prueba cuando la afectación a la intimidad proviene de un particular que, está autorizado para acceder a ese ámbito de privacidad que desvela, aunque abuse de la confianza concedida. Y, en fin, considera que, si bien, estamos ante espacios de privacidad e intimidad, esos derechos, como cualquier otro, pueden verse sometidos a restricciones en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privación de determinada información.

En este contexto, lo que resulta actualmente preocupante, es el empleo de las redes sociales por menores cada vez a una más temprana edad como vehículo de intercambio de ideas, opiniones y de todo tipo de información, y cómo el mal uso y abuso que, se están haciendo por determinadas personas de edad adulta, e, incluso, por los propios menores compañeros de colegio de los datos personales que, se aportan a la red, pueden inevitablemente derivar en que el menor se convierta en la víctima de un delito[2], o en el suicidio del propio menor ante una situación de

[1] JUR 2016, 35982.

[2] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1ª, de 12 de abril de 2016 (JUR 2016, 75822) se refiere a un caso de abuso sexual a menor de edad mediante webcam. Los hechos probados no dan cuenta de un contacto físico entre el acusado Carmelo y la niña de 10 años Nicolasa. Describen la realidad de una conversación desarrollada en Facebook, de la que no existe constancia gráfica, pero en la que se intercambiaron mensajes e imágenes a través de las respectivas cámaras webcam de la que disponían ambos protagonistas. Y más allá de la transcripción íntegra de ese diálogo, tal y como se recoge en el *factum*, existieron evidentes indicaciones por parte del acusado a la menor, acerca de dónde tenía que tocarse –boca, pechos, ano y clítoris- o dónde tenía que introducirse los dedos –boca, vagina y ano- o qué partes tenía que enseñarle la menor para su

ciberbullying o ciberacoso. Se da la paradoja que quienes más dominan el medio, son las principales víctimas, pues, la inocencia, confianza y despreocupación en aportar información personal, incrementa el peligro de su inadecuada utilización por terceros con fines no precisamente lícitos. De todas formas, ese empleo no controlado e imprudente, en ocasiones, de las redes sociales es trasladable también a personas ya adultas.

En todo caso, se ha de garantizar los derechos fundamentales de la persona en general, y, de los menores en particular, como titulares del derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, esencialmente en un entorno no libre de peligros y abusos como es internet. De ahí que, el presente estudio se centre en el tratamiento y protección jurídica de tales derechos, y, en especial cuando afectan a menores de edad, determinando en primer lugar, lo que representan tales derechos de la personalidad y su alcance, para luego analizar cuando se produce una intromisión ilegítima de tales derechos, sobretodo en la red; en tercer lugar, fijaremos propuestas de resolución a determinados problemas que, la propia legislación no ha previsto al ser las nuevas tecnologías un campo nuevo en continuo

disfrute libidinoso. El art. 183 del Código Penal en la redacción vigente en la fecha en que sucedieron los hechos, castigaba con una pena de prisión de 2 a 6 años al que "…realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años". En la actualidad, a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que ha elevado la franja cronológica para ser considerado víctima de este delito, se ha suprimido la referencia al bien jurídico protegido, sustituyendo la mención a la indemnidad sexual por una mención más amplia "…actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años". Este cambio legislativo, que la sentencia del Tribunal Supremo 652/2015, de 3 de noviembre atribuye a un "…prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma", no debe interpretarse más allá de una rectificación semántica que no modifica el criterio de esta Sala respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario del ataque de carácter sexual (SSTS 331/2004, de 16 de marzo o 604/2012, de 20 de junio, entre otras muchas). De hecho, el epígrafe que rotula el título VIII del Libro II sigue incluyendo una alusión expresa a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del citado artículo 183 del Código Penal no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima (STS 1397/2009, de 29 de diciembre). Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismos hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, de 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, de 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas menores de edad, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de internet (STS 786/2015, de 4 de diciembre), son solo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conducta de agresiones o abusos sexuales a menores.

desarrollo; y, por último, determinaremos la responsabilidad civil de todos los implicados y las posibles exigencias de reparación del daño.

II. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.

Nuestra Constitución española reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad y el derecho a la propia imagen en su art. 18 en armónica consonancia con los arts. 20.4 y 39.4. El art. 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y "especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". El apartado 4º del art. 18 prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el art. 105, b) de la Constitución Española a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento "lo que afecte a la intimidad de las personas". Debe también tenerse presente que, el art. 39 de la Constitución Española asume como principio rector de la política social y económica, la protección integral de los hijos.

En desarrollo de tales derechos fundamentales se dictó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del art. 3) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez (apartado segundo del art. 3).

Con posterioridad, en aras de lograr una protección reforzada de tales derechos respecto de los menores de edad y de los mecanismos de garantía previstos en la citada Ley Orgánica 1/1982, se orientan los arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del

Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil[3] por tratarse de seres en proceso de formación, y especialmente vulnerables ante los ataques de sus derechos, a la vez que se opta por priorizar el interés del menor frente a cualquier otro interés en juego. Así se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Por su parte, el art. 13.3 de esta Ley contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso, actuarán con la debida reserva.

Por su parte, el art. 8.1 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico[4] (en adelante, LSSICE) dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la Ley recoge, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Entre tales principios en la letra d) se incluye el de la protección de la juventud y de la infancia. Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, deberán tener presente la autoridad judicial y, el Ministerio Fiscal que, la LSSICE establece también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de

[3] El art. 2.1 de esta Ley Orgánica 1/1996 ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia señala que: "1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Por lo que con la nueva regulación el concepto de interés superior del menor se define desde un contenido triple. Por un parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo, y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que, la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios adoptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Tales criterios se contienen en el apartado 2 del citado art. 2 y se ponderaran conforme a los elementos generales previstos en su apartado 3.

[4] BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2002, pp. 25388 a 25403.

intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (arts. 11 y 14 a 16 LSSICE). La LSSICE parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan, teniendo en cuenta que, cuantitativamente son ingentes. Como contrapeso, simultáneamente se les impone a estos prestadores un deber de colaboración para evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando el acceso de aquella información que, sea así calificada con la debida diligencia. También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el más grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil, pederastia. Del mismo modo, el propio Código Penal, al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (art. 197.5), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual).

En un plano internacional, es de destacar el art. 8.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 –Reglas de Beijing- en el que se establece que, para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de diciembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, en su artículo 12 manifiesta que "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"; y refuerza el artículo 13 al disponer que "1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño". Si bien, añade su párrafo segundo que, el ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. Asimismo, el artículo 16 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al

declarar que "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias". También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) declara que "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor", y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. En la misma línea, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos revisado de conformidad con el Protocolo nº 11 y entrada en vigor el día 1 de noviembre de 1998, alude en su art. 10 al derecho de toda persona a la libertad de expresión que, alcanza tanto a la libertad de opinión, como la libertad de recibir y comunicar información o ideas, reconociendo, asimismo, su ejercicio limitado en orden a la reputación y derecho de terceros. Por su parte, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1996, en cuyo último inciso declara que, toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública excepto en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a tutela de menores. Asimismo, hay que destacar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, concretamente el art. 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el Estado; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, que, en su art. 10.3 obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que en su art. 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales; la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas "Un mundo apropiado para los niños" de 10 de mayo de 2002; y, la Resolución de esta misma Asamblea sobre Derechos del Niño de 19 de diciembre de 2006.

En Europa, se ha producido un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España el 10 de octubre de 1979, que regula en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión; y también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo.

Igualmente, sobre la base que los Estados miembros del Consejo de Europa tienen la obligación de garantizar a todas las personas de su jurisdicción los derechos y libertades fundamentales consagradas precisamente en el Convenio Europeo de

Derechos Humanos, se ha formulado la Recomendación CM/Rec (2014) 6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet (Adoptada por el Consejo de Ministros el 16 de abril de 2014 en la 1197 a reunión de Delegados de los Ministros). Esta Guía junto con el Anexo a la Recomendación que se contiene en la misma, realiza una concreta formulación de los derechos fundamentales en Internet, si bien no establece nuevos derechos humanos ni libertades fundamentales distintas de los ya contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros Convenios e Instrumentos del Consejo de Europa, más allá del derecho de acceso.

Se estructura en seis grandes áreas de actuación: 1. Libertad de expresión e información; 2. Derechos de reunión, asociación y participación; 3. Protección del honor, intimidad, imagen y datos de carácter personal; 4. Derecho de educación y acceso y promoción de la cultura; 5. Protección de la infancia y la juventud; y 6. Tutela judicial efectiva.

Así respecto del acceso y no discriminación se indica que, Internet tiene características de servicio público y personas, comunidades, autoridades públicas y entidades privadas dependen cada vez más de Internet para sus actividades y tienen una expectativa legítima de que sus servicios sean accesibles, ofrecidos sin discriminación, asequibles, seguros, fiables y continuos. Además, nadie debería estar sujeto a injerencias ilícitas, innecesarias o desproporcionadas en el ejercicio de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales al usar Internet. Por lo tanto, a nadie se le puede negar el acceso a Internet y demás redes de comunicación contra su voluntad, salvo por decisión judicial motivada o previa acuerdo contractual específico. Asimismo, se concreta un derecho a no ser discriminado en la red, idéntico al que existe con carácter general. Además, los poderes públicos deberán garantizar el acceso tanto a los usuarios de zonas rurales o alejadas geográficamente, como el acceso a las personas con discapacidad y debe estar adaptados a sus necesidades. En materia de libertad de expresión e información, como principales novedades en la Guía se establece que, los prestadores de servicios de Internet y los prestadores de contenido y servicios en línea tienen responsabilidades corporativas que cumplir en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos y a ofertar mecanismos para responder a las reclamaciones que formulen los usuarios. No obstante, los prestadores de servicios en línea, incluidos los titulares responsables de las redes sociales pueden restringir ciertos tipos de contenido y comportamiento debidos a sus políticas de contenido, de las que el usuario debe ser informado previamente con el fin de que pueda decidir con conocimiento de causa, si utiliza o no el servicio. Esto incluye información específica sobre los contenidos y comportamientos que el proveedor de servicios en línea considera ilegales o inadecuados cuando se usa el servicio y sobre la manera en que se trata esos casos. En todo caso, las autoridades públicas deben respetar y proteger la libertad de expresión y de información. Toda restricción a esta libertad debe tener un carácter

no arbitrario, y debe obedecer a un objetivo legítimo de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El alcance o duración de la restricción no deberán ser mayores de lo estrictamente necesario para lograr un objetivo legítimo. Asimismo, se recoge que el usuario tiene derecho a no revelar su identidad en línea, por ejemplo, mediante seudónimo. Sin embargo, debe tener en cuenta que las autoridades nacionales pueden tomar medidas que conduzcan a revelar su identidad. En materia de protección de la vida privada y de los datos personales se formula un derecho al respecto de la vida privada y familiar en Internet, que abarca la protección de sus datos personales y el respeto a la confidencialidad de su correspondencia y sus comunicaciones. En cuanto al objeto de tratamiento constante de los datos personales en Internet cuando se utiliza servicios tales como navegadores, correo electrónico, mensajes instantáneos, protocolos de transmisión de voz por Internet, redes sociales, motores de búsqueda y servicios de almacenamiento de datos en la nube dispone la Guía que sus datos personales solo deberán ser objeto de tratamiento cuando la ley lo prevea o cuando el usuario de manera informada haya dado el consentimiento. Por ello, el usuario deberá estar informado de qué datos personales son objeto de tratamiento o transferencia a terceros, cuando lo son, por quién y con qué propósito, para poder ejercer un control sobre los mismos, verificar que sean exactos, solicitar que se corrijan o se elimine o pedir que no se conserven por más tiempo de lo necesario. En fin, también la Guía presta especial atención a los derechos fundamentales de los menores y los jóvenes en su uso de Internet. Así, se les reconoce expresamente los derechos de libertad de expresión o de información. Pero junto a esos derechos, la Guía parte de que cualquier persona responsable de ofrecer información y contenidos en la red, debe tener en cuenta que el contenido, incluido el contenido creado por otros usuarios, es accesible a todos, incluso a los menores, y puede poner en peligro su dignidad, su seguridad y su vida privada, por lo que debe tenerse presente esta circunstancia, si estima que el contenido es perjudicial o atentatorio con los derechos del menor. Si lo solicita, tal contenido debe ser retirado o eliminado dentro de un plazo razonable. Además, se establece que los menores deben gozar de una protección especial contra toda traba a su bienestar físico, mental y moral, en particular, el abuso y la explotación sexual en Internet y otras formas de ciberdelincuencia. En especial, tienen derecho a la educación para protegerles de tales amenazas.

Finalmente, se debe mencionar el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos) que ha recibido el 14 de abril de 2016 el visto bueno definitivo del Parlamento Europeo. Si bien, la aplicación de este nuevo texto nos será efectiva hasta el año 2018, pues, el Reglamento establece un periodo transitorio y está previsto que no sea aplicable hasta dos años después de la fecha de

entrada en vigor (que se produce a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea). Esto significa que el texto no será ejecutivo antes del segundo semestre de 2018. El objetivo de este nuevo Reglamento General es dar más control a los ciudadanos sobre su información privada en un mundo de teléfonos inteligentes, redes sociales, banca por internet y transferencias globales (artículo 1). Entre otras disposiciones, las nuevas reglas en materia de protección de datos incluyen: 1. La necesidad de consentimiento claro y afirmativo de la persona concernida al tratamiento de sus daros personales; 2. El derecho al olvido mediante la rectificación o supresión de datos personales; 3. La "portabilidad" o el derecho a trasladar los datos a otro proveedor de servicios; 4. Lenguaje claro y comprensible sobre cláusulas de privacidad; 5. Multas de hasta el 4% de la facturación global de las empresas en caso de infracción; y, 6. El derecho de oponerse incluso al uso de datos personales a efecto de establecimiento de perfiles. Además se señala que, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental y para garantizar un nivel coherente de protección de las personas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos dentro del mercado interior, es necesario un Reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia en los operadores económicos, incluidas las micro, pequeñas y medianas empresas y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones protegidos jurídicamente y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de los datos personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como la cooperación efectiva de las autoridades de control de los diferentes Estados miembros.

En este contexto, se debe recalcar el valor que, los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores, lo que es además especialmente enfatizado por la Constitución Española. Así, el art. 10.2 de la misma establece genéricamente que, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España; y, el art. 39.4, *ad abundantia maior*, dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que, velan por sus derechos".

En este contexto, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico, precisamente por la nota de desvalimiento que les define, por tratarse de personas en formación, más vulnerables, por tanto, a los ataques de sus derechos[5]. Estas garantías adicionales se justifican, precisamente, por el *plus* de antijuridicidad predicable de los ataques a tales derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además

[5] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2014 (RJ 2014, 3553).

pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañan en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.

Ahora bien, el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad[6] y, por tanto, de los caracteres que le son propios, esto es, la irrenunciabilidad, inalienabilidad o intransmisibilidad por ser inseparables de la persona a que pertenecen; de ahí que, también resulten que, son inexpropiables e inembargables y que no cabe en relación con ellos el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 1111 del Código Civil), y la imprescriptibilidad –en cuanto no se extinguen, como tales derechos, por su falta de ejercicio- *ex* art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, así como también su carácter absoluto u oponibilidad *erga omnes*, ya sea frente a particulares, ya sea frente a poderes públicos, y su naturaleza esencial, inherente a la persona, pues, se trata de derechos innatos u originarios en cuando se adquieren como consecuencia del hecho de ser hombre. Finalmente, hay que destacar su contenido extrapatrimonial en cuanto lo bienes que se protegen son radicalmente personales y carecen de contenido patrimonial[7]. Si bien, no son ilimitados, pues, están sujetos como los

[6] Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", *Curso de Derecho Civil, vol. I Derecho Privado. Derecho de la persona, volumen coordinado por Pedro de Pablo Contreras*, 4ª ed., Colex, Madrid 2011, p. 546, conceptúa los derechos de la personalidad, como "derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana, y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y la imagen)". Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, *T. I Parte General*, séptima edición corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid 2009, p. 179, define los derechos de la personalidad como "el poder que el ordenamiento concede a la persona, para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma, en su aspecto material, como moral".
Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9100) define los derechos de la personalidad como "derechos subjetivos que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona, como ser humano, y no constituyen un solo derecho con varios aspectos *ius in re ipsum* sino un conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen". Y añade respecto a estos derechos que "no se trata de un derecho tricéfalo, sino de tres derechos".

[7] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Derecho al honor", *Actualidad Civil 1990-1*, pp. 3-4; del mismo autor, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", *op. cit.,* pp. 552-555 y 566, quien, asimismo, en cuanto al significado de esos caracteres matiza: "1. Que aunque el derecho en sí es imprescriptible, las acciones concedidas para reaccionar frente a una concreta vulneración del mismo, sí pueden verse extinguidas por el trascurso del tiempo; en este caso la propia LOPDH dispone que, las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán trascurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas; 2. Que lo que está excluido es la renuncia previa y general al derecho de que se trata, cuyo efecto sería la extinción del propio derecho; sí cabe, como recuerda la propia ley, tanto autorizar una determinada intromisión (que sin autorización podría resultar ilegítima), como no ejercitar (e incluso renunciar, una vez nacida la acción) las acciones concedidas por el ordenamiento, en caso de producirse efectivamente una intromisión ilegítima"; DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *vol. I*, Tecnos, duodécima edición, Madrid, 2012, pp. 324-235 y 342; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al:, Elementos de Derecho Civil*, *T. I Parte General, vol. 2 Personas,* Dykinson, sexta edición revisada y puesta al día por

demás derechos, a sus propios límites intrínsecos y límites extrínsecos derivados de la existencia y protección de los derechos y libertades de los demás.

Asimismo, como hemos señalado, son reconocidos en el art. 18 de la Constitución Española como derechos fundamentales. Lo que hace que se les dote de las mayores garantías constitucionales, es decir, se protejan ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia, sumariedad, susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y reservando su desarrollo a la necesidad de Ley Orgánica.

Precisamente, la Ley Orgánica 1/1982 que regula el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, no ofrece una definición de tales derechos, dejando esa labor a la doctrina y a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Así, el derecho al honor se concibe como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido lábil, fluido y cambiante que, se concreta en cada caso en atención a las normas, valores e ideas y usos sociales vigente en cada momento; de ahí que, los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso, cuando debe tenerse lesionado un derecho fundamental como el derecho al honor[8]. Consiste en la dignidad personal reflejada en la consideración de los

Jesús Delgado Echevarría, Madrid, 2010, pp. 59-60. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6942); y, de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5148).

[8] Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional 170, 1994, de 7 de junio (RTC 170, 1994); Sala Segunda, de 22 de mayo de 1995 (RTC 1995, 76), en la que precisa que "en tal aspecto, parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre en nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres era su componente principal, parigual con el valor o coraje del varón, hoy como ayer son honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores"; 180/1999, de 11 de octubre (RTC 180, 1999); 112/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 112); 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49); y, 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 232154); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4ª, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 82012); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003, 171113); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 23 de diciembre de 2004 (AC 2005, 208), señala que, "el derecho al honor es un derecho relativo y circunstancial, de modo que se hace preciso destacar determinadas delimitaciones o matizaciones del concepto del honor. En primer lugar por el contexto en que se producen las expresiones, ya que tienen importancia para la calificación de las mismas, el medio en que se vierten y las circunstancias que lo rodean. En segundo lugar, la proyección pública de la persona que se sienta ofendida, que al haber optado libremente por tal condición, debe soportar cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, yal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987, 165), de modo que, según se dice, en las personas o actividades de proyección y trascendencia pública la protección del derecho al honor disminuye, la de la intimidad se diluye, y la de la imagen la excluye. Y, en tercer lugar, por la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal por un lado, ni tampoco ser meramente intrascendentes por otro"; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, de 15 de abril de 2005 (AC 2005, 1212); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, de 11 de octubre de 2005 (AC 2006, 277); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 4 de abril de

demás y en el sentimiento de la propia persona, que aparece desdoblado en un aspecto trascendente que, se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en su dimensión social y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual, que es la consideración que, cada uno tiene de sí mismo[9]. En sentido negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima, el art. 7.7 de la citada Ley Orgánica 1/1982 entiende el derecho al honor como "la imputación de hechos o manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

En este contexto, es habitual en la doctrina y jurisprudencia distinguir dentro del derecho al honor un aspecto subjetivo inmanente e interno de íntima convicción que, estima de la persona hacía sí misma, sentimiento de la propia dignidad; y otro objetivo o trascendente, externo o de valoración social que, supone la estima de los demás hacia esa persona, reconocimiento que hacen los demás de nuestra propia dignidad[10]. Un reflejo de esta distinción la podemos encontrar en el ya citado art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 –redactado por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995- que considera intromisión ilegítima "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de las acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama (aspecto objetivo) o atentando contra su propia estimación (aspecto subjetivo)". Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional pone el acento más en el aspecto

2008 (AC 2008, 1034); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, de 31 de marzo de 2009 (JUR 2009, 247469).

[9] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 185; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 91, aceptando la definición de De Cupis, considera el derecho al honor, como "la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona". Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2010 (RJ 2010, 2381); y, de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5148); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 18 de noviembre de 1998 (AC 1998, 8906); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 8 de junio de 2001 (JUR 2001, 227930); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 22 de enero de 2002 (JUR 2002, 111125); de la Audiencia Provincial de Ávila, 10 de junio de 2002 (JUR 2002, 228827); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 24 de noviembre de 2004 (AC 2005, 48); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 2 de marzo de 2005 (AC 2005, 312).

[10] DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 340, señalan que "el derecho al honor comprende, desde luego, el buen nombre y la fama o el prestigio, que es el honor entendido como trato recibido de los demás; pero comprende también un aspecto íntimo o personal consistente en la propia estimación por la persona de su propia dignidad; se le puede proteger contra ataques o vejaciones, que, aunque sin poner en absoluto en peligro la fama o el buen nombre, signifiquen menosprecio". Vid., asimismo, LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 91; y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782); y, de 14 de junio de 2010 (RJ 2010, 5388); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de octubre de 1998 (AC 1998, 7821); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 25 de mayo de 1999 (AC 1999, 75998); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3ª, de 5 de abril de 2006 (JUR 2006, 263294); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008, 1137).

objetivo –estima de los demás-, como el más propio de este derecho. Así la sentencia de este Tribunal de 14 de diciembre de 1992[11] señala que "el denominador común de todos los ataques o intromisiones (…) en el ámbito de protección de este derecho, es el desmerecimiento de la consideración ajena (…) como consecuencia de las expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas". En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del Pleno, de 16 de enero de 2009[12] señala que "el honor, definido doctrinalmente, en su ámbito objetivo, como es la estimación por la persona en y por la sociedad, es considerado en nuestro ordenamiento un concepto jurídico cuya precisión dependen en cada caso de las normas, valores e ideas sociales vigente en el momento de que se trate" y, continúa "esa formulación, sin embargo, no impide entender que, con su reconocimiento normativo, se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, por ir en su descredito o menosprecio". Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2016[13] de nuevo en esta línea del doble aspecto del derecho al honor señala que "de los varios conceptos que se han dado del honor, uno de los que más ha insistido la jurisprudencia proviene de la doctrina italiana: dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; concepto del que derivan los elementos de inmanencia o carácter interno y trascendencia o carácter externo, lo que coincide a modo de tipicidad, en lo previsto en el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo".

Ahora bien, el derecho al honor no es un derecho absoluto, en cuanto que puede ser limitado por los derechos a informar y expresarse libremente y viceversa, siendo necesario una ponderación en cada caso para determinar la prevalencia de uno u otro[14]. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una

[11] RTC 1992, 223. Vid., también la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001, 49).

[12] RJ 2009/419.

[13] Id Cendoj: 28079110016100176.

[14] La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1 de Mocada, de 30 de diciembre de 2015 (juicio ordinario 896, 13) ha condenado a un médico a reparar en su estado de Whatsapp el honor de su antiguo socio, después de que hubiera mantenido en este espacio la frase "No te fíes de Javier G." –nombre ficticio- desde el 23 de mayo hasta el 17 de septiembre de 2013. Se condena al acusado a indemnizar con 2.000 euros por daños morales al perjudicado, al entender que alojó durante meses en un espacio de "acceso público" una "mera descalificación, que afectó negativamente a la reputación del afectado, la cual es esencialmente importante en el espacio de su profesión médica y en el ámbito de la industria de servicios de sanidad"; y también se le condena a difundir durante dos meses en el estado de la cuenta que tiene en esta aplicación la expresión: "Mediante sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 J.M. fue condenado por intromisión ilegítima en el honor de Javier G.". se entiende en esta resolución que, prevaleció una intención de "desprestigio personal" al afectado cuando publicó que no era digno de confianza. El estado de una cuenta de Whatsapp no es el lugar apropiado para incorporar una frase de este tipo, ya que es un espacio previsto en la aplicación para incorporar información del titular de la cuenta. Asimismo, se considera probado que los hechos se produjeron en un contexto de "desavenencias personales y

colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado con el fin de elaborar una regla que permite, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella[15].

empresariales" entre los litigantes, que acabaron en diversas acciones judiciales entre ellos. Al respecto, la sentencia invoca la doctrina del Tribunal Constitucional para recordar que el honor "no tiene un carácter absoluto" al estar limitado por las libertades de información y expresión, lo cual "comprende la crítica de la conducta de otro, aunque puede molestar, inquietar o disgustar contra quien se dirige". En este sentido, no se trata de un periodista que informa u opina sobre cuestiones de interés general, ni tampoco nos encontramos ante una controversia de relevancia colectiva, a lo que debe añadirse que las actividades profesionales del actor no son de interés público. Por otro lado, tampoco podemos considerar que la expresión "No te fíes de F.S.O.", vertida en un espacio público, consista en una información (que podría quedar justificada por el derecho a la información), ni tampoco en una crítica (que podría estar amparada por la libertad de expresión). Además, argumenta la resolución que, en el ámbito que afecta a personas en contextos que no tienen relevancia pública, prevalece la libertad de información sobre el derecho al honor cuando lo que se cuenta es veraz y la difusión resulta proporcionada. De todas formas, el juez no accede a la petición del demandante de ser indemnizado con 10.000 euros porque la frase no incluyó un contenido "ofensivo de especial gravedad" y únicamente pudieron leerla quienes disponían del número de teléfono móvil del condenado, teniendo en cuenta que podía haber entre ellos contractos comunes de ambos profesionales. Esta sentencia ha adquirido firmeza en el mes de abril de 2016 al no recurrir ninguna de las partes.

[15] Las directrices fijadas por el Tribunal Constitucional para resolver en casos de conflicto son, en síntesis, tal y como lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 5 de junio de 1996 (RJ 1006, 4819), las siguientes: "1º. Para establece la delimitación de tales derechos es preciso examinar caso por caso, sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2º. Para hacer la valoración debe tenerse en cuenta la posición preferente, no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad contenidos en el artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública, libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés público, pues, solo entonces puede "exigirse a aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soportan en aras precisamente del conocimiento general y difusión de los hechos y situaciones que interesen a la comunidad"; 3º. Lo único que puede justificar que deba un sujeto soportar las molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, es la información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SSTS de 23 de marzo y 26 de junio de 1987 (RJ 1987, 1716) y (RJ 1987, 4824); SSTC de 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 171); y, de 4 de octubre de 1993 (RTC 1993, 286)". Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2730); de 31 de julio de 2002 (RJ 2002, 8552); de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7521); de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 4); de 5 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1365); de 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 4455); de 8 de enero de 2013 (RJ 2014, 874); de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4412); de 26 de febrero de 2015 (RJ 2015, 955); de 30 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2355); de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4274); de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2248); y, de 16 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100176) dispone que: "El derecho al honor, cuando el concepto de honor trasciende al derecho, no es un derecho absoluto sino que debe ponderarse con la libertad de expresión y el derecho a la información veraz que proclaman, uno y otro, el artículo 20 de la Constitución Española. Ponderación que implica que para que ésta prevalezca y no se produzca la intromisión en el derecho al honor, concurran los presupuestos de veracidad e interés público, que se atenúan (no desaparecen) cuando el afectado es un personaje de proyección pública y, de este modo, se pueda atender a la opinión pública y al interés social. Asimismo, vid., la

En este contexto, en relación con la libertad de información hay que, señalar que, además del interés público de la información de la persona pública o no, hay que referirse a la veracidad de la información que, no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud, cuanto a negar la garantía o protección constitucional a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable[16]. En todo caso, el concepto de veracidad no coincide con el de verdad o total exactitud de lo publicado, sino que requiere un deber de diligencia del informador a quien se puede y debe exigir que, lo que se transmite como hechos, hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos[17]. Ahora bien, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2014[18] la veracidad de la información se matiza en los supuestos de reportaje neutral. La doctrina del reportaje neutral encuentra su base en la doctrina jurisprudencial norteamericana de *neutral report doctrine* –iniciada en el caso New York Times contra Sullivan- que parte de la base de estimar que si un artículo periodístico recoge unos datos u opiniones sin expresar o hacer valoración alguna, el derecho a la información no puede verse limitada con base en una supuesta infracción al honor. Y así se proclama en las sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1986 y de 8 de julio de 1986 casos Handyside vs. Reino Unido y Lingns v. Austria respectivamente. El Tribunal Constitucional en su sentencia número 53/2006, de 27 de febrero –Fundamento Jurídico 8º que, por su parte, remite a las sentencias de este mismo Tribunal 54/2004, FJ 7º y 76/2002, FJ4º- ha declarado que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: 1. El objeto de la noticia ha de hallarse

sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 11 de marzo de 2015 (AC 2015, 450).

En cualquier caso, es doctrina comúnmente admitida que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 de la Constitución Española a la libertad de expresión están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC de 8 de junio de 1988 (RTC 1988, 107); de 12 de enero de 1998 (RTC 1998, 1); de 14 de septiembre de 1999 (RTC 1999, 154); y, 25 de octubre de 1999 (RTC 1999, 192), por cuanto en definitiva el derecho a la libertad de expresión debe ejercitarse sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (SSTS de 5 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7526); de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9603); de 14 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2178); y, de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 210)).

[16] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2015 (RJ 2015, 2559); y, de 5 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2041)

[17] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100176) señala al respecto que: "(…desde siempre no se ha exigido una absoluta y total veracidad. Basta con el canon de la veracidad esencial de la información, sin alcanzar a detalles o elementos accesorios, lo que ratifica la sentencia de 30 de julio de 2014 que dice: "la regla constitucional de la veracidad de la información no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en la información….".

[18] RJ 2014/5296. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1820); y de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 2663).

constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismos, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, FJ 4º y 52/1996, FJ 5º). De modo que, se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quien hizo tales declaraciones (STC 1990/1996, FJ 4º b)); 2. El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia –STC 41/1994, FJ 4º). De modo que, si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio FJ 5º). En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: en estos casos, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad[19]. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2009 ha señalado, además, que, "el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo trascrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un "reportaje neutral" se pudiera difundir –reproduciéndola- una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental"[20].

[19] RTC 2006, 53.

[20] RJ 2009, 1501. En esta línea, vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 2663).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100171) señala, al respecto, que: (…) La resolución impugnada ha realizado el juicio de ponderación que se impone cuando se cuestiona si la libertad de expresión y de información compromete el derecho al honor protegido por el artículo 18.1 de la Constitución Española, y lo ha hecho de forma correcta. En primer lugar, la base fáctica establecida en la sentencia se centra en las expresiones vertidas acerca del actor en el programa de investigación emitido por la cadena de televisión propiedad de la demandada, que fue grabado mediante la técnica de la cámara oculta, en el ámbito de los denominados programas de investigación, y que se concreta en las siguientes: "cacique, trapicheo, sheriff, deshonestidad"; expresiones que son consecuencia de lo manifestado por el mismo, en la conversación mantenida con él, en la que se califica de "el jefe" y "el que manda" con independencia de quien sea el Alcalde. Resulta evidente que la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso que no desde la literalidad de las palabras ni en relación con el contenido propio de estas y de las demás expresiones alegadas ninguna puede calificarse de insultante, vejatoria, o injuriosa en sí misma, con relación a las ideas expuestas a partir de la propia definición personal del interesado, como señala el Ministerio Fiscal en su informe. En segundo lugar, lo narrado en el reportaje, en aquellos otros aspectos en que pudieran ser atentatorios al derecho al honor del demandante, no son rumores carentes de todas constatación o meras invenciones o insinuaciones sin una comprobación previa de su realidad, sino fruto de una información contratada y diligente, como es el caso del supuesto tráfico de animales exóticos, que el actor vende o vendía, aunque niegue el calificativo de exóticos (canarios); de la tarjeta para el repostaje de determinados coches, aunque se tratar de hechos ocurridos hace tres años y que fueron objeto de sanción administrativa; de la ropa falsificada, en el

Respecto a la libertad de expresión, esto es, a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro modo de reproducción tienen como límite el insulto, las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y desconectadas del mensaje privado o político que se quiere transmitir e innecesarias para transmitirlo; si bien, es posible la sana crítica máxime cuando se trata de una persona pública[21].

En cuanto al derecho a la intimidad aparece como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, y derivado de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución Española, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[22]. Tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida. Es como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS "el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y de los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho a impedir la divulgación, los hechos, vicisitudes que pertenezcan a ella"[23]. O'CALLAGHAN lo define, siguiendo a ALBALADEJO como "el poder concedido a la persona siguiendo sobre el conjunto de actividades que forman su círculo más íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado"[24]. En

que el sr. Amador se había identificado como Jefe de Policía ofreciéndose a facilitar dicha ropa y la persona que lo vende. Y de ventas de puntos del carnet de conducir, que no niega ("de causa antigua" y sin "ninguna relación con su actividad profesional")". En este contexto, añade que "la ponderación efectuada es absolutamente correcta pues, aunque el reportaje afectara a la reputación del demandante, su contenido no era impertinente ni innecesario para la exposición de una crítica plenamente tolerable frente a quien, como encargado de aplicar la ley, estaba obligado a un comportamiento social y éticamente fuera de toda duda o sospecha, con independencia de la mayor o menor gravedad de la infracción denunciada y que, además, resultó socialmente útil vista la reacción inmediata del Ayuntamiento de Valdemorillo y la consiguiente pérdida de la jefatura de la policía local".

[21] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2014 (RJ 2014, 799); de 15 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4672); de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5149); de 26 de febrero de 2015 (RJ 2015, 955); de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4274); y, de 5 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4790).

[22] RTC 1988, 231. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991, 197); y de 10 de mayo de 2000 (RTC 2000/115). En esta línea, GARCÍA GARNICA, Mª del C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, p. 177.

[23] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 341.

[24] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 186. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5580) define el derecho a la

todo caso, este derecho sugiere, en principio, el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia, y de la que puede prohibir el acceso a otros. Para el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"[25]. Esta descripción contempla el aspecto negativo y más tradicional del derecho a la intimidad, consistente en la facultad de excluir cuanto atañe a la propia persona de la acción y conocimientos ajenos. Junto a él se habla más modernamente de un aspecto positivo, que consiste en "el control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona"[26]. La presencia de este aspecto positivo es, precisamente, la que permite a su titular una cierta capacidad de disposición en relación con su intimidad[27].

En este contexto, conviene precisar que, tanto la Ley Orgánica 1/1982, como el art. 18 de la Constitución Española se refieren no sólo a la intimidad personal, sino también a la familiar por la especial proximidad que, media entre los componentes del grupo familiar[28].

intimidad como "la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado". En esta línea, vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6968); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008, 1137) que lo configura como "derecho a la privacidad de un conjunto de actividades que vienen así a configurar o delimitar un ámbito estrictamente personal, y que debe quedar vedado a la publicidad y divulgación al carecer de interés el mismo respecto de terceros".

[25] La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988, 231). En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 268).

[26] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 92.

[27] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", *op. cit.,* p. 563.

[28] A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988, 231) ha señalado también que "el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y persona, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es el familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución Española protegen (…). No cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno- a la intimidad constitucionalmente protegido". Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991, 197) ha establecido que lo que afecta a la intimidad personal de los hijos, afecta a la intimidad familiar de los padres.

Ahora bien, como sucede con el derecho al honor, este derecho se debe poner en relación con otros derechos con los que puede tener cierta tensión, al igual que el derecho al honor y la propia imagen, como son los consagrados en el art. 20 de la Constitución Española como la libertad de expresión y derecho a la información; de ahí que, la limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, tal como hemos manifestado en líneas precedentes[29].

Sobre tales bases, cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 171/1990, de 12 de noviembre[30]; núm. 20/1992, de 14 de febrero[31]; y núm. 121/2002, de 20 de mayo[32]). La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1982, de 15 de octubre[33] ha resaltado el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20, al manifestar que, "el legislador puede fijar restricciones... dentro de la cual se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia".

En este mismo sentido, declara el citado Tribunal Constitucional que, el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, viene a erigirse en "límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz" (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, de 24 de mayo; y, núm. 127/2003, de 30 de junio)[34].

El principio del interés del menor como límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz

[29] Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del Pleno, de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8268); de 16 de enero de 2009 (RJ 2009, 419); de 15 de enero de 2009 (RJ 2009, 1354); de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 3652); de 8 de enero de 2013 (RJ 2014, 874); de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 993); de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4412); y, de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5045).
[30] RTC 1990, 171.
[31] RTC 1992, 20.
[32] RTC 2002, 121.
[33] RTC 1982, 62.
[34] RTC 1999, 134; y RTC 2003, 127.

es asumido por el Tribunal Supremo "incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral" (sentencia del Tribunal Supremo núm. 704/2004, de 30 de junio)[35]. En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés más: el superior interés del menor, que además y conforme al art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 –modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio- debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En este sentido, se han considerado antijurídicas informaciones que, aun referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo[36].

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público, aunque afecte a un menor, siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses, siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato[37]. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que, se utilicen medios técnicos que, distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que, en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.

Siguiendo estas pautas se ha considerado ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas identificándolos sólo por las iniciales[38].

Relacionado con el derecho a la intimidad, está la protección de datos personales y su relación con el derecho al olvido. El 13 de mayo de 2014 se publicó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) –asunto C-131/12-[39], dando respuesta en sentido distinto a las conclusiones previas por el Abogado General, a una serie de cuestiones prejudiciales remitidas por la Audiencia Nacional

[35] RJ 2004, 4286.

[36] La sentencia del Tribunal Supremo núm. 631/2004, de 28 de junio (RJ 2004, 4279); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, núm. 96/2003, de 13 de febrero (JUR 2003, 186572).

[37] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2014 (RJ 2014, 3553) se identifica por el nombre y el primer apellido a uno de sus hijos, al que se muestra en la pantalla como un menor y se le atribuyen de manera innecesaria conductas que objetivamente son denigratorias e intromisivas de la intimidad del menor.

[38] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona sec. 16ª, de 1 junio 1999 (AC 1999, 1506); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 6ª, núm. 99/2004, de 23 de febrero (JUR 2004, 105596); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 13ª, núm. 83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004, 1165).

española en un contencioso que enfrentó a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) y a Google Inc., y su filial española en torno al controvertido "derecho al olvido" en Internet. Si bien, han sido muchos los casos de "derecho al olvido" a los que se había enfrentado la AEPD frente a Google y otros buscadores, así como frente a las webs de origen. Las cuestiones prejudiciales se prepararon en el marco de un recurso que tiene unas características singulares, por cuanto la información de origen versaba sobre un embargo de 1998 que se publicó en un periódico español por obligación legal (y no en el ejercicio de la libertad de expresión). Google Inc. (responsable del motor de búsqueda) y su filial española, solicitaron la nulidad de una resolución de la AEPD que les requirió de la desindexación (esto es, que no apareciere como resultado de una búsqueda) de esta información y ello aun cuando se había desestimado previamente la reclamación del afectado contra el periódico para que eliminará de su web esa información. En esta resolución se reconoce el "derecho al olvido" como expresión concreta en Internet del derecho de cancelación y del derecho de oposición reconocidos por la Directiva 95/46/CE. En cualquier caso, contamos con criterios de ponderación de la libertad de expresión y de información respecto de los derechos a la intimidad (no tanto del derecho de protección de datos) en el mundo *off line* y también en Internet, tanto respecto de personajes públicos como de personas anónimas. De ahí que, la resolución en esa exigencia de ponderación concreta que, el derecho a la protección de datos prevalecerá con carácter general sobre el interés económico del buscador o cualquier tercero, salvo que la información sea de interés o relevancia pública que permita justificar su difusión. Ahora bien, eliminar los datos de un buscador –que se busque por su nombre y apellidos- no supone la eliminación de los documentos, archivos o hemerotecas digitales de donde proviene la información, que se mantendrán inalterados salvo que se solicite expresamente a ellos la retirada de los contenidos. Tradicionalmente, las solicitudes para eliminar de información personal han sido dirigidas a los editores de la información, que podrán estimar o no las reclamaciones. Esta sentencia articula la posibilidad de hacerlo también frente al motor de búsqueda que son los responsables de la difusión y accesibilidad de la información publicada por los diferentes portales. Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de 5 de abril de 2016[40] desestima la alegación de Google

[39] TJCE 2014, 85.

[40] RJ 2016, 1006. Resuelve el tratamiento en el año 2010 de los datos personales del demandante con relación al indulto que le fue concedido en 1999 por un delito cometido en 1981, en un motor de búsqueda en Internet como es Google, una vez que el afectado requirió la cancelación de dicho tratamiento, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad del tratamiento de los datos, a causa del plazo transcurrido desde que sucedieron los hechos. Se reconoce legitimación pasiva a la filial española de Google Inc., esto es, Google Spain.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417) señala con respecto al tratamiento de datos que realiza el editor de una página web que, el derecho al olvido digital no supone una censura retrospectiva de las informaciones publicadas correctamente en su día, ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple

consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras claves sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona. Esto provoca un daño desproporcionado a personas sin relevancia pública que carece de interés histórico que, no resulta amparado por el ejercicio de la libertad de información que, supone la hemeroteca digital del medio de comunicación demandado. La consecuencia de tal vulneración es que, si bien no cabe modificar la información tal y como aparece en la hemeroteca y excluir el tratamiento de datos en el buscador interno de la web de dicho medio, sí procede la adopción de medidas tecnológicas para que la página web no pueda ser indexada por los proveedores de servicios de Internet.

Con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 29 de diciembre de 2014 (RJCA 2014, 1065) se refiere a una resolución sancionadora a motor de búsqueda (Google) por tratamiento de datos sin consentimiento de titular y el ejercicio del derecho de oposición por parte de éste.

En el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo aprobado el 14 de abril de 2016 se refiere al derecho al olvido y a la rectificación o supresión de los datos personales en el artículo 17, y sobre todo cuando se han proporcionado siendo niño. Así dispone que: "1. El interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; b) El interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 apartado 1 letra a) o ha expirado el plazo de conservación autorizado, y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos; c) El interesado se opone al tratamiento de los datos personales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19; y, d) El tratamiento de datos no es conforme con el presente Reglamento por otros motivos (…) 3. El responsable del tratamiento procederá a la supresión sin demora, salvo en la medida en que la conservación de los datos personales sea necesaria: a) Para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80; b) Por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81; c) Con fines de investigación histórica, estadística y científica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83; d) Para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; las legislaciones de los Estados miembros deberán perseguir un objetivo de interés público, respetar la esencia del derecho a la protección de datos personales y ser proporcionales a la finalidad legítima perseguida; e) En los casos contemplado en el apartado 4. 4. En lugar de proceder a la supresión, el responsable del tratamiento limitará el tratamiento de datos personales cuando: a) El interesado impugne su exactitud durante el plazo que permita al responsable del tratamiento verificar la exactitud de los datos; b) El responsable del tratamiento ya no necesite los datos personales para la realización de su misión, pero estos deban conservarse a efectos probatorios; c) El tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a su supresión y solicite en su lugar la limitación de su uso; d) El interesado solicite la transmisión de datos personales a otro sistema de tratamiento automatizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 apartado 2".

De forma que, se considera que toda persona tiene derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y "derecho al olvido", cuando la conservación de tales datos no se ajuste a lo dispuesto en el Reglamento. En particular, a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento; que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el Reglamento. Este derecho es particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el

Spain de considerar a la sociedad matriz Google Inc., única responsable del tratamiento de los datos y considera que la filial española puede ser demandada en un proceso civil de protección de los derechos fundamentales, pues, tiene a estos efectos, la consideración de responsable en España del tratamiento de datos realizado por el buscador Google. Para ello, parte de la finalidad de la Directiva europea de protección de datos de garantizar una tutela eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y aplica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como máximo intérprete del Derecho de la Unión. Recuerda que, la sentencia del Tribunal de Justicia citada de 13 de mayo de 2014 consideró que Google Spain podría ser considerada como responsable del tratamiento de datos, entendido este concepto en sentido amplio por responder al objetico de protección eficaz y completa de los derechos fundamentales afectados. Asimismo, la Sala de este Alto Tribunal considera que, la solución contraria supondría en la práctica un serio obstáculo para la efectividad de los derechos fundamentales, pues, el afectado se vería obligado a litigar contra la sociedad matriz, Google Inc., sociedad de nacionalidad norteamericana con domicilio social en California, con los elevados gastos y dilaciones que ello trae consigo. Sobre el fondo del litigio, la Sala realiza una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información, consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google y el respeto a los derechos al honor y a la intimidad cuando la información versa sobre el indulto por un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado. En esta ponderación, considera que hay un interés público en que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno, la identidad de los afectados y los delitos que han cometido. Este interés público justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet. Pero una vez trascurrido un plazo razonable, el tratamiento de los datos consistente en que cada vez que se realiza una consulta en un motor de búsqueda generalista, utilizando el

tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en Internet. Sin embargo, la posterior conservación de los datos debe autorizarse cuando sea necesario para fines de investigación histórica, estadística y científica, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando la legislación lo exija, o en caso de que existan motivos para restringir el tratamiento de los datos en vez de proceder a su supresión. Además, con el fin de reforzar el "derecho al olvido" en el entorno en línea, el derecho de supresión también debe ampliarse de tal forma que los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos los datos personales deben estar obligados a informar a los terceros que estén tratando tales datos de que un interesado les solicita que supriman todo enlace a tales datos personales o las copias o réplicas de los mismos. Para garantizar esta información, el responsable del tratamiento debe tomar todas las medidas razonables, incluidas las de carácter técnico, en relación con los datos cuya publicación sea de su competencia. En relación con la publicación de datos personales por un tercero, el responsable del tratamiento debe ser considerado responsable de la publicación, en caso de que haya autorizado dicha publicación por parte de dicho tercero.

nombre y apellidos de una persona, aparezca entre los primeros resultados el enlace a la página web donde se publica el indulto, deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento. El daño provocado a los derechos al honor y a la intimidad del afectado resulta desproporcionado en relación al interés público que ampara el tratamiento de esos datos, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico, por la afectación que sobre la vida privada tiene la interconexión de la información que realizan los motores de búsqueda y por el efecto multiplicador de la injerencia propio de la ubicuidad de los contenidos en la red[41].

Por otra parte, en su configuración autónoma respecto de los derechos al honor y la intimidad[42], el derecho a la propia imagen para O'CALLAGHAN es "la representación gráfica de la figura humana visible y recognoscible"[43]; mientras que, para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consiste, en última esencial "en el poder de

[41] Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016, 60545) consideró legitimado a Google Inc., y no a Google Spain. Al respecto, señala que "…. En este caso, en relación con una actividad sujeta a una amplia regulación normativa específica, como es el tratamiento de datos personales, el procedimiento administrativo tiene por objeto la tutela de derechos del interesado, titular de los datos personales tratados, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control –sujeta en su actuación, según dispone el artículo 35 de la LOPD, a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-, demandando el cumplimiento de las obligaciones que al respecto se imponen al responsable del tratamiento, que, como se ha expuesto ampliamente en el sexto fundamento de derecho, aparece como obligado y en consecuencia, legitimado pasivamente, responsable que como también se ha explicado a lo largo de esta sentencia es Google Inc., y no Google Spain, a pesar de lo cual, la AEPD en la resolución impugnada, estimando la reclamación del interesado, concluye declarando que la actuación de Google Spain, S.L., no resulta acorde a la normativa aplicable y que debió proceder a la exclusión de las informaciones relativas a la recurrente e impedir su captación por el buscador, efectuando así un procedimiento respecto de una entidad que carece de legitimación pasiva en el procedimiento y frente a la cual no tenía habilitación legal para ejercitar las facultades de control ni, en consecuencia, seguir procedimiento eficaz al respecto, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada. La apreciación de este vicio de la resolución impugnada no puede eludirse por la simple referencia a la condición de Google Spain, S.L, de representante de la compañía estadounidense, pues, en primer lugar, no se acredita en forma alguna la realidad de la misma, ni con carácter general ni específica para este procedimiento, habiéndose negado tal condición por la recurrente, y, en segundo lugar, y fundamental, la intervención de un representante no altera la titularidad del derecho o condición de obligado, ni traslada la responsabilidad del representado al representante. De manera que, aun en el supuesto de actuación por representante, que no es el caso, subsiste la condición de responsable del tratamiento y su legitimación pasiva, por lo que el procedimiento y la declaración del obligado al cumplimiento y realización del derecho a la tutela que, se demanda por el reclamante ha de dirigirse frente al responsable del tratamiento controvertido en este caso es Google Inc. Por todo ello procede estimar el recuro contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Google Spain, S.L, contra a resolución de 13 de diciembre de 2011 dictada por el Director de la AEPD que, se declara nula de pleno derecho por ser contraria al ordenamiento jurídico en los términos que se contienen y razonan en esta sentencia".

[42] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4495).

[43] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 186.

decidir, consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin el consentimiento del interesado"[44]. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1987[45], seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988[46], de 9 de febrero de 1989[47], de 19 de octubre de 1992[48], y de 3 de octubre de 1996[49] define la imagen "como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla a efectos de protección civil por la Ley Orgánica 1/1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en sentido jurídico, es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad". En esta línea, se configura en el seno de la doctrina del Tribunal Constitucional como "un derecho de la personalidad que, como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propi y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. Es por ello que, atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos, que le hagan reconocible y que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero no autorizado" (sentencias del Tribunal Constitucional, Sala Segunda 117/1994, de 25 de abril; y, 158/2009, de 29 de junio)[50].

En este contexto, el derecho a la imagen, como derecho a reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtenerla, reproducirla y publicarla, tiene un contenido positivo de disponibilidad de la propia imagen; de forma que, otorga al propio sujeto la facultad de decidir acerca de la reproducción y divulgación de su imagen, lo que incluye la posibilidad de comerciar con ella; y un contenido negativo de la exclusión de los demás, consistente en la facultad de

[44] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 341.
[45] RJ 1987, 2703.
[46] RJ 1988, 2480; y RJ 1988, 4049.
[47] RJ 1989, 822.
[48] RJ 1992, 8079.
[49] RJ 1996, 7012. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1998 (RJ 1998, 358); de 18 de julio de 1998 (RJ 1998, 6278); de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999, 72370); de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2673); de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5115); de 13 de julio de 2004 (RJ 2004, 5563); de 13 de julio de 2006 (RJ 2006, 4969); sección 1ª, de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5572); sección 1ª, de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7702); sección 1ª, de 28 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 1352); sección 1ª, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 3169); y, sección 1ª, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3699). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008, 1137); y, de la misma Audiencia Provincial, sección 21ª, de 25 de noviembre de 2008 (AC 2009, 113).
[50] RTC 1994, 117; y, RTC 2009, 158.

impedir que terceras personas obtengan, reproduzcan, o divulguen la imagen de una persona sin su consentimiento[51].

Si bien, sobre todo atendiendo a su aspecto negativo, conceptualmente, el derecho a la propia imagen se encuentra muy próximo al derecho a la intimidad, hasta el punto de que ha sido considerado parte del mismo, y que el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1994, ha afirmado que, la imagen de una persona "constituye el primer elemento configurador de su intimidad y la de su esfera personal"[52]. Sin embargo, no cabe duda que tanto en la Constitución Española como en la Ley Orgánica 1/1982 han optado por configurarlo legalmente como un derecho autónomo. De nuevo, el Tribunal Constitucional ha reconocido también que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, aunque esté estrechamente relacionado con los derechos al honor y la intimidad (sentencias de 26 de marzo y 18 de junio de 2001)[53].

Por su parte, este derecho, como cualquier otro, no puede considerarse que sea absoluto, hallándose delimitado su contenido por el de los demás derechos y bienes constitucionales[54], y la exigencia en la forma ya analizada de un juicio de ponderación en caso de colisión con otros derechos. Así, en determinadas ocasiones puede admitirse la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen, que llegue a ser calificado de prevalente a fin de evitar que, tales actuaciones puedan ser invocadas por el sujeto afectado[55].

Ahora bien, cuando estamos ante la imagen de un menor, se refuerza la actuación de los poderes públicos, pues, se impone un especial rigor en la tutela de estos derechos. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de julio de 2006 señala que "el derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora"[56]; y, cuando la intromisión tiene lugar a través de un medio de comunicación y afecta a un menor, no se legitima la utilización de la

[51] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", *op. cit.,* p. 564. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2596); y, sección 1ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4628).

[52] RTC 1994, 99.

[53] RTC 2001, 81; y RTC 2001, 139. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2003 (RTC 2003, 14); y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7873); de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 6458); de 5 y 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5265 y RJ 2004, 6790); de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 830); sección 1ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4495); sección 1ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4628); sección 1ª, de 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 407); y, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6942).

[54] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5462); de 8 de enero de 2013 (RJ 2014, 874); y, de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 993).

[55] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección única, de 4 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8014).

[56] RJ 2006, 4969.

imagen de éste sin recabar los necesarios consentimientos, y mucho menos, del control y, la intervención de la autoridad judicial y, del Ministerio Fiscal en su caso, pues, como dispone la sentencia del citado Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2008, "el ordenamiento jurídico preserva con especial énfasis a los menores de las intromisiones señaladas en la Ley Orgánica 1/1982"[57]. En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 158/2009, de 29 de junio establece que en "la captación y difusión de fotografía de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (…) que, el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una especial protección, en aras de proteger el interés superior del menor". También se ha señalado que "ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que, pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación"[58]. En fin, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 8 de mayo de 2013[59] el derecho a la propia imagen "garantía un ámbito privativo de la propia personalidad ajena a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de un a imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer la identidad del menor".

En todo caso, hemos de recordar que, a través de la imagen, se dañan o pueden llegar a vulnerarse el honor, la fama, la reputación y la intimidad personal y familiar, que se multiplica de forma exponencial en internet por la multitud de usuarios que, pueden acceder a la red y utilizar dicha imagen.

III. LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y LEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.

La relación entre el progresivo avance de la denominada sociedad de la información y el desarrollo dogmático y jurisprudencial de estos derechos no ha hecho sino acentuarse hasta nuestros días. Al hilo de esta evolución, la ley cuando regula estos derechos no hace una enumeración de las facultades que lo integran, sino que se

[57] RJ 2008, 4614. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5276) se trata de un menor grabado sin el consentimiento paterno en un programa de televisión; de este mismo Alto Tribunal, de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5324), hay solo un ligero difuminado de sus ojos que permite perfectamente reconocer su rostro. Las imágenes comprenden escenas de carácter personal, como es la entrada y salida del centro escolar. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3ª, de 8 de junio de 2014 (AC 2014, 1827) no se ha difuminado la imagen del menor, ni se ha ocultado su rostro.
[58] RTC 2009, 158.
[59] RJ 2013, 4947.

limita a tipificar que intromisiones se consideran legítimas en los arts. 2.2 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, y las que se considera ilegítimas, en el art. 7[60].

Respecto a estas últimas, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, en el derecho al honor: 1. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (art. 7.3): con lo que se vulnera no sólo el derecho al honor, sino también a la intimidad personal y familiar; 2. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (número siete del art. 7)[61]; y, 3. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas (número ocho del art. 7). De forma que, no es elemento esencial para declarar la intromisión ilegítima del derecho al honor la divulgación, siendo suficiente la mera imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor, en los términos expresados.

Así, se pueden considerar intromisiones ilegítimas para el honor de la persona, el subir a internet imágenes de naturaleza vejatoria o humillante, que vulneren la dignidad de la persona, de conformidad con lo establecido en el art. 10 de la Constitución Española, fotomontajes, igualmente, ofensivos dirigidos a procurar su daño y descredito y, además que no sean veraces. En todo caso, las lesiones al derecho al honor de los menores resultan especialmente lesivas y perjudiciales cuando informaciones relativas a su persona que, afecten a su dignidad son publicadas en medios de comunicación como internet.

En relación a menores serían manifestaciones, mensajes, dibujos, consideraciones o expresiones divulgadas en redes sociales, foros, blogs, correos electrónicos, móviles, que hacen desmerecer al menor en la consideración ajena y provocan su menosprecio o descrédito frente a los demás; o que contengan insultos, comentarios vejatorios o injurias u opiniones innecesarias para el mensaje final que se quiere dar

[60] El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre y 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6015) y (RJ 1986, 6205), y, de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3881), entre otras ha venido entendiendo que los supuestos enumerados en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/1982 no constituye un *numerus clausus* al señalar que "…la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, protección que se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enumerados en el artículo 7 de la ley, que no constituye *numerus clausus*, a la manera de acaecimientos significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del principio general de *"alterum non laedere"*. Por otra parte, se manifestarán tratando la personalidad y correlativa o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el Juez, al efecto, las más relevantes…". Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 232154).

[61] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 21 de julio de 1998 (AC 1998, 1485).

a conocer. Por otra parte, está ineludiblemente conectado con otros derechos fundamentales como la intimidad y la propia imagen, las grabaciones de situaciones comprometidas del menor con la finalidad de denigrarle públicamente mediante la divulgación de imágenes en Youtube, Tuenty, Instagram o Facebook, deben considerarse intromisiones ilegítimas a su derecho al honor.

Con relación al derecho a la intimidad, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas que, afectan a tal derecho: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas (art. 7.1). 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (art. 7.2). 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (art. 7.3). 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (art. 7.4).

En cuanto al derecho a la propia imagen, constituyen intromisiones ilegítimas: 1. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos (número cinco del art. 7); y, 2. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (número seis del citado art. 7). Si bien, la protección de este derecho no impedirá "la información gráfica de un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria (art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982)[62].

Por su parte, como hemos señalado, la Ley Orgánica 1/1996 introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores de edad perpetradas por medios de comunicación. Así, en el apartado segundo del art. 4 se establece que, la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

[62] Respecto de la enumeración de los supuestos de excepción contenido en el art. 8.2, tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, en sentencias de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9510); de 25 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7069); y, 2 de julio de 2004 (RJ 2004, 5262), que sus apartados son meramente enumerativos y no pueden considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso.

Asimismo, el apartado tercero declara que, se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Y a continuación, dando una dimensión funcional privilegiada al Ministerio Fiscal, el apartado cuarto declara que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

La intensificación en los niveles de protección y su publificación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

Con ello, claramente se supera el sistema establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de manera que, en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor, como veremos, será irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses[63].

Si en estos casos el consentimiento proyectado se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el art. 3 Ley Orgánica 1/1982, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido. Por lo que, cuando el titular del derecho es un menor de edad o incapaz, el consentimiento "deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días, el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez" (art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982)[64]. Esta regla concuerda con lo previsto con carácter general

[63] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (RJ 2000, 6753); y, las sentencias y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 30 abril 2001 (AC 2002, 250); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003, 186572).

[64] El art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, señala que, el menor tiene derecho a ser oído u escuchado sin discriminación alguna por la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado, y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de sus edad y madurez. Por su parte, en su apartado 2 dispone que, la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

en el art. 162.1 del Código Civil en sede de patria potestad[65]. En cuanto a los incapacitados, será la sentencia de incapacitación la que determine los actos que puede realizar el propio incapacitado. Si la sentencia no dice nada, habrá que estar a la capacidad natural de entender y de querer. En todo caso, si hay duda acerca de las condiciones de madurez y, puesto que, estamos ante una medida pensada en beneficio de los menores e incapaces, lo razonable es comunicar previamente al Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.

En este contexto, el consentimiento puede prestarlo los representantes legales o el propio menor, si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982)[66]. Precisamente, el art. 162 del Código Civil –reformado por la Ley

[65] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2596).

[66] La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 4 de junio de 2015 (LA LEY 78714, 2015) respecto a la problemática de la publicación por el padre de fotografías del menor en la red social Facebook, la Sala pone de manifiesto dos ideas fundamentales, a saber: 1) Que el derecho a la propia imagen y la representación del aspecto físico que permita su identificación (art. 18.1 de la Constitución española), en su dimensión constitucional se configura como un derecho de la personalidad disponible por su titular si media autorización (arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal); y 2) Que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal, de forma que la disposición de la misma habrá de otorgarse con el consentimiento de su representante legal (arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre). Y, añade que, habida cuenta que la representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 del Código Civil), tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso –asevera la Sala-, por cuanto, aun encontrándose ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se acordó que ambos progenitores conservaran la patria potestad. Por ello, de pretender el padre la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de ponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 del Código Civil. Concluye, la Audiencia Provincial que, teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso, si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales". En consecuencia, en la cuestión que ocupa, procede acoger el recurso de apelación, en el sentido de que en el caso de que don Adrián pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización.
Por su parte, el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo aprobado el 14 de abril de 2016 se refiere en su art. 8 al tratamiento de los datos personales relativos a los niños y establece que: "1. A los efectos del presente Reglamento, en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información a los niños, el tratamiento de los datos personales relativos a los niños menores de 13 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para obtener un consentimiento verificable, teniendo en cuenta la tecnología disponible". Se exige el consentimiento de los padres o el tutor respecto del tratamiento de los datos de un menor de 13 años. De forma que, para el mayor de esa edad podrá consentir el tratamiento de los mismos. Si bien, el art. 4 punto 18 define al "niño" como toda persona menor de

26/2015, de 28 de julio- excluye de la representación legal paterna los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. Si bien, la exclusión de la representación legal de los padres en el ejercicio de los derechos de la personalidad no puede significar que, la actuación de los responsables parentales no tenga cabida y que la exclusión de su intervención sea absoluta, pues, estos derechos de la personalidad a través del interés superior del menor ha de ir íntimamente unido a los deberes propios de la patria potestad contenido en el art. 154 del Código Civil, más en concreto, el en deber de velar por los hijos. Así, cuando el menor carezca de capacidad y madurez suficiente, los responsables parentales actuarán dentro de su deber de vela y cuidado. En aquellos casos en que los menores cuenten con capacidad y madurez suficiente para ejercitar estos derechos, los progenitores actuarán como meros asistentes, esto es, como vigilantes en su deber de cuidado y protección para evitar que la falta de experiencia en el menor pueda conllevar que éste actúe contra su propio interés[67]. Hay una necesaria conexión entre el interés superior del menor, el libre desarrollo de su personalidad y su dignidad como ser humano capaz y maduro en la adopción de aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que, puede ser ejercitados sin representación paterna alguna; todo ello sin obviar, los deberes de vela, cuidado o asistencia de los padres[68].

De todas formas, el consentimiento que, contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima ha de ser expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores de edad que esa expresión tenga forma escrita[69], pero además este previo consentimiento expreso y escrito que, por ser menor de edad, habrá de ser llevado a cabo por el representante legal del menor "no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación"[70]. El

18 años. De esta forma, asume la definición establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

Asimismo, se señala en este Reglamento que, los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos en relación con el tratamiento de sus datos personales.

[67] En esta línea, vid., BARTOLOMÉ TUTOR, A.: "El tratamiento de los derechos de la personalidad de los menores de edad tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 69, 2015, pp. 314-315.

[68] GARCÍA GARNICA, C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, *op. cit.*, p. 87, señala al respecto que, el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor es compatible con la previsión legal de requisitos adicionales (formales o de asistencia de terceras personas) que controlen bien la efectiva concurrencia de su capacidad natural en el caso concreto, bien la conveniencia del acto que se pretende celebrar para sus intereses.

[69] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003, 105156).

[70] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7058); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 30 de abril de 2003 (JUR 2004, 160714).

representante legal está obligado a poner previamente en conocimiento de Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982).

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, el consentimiento del menor o de sus representantes legales no será suficiente para excluir el carácter ilegítimo de la intromisión, cuando se trata de la utilización del nombre o imagen en los medios de comunicación, y puede implicar un menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a los intereses del menor. Sí parece que será bastante, en cambio, la autorización judicial, en caso de haberse opuesto el Ministerio Fiscal, cuando le fue comunicado el consentimiento proyectado.

Lo protegido aquí es no sólo los derechos al honor, la intimidad o la imagen, sino más ampliamente, los "intereses" del menor[71].

De todas formas, el apartado primero del mencionado artículo 4 después de señalar que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, precisa que, este derecho comprende también la inviolabilidad de domicilio familiar, y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. Un reconocimiento de derechos que resulta sorprendente, si tenemos en cuenta que ya la propia Constitución Española los protege y los reconoce dentro del Capítulo segundo, sección 1ª, del Título I y, por supuesto, no excluye de su ámbito de protección a los menores de edad.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO.

El art. 13.2 de la Ley 34/2002 dispone que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por el ejercicio de actividades de intermediación "se estará a lo establecido en los artículos siguientes", entre ellos el art. 16 que, en relación con los prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos –en las páginas alojadas en sus servidores o enlazadas por estos (art. 17)-, dispone que los mismos "…no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimiento de detección y retirada de contenido que los

[71] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", *op. cit.,* p. 571.

prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse". En una interpretación amplia del artículo 16 si el prestador tiene medios para identificar y localizar al autor de los contenidos atentatorios de derechos fundamentales, debe adoptar las medidas pertinentes al respecto y no esperar a que una resolución judicial declare la ilicitud del contenido, pues, es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones caracterizado por la facilidad y rapidez de la difusión de los datos, no resulta lógico remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental es tan notoria que, el prestador puede tener conocimiento razonable de la misma[72].

En este contexto, hay que señalar que, por la vía del art. 1903 del Código Civil, pueden ser responsables los padres respecto de los comportamientos daños de sus hijos menores[73], como la del centro docente durante el desarrollo de la actividad escolar como extraescolar[74]. Así están resultando ser una tendencia en alza hasta el punto que, las diferentes administraciones han tomado cartas en el asunto, como son las situaciones de acoso escolar –bullying- incluso a través de la red –ciberbullying- que causan malestar y sufrimiento a aquellos menores que son víctimas de los mismos habitualmente de mano de otros menores. Si bien, no es suficiente un incidente aislado, sino que para considerar una situación de acoso, se exigen varias actuaciones mantenidas a lo largo del tiempo, esto es, una persistencia

[72] En esta línea, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3380) viene a reiterar la doctrina que inició la sentencia de este mismo Tribunal de 9 de diciembre de 2009 (RC nº 914/2006 y sucesivas, sobre la interpretación de conocimiento efectivo sin necesidad de que "un órgano competente haya declarado la ilicitud" o que "se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución"; y, de 7 de enero de 2013 (RJ 2014, 773) se hace responsable al prestador –titular del dominio de la página derivada del alojamiento o almacenamiento de esos datos- por los comentarios de contenido injurioso y amenazante en la página web sobre el negocio de une empresa dedicada a la informática.

[73] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979, 919); y, de 17 de junio de 1980 (RJ 1980, 2409); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, de 30 de junio de 2010 (JUR 2010, 370378); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1ª, de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 191480) responsabilidad por semiriesgo con proyección cuasiobjetiva por la omisión de las necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 22 de julio de 2013 (AC 2013, 1559) responsabilidad de padres y tutores ante la existencia de acoso en internet de su hijo menor a otro menor; y de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 14 de marzo de 2014 (JUR 2014, 165222).

[74] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 18 de diciembre de 2008 (AC 2009, 124); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 11 de mayo de 2012 (AC 2012, 384) actitud omisiva del centro demandado; y, de la misma Audiencia, sección 8ª, de 16 de septiembre de 2014 (AC 2015, 1056). Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 18 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 13128) suspensión del derecho de asistencia al centro de un alumno menor por un periodo de 30 días lectivos por presunto acoso a un alumna también del centro escolar. Actos graves de injuria y ofensa reiterados a través de redes sociales.

en la agresión, todo ello presidido por la voluntad de causar un mal a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor[75].

Finalmente, hay que señalar que, si se produce una intromisión ilegítima en cualquiera de los derechos de la personalidad analizados, se puede condenar al autor de la misma a la reparación de los daños patrimoniales y daños morales. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2006[76] ha declarado que "atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad físicas, o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integren el llamado patrimonio moral…". Y añade que "sin embargo, en un contexto valorativo encaminado a la fijación del importa de la indemnización que procede establecer para compensar el daño, la dicotomía entre damos patrimoniales y morales tiene especial relevancia en un marco tipológico distinto, seguido por la jurisprudencia para huir del riesgo de la llamada falacia (o perjuicio) patrimonialista (según la cual no sería moral cualquier daño que afecte directa o indirectamente al patrimonio)". Desde esta nueva perspectiva, debe ser calificados como daños morales cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que "no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de a persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados quien no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (SSTS de 26 de junio de 1984; de 6 de julio de 1990; 23 de julio de 1990; 22 de mayo de 1995; de 19 de octubre de 1996; de 27 de enero de 1998; de 12 de julio de 1999; de 31 de mayo de 2001 y, de 23 de noviembre de 2004), incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual (tendencia que se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, seguida, entre otras, de las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 1997; de 18 de noviembre de 1998; y, de 12 de julio de 1999, y culmina con las sentencias de 31 de mayo de 2000 y de 28 de marzo de 2005) y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración"[77].

[75] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 15 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2140).

[76] RJ 2006, 6548.

[77] En esta línea, vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 22 de julio de 2013 (AC 2013, 1559).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100171) señala que: "(…) La doctrina s de esta Sala es reiterada –sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014 y las que se citan- en el sentido de que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de

De todas formas, se pueden tomar como criterios para la cuantificación de los daños morales en relación con expresiones vertidas en na red social, por el número de personas que acceden a la misma[78].

V. CONCLUSIONES FINALES.

No cabe duda de la importancia en la sociedad actual de Internet como fuente de información y de nuevas oportunidades, pero esta ventaja que puede representar este entorno digital, no impide, asimismo, que su uso no esté exento de riesgos potenciales, cuando aquel es inadecuado, ocasionando daños importante en el desarrollo moral, psicológico, físico de quienes son más vulnerables como los menores de edad, y que, precisamente, se utilicen como vehículo las redes sociales donde su enorme expansión y falta de control, favorece la comisión de delitos por los propios menores contra otros menores como ciberbullying, o incluso, por adultos contra los propios menores como la pederastia, grooming, sin olvidar las intromisiones ilegítimas al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de los menores en la red, cuya rápida difusión contrasta con la dificultades para luego borrar su rastro en tal entorno. Lo que, igualmente, resulta trasladable a los mayores de edad, que confiando en su capacidad de dominar la situación, -si bien acompañado de cierta dosis de inconsciencia-, ofrecen en las redes sociales informaciones especialmente sensibles que, pueden ser utilizada de forma torticera, e incluso delictiva por otras personas.

Ciertamente, los padres, o en su caso, los tutores como representantes legales han de proteger a sus hijos menores de edad o tutelados –también menores- frente a cualquier actuación que pueda perjudicar sus intereses o derechos, y, en consecuencia, siempre han de proceder pensando en el mejor interés del menor. En todo caso, no cabe hablar de intromisión ilegítima cuando el propio menor, si tiene suficiente condiciones de madurez, consiente, salvo que pueda implicar un menoscabo a su honra o reputación, o sea contraria a sus intereses, máxime cuando aquella ha tenido lugar en un medio de comunicación.

daños morales no tiene acceso a la casación, pues, corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del "quantum". Si puede ser objeto de recurso la base jurídica que da lugar al mismo, bases, como precisa la sentencia de 2 de septiembre de 2005, que son, fundamentalmente, las previstas en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que determina que para la valoración del daño moral haya de atenderse a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medios a través del que se haya producido".

[78] Vid., las sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, de 25 de junio de 2015 (AC 2015, 1428).

De todas formas, deben los propios proveedores de servicios de acceso a internet disponer de sistema de verificación y comprobación de contenidos ilícitos, y, proceder, cuando así conste, a retirar de forma inmediata y efectiva aquellos contenidos que, puedan ser atentatorios al honor, intimidad y propia imagen de menores; igualmente, deben comunicar a los representantes legales aquellas imágenes o contenidos que el propio menor u otros menores han colgado en la red y que, puedan afectar al honor, intimidad familiar y personal y a la propia imagen. En fin, deben proporcionar todos los datos e información que, resulte pertinentes con el fin de facilitar cualquier eventual acción judicial que, inicien los afectados.

Por otra parte, es necesario que, los poderes públicos también se impliquen de forma efectiva en la protección de los derechos de los menores, e, incluso, mayores de edad promoviendo campañas de información sobre las ventajas pero también de los peligros que se pueden derivar del uso inadecuado de la red, y, asimismo, con políticas de prevención y educativas.

En este contexto, no podemos dejar de mencionar el importante papel del legislador nacional, en el sentido que, debe intensificar la protección jurídica de los derechos fundamentales de los menores en entornos virtuales, modificando para ello, la legislación existente con el objeto de ofrecer una protección integral de los menores en los espacios virtuales, a la vez que, resulta necesario imponer una responsabilidad más rigurosa a los prestadores de servicios de la información, y, sobre todo a quienes utilizan la red para cometer delitos o abusos de menores, con el objeto de establecer un marco jurídico y técnico adecuado que no sólo potencie la confianza de todos los actores intervinientes, sino que garantice el respecto de sus derechos, especialmente, de los derechos de los menores de edad, dada su especial vulnerabilidad. Se podría haber aprovechado para ello la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues el propio legislador constata que, han trascurrido veinte años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y añadimos nosotros treinta y cuatro años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo- y se han producido importantes cambios sociales que, inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora en sus instrumentos de protección jurídica de éstos en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución Española. De todas formas, conviene recordar que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha reformado el art. 162 del Código Civil clarificando y concretando su ámbito de aplicación que, tendrá lugar entre otros supuestos, cuando el menor haga efectivo sus derechos de la personalidad en cuanto a la protección o divulgación de su imagen, su intimidad o datos a través de redes sociales, o cuando tenga que consentir un determinado tratamiento médico.

BIBLIOGRAFÍA

BARTOLOMÉ TUTOR, A.: "El tratamiento de los derechos de la personalidad de los menores de edad tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 69, 2015.

DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *vol. I*, Tecnos, duodécima edición, Madrid, 2012.

GARCÍA GARNICA, Mª del C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al:, Elementos de Derecho Civil*, *T. I Parte General, vol. 2 Personas,* Dykinson, sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", *Curso de Derecho Civil, vol. I Derecho Privado. Derecho de la persona, volumen coordinado por Pedro de Pablo Contreras*, 4ª ed., Colex, Madrid 2011.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.:

- *Compendio de Derecho Civil*, *T. I Parte General*, séptima edición corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid 2009.

- "Derecho al honor", *Actualidad Civil,* 1990-1.

ÍNDICE

LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL TRAS LAS REFORMAS DE 2015*

ADOPTION IN SPANISH LAW AFTER THE REFORMS OF 2015

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
Salvador.Carrion@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio de la adopción en el Derecho español después de las reformas de 2015, acompañado de la jurisprudencia más importante sobre la materia. Se destacan aspectos tales como la novedosa adopción abierta o el derecho del hijo adoptivo a conocer sus propios orígenes biológicos.

PALABRAS CLAVE: adopción, procedimiento de constitución, hijos menores, derecho del niño a conocer los propios orígenes.

ABSTRACT: The papers analyses the adoption in Spanish Law after the reforms of 2015, with the principal case law on the subject, focusing on different aspects that include the new open adoption, such as right of the child to know his or her origins.

KEY WORDS: adoption, system of establishing, minor children, right of the child to know his or her origins.

FECHA DE ENTREGA: 30/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

· 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).

SUMARIO: I. CONCEPTO.- II. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN.- 1. Situación de desamparo del menor.- 2. Regla general en nuestro sistema: adoptante individual, siquiera con previsión de adopción por más de una persona.- 3. Requisitos que han de concurrir en el/los adoptante/s. la edad.- 4. El adoptado.- III. PROHIBICIONES.- IV. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD.- V. EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN.- 1. Diversidad de elementos.- 2. El procedimiento judicial: A) Propuesta previa de la entidad pública e iniciación del expediente.- B) Intervenciones.- C) Tramitación.- D) Terminación.- E) Iniciación del expediente de adopción en virtud de solicitud privada.- VI. Efectos de la adopción.- 1. La subsistencia excepcional de los vínculos jurídicos con la familia de origen.- 2. Persistencia de los impedimentos matrimoniales.- 3. El derecho del hijo adoptivo a conocer sus orígenes biológicos.- VII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

I. CONCEPTO.

Desde una perspectiva jurídica, el término *adoptar* se presenta con doble sentido: a) como "expediente", "proceso", "procedimiento"; b) como "relación jurídica". Es fácil intuir que la segunda de las acepciones, de algún modo, deriva o se ofrece como consecuencia de la primera. La adopción, la relación jurídica de filiación, en el caso adoptiva, presupone para su existencia de ese "expediente", "proceso" o "procedimiento" aludido inmediatamente en precedencia.

Considerada desde la primera de las acepciones, la adopción es un conjunto de actos, legalmente regulados, mediante los cuales se constituye la filiación adoptiva. Situados en la segunda de las acepciones, considerada ya como "relación jurídica", la adopción es el conjunto de derechos y obligaciones, derivados de la situación de filiación que, como consecuencia de ese "expediente" o "proceso" de adopción aludido en precedencia, se establece entre una o dos personas (adoptante o adoptantes) y otra persona (adoptado).

Afirman algunos especialistas, con razón, que "adoptar" es sólo una palabra que antes quería decir *diferencia* y que ahora significa *igualdad*. Consecuente con esta importante premisa, el art. 108 del CC, en el apartado segundo, dispone:

"La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

La adopción es un acto judicial, por el cual se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien no lo es por naturaleza.

La noción expuesta bascula sobre dos presupuestos esenciales:

1º. El acto constitutivo de la adopción es la resolución judicial[1]. Como dice el art. 176 CC (retocado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia): "La adopción se *constituirá* por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad".

Es obvio, por evidente, que la ley sigue valorando, como requisitos esenciales, las declaraciones de voluntad de las partes directamente afectadas (la/s del adoptante/ es y, si es mayor de doce años, la del adoptando). Pero el centro de gravedad debe situarse en la decisión oficial. Y a la resolución judicial hay que conectar la producción de sus efectos (art. 176.4 CC, *a contrario*).

2º. El efecto de la adopción es "integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando pues un *estado familiar*, o, mejor, una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción, y por el cual se confiere a una persona un determinado estado civil de filiación. El título de atribución del estado civil de filiación no es sólo el hecho de la generación (filiación *por naturaleza*), sino que también puede venir constituido por un hecho independiente de la generación (el acto jurídico de adopción (art. 108 CC).

El vigente texto articulado del CC, fue incorporado al mismo por la Ley 21/1987, con ligeras modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; la Ley 13/2005; la Ley 54/2007, de adopción internacional, y, finalmente, la ya citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha reformado buena parte del articulado del CC dedicado a la adopción. Asimismo, y en lo que se refiere al expediente de adopción, a diferencia de la regulación anterior (que se contenía en los arts. 1825 y ss. de la LEC de 1881), en la actualidad, la regulación de tal expediente se contiene en los arts. 33 y ss. de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, en vigor desde los veinte días posteriores a su publicación en el BOE (3 julio 2015).

Para las adopciones internacionales habrá que tener en cuenta la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional,[2] así como el art. 9, apartado 5, CC, en la redacción que recibió por dicha Ley en los siguientes términos: "La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional". Procede, pues, remitir el tratamiento de esta materia a la disciplina de Derecho internacional privado, aunque sin omitir que el art. tercero de

[1] De interés, por cuanto se refiere a la muy distinta configuración del instituto de la adopción en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y en la legislación anterior, es la STS 17 julio 2008 (*Tol 1351250*), en particular, desde la óptica de sus requisitos de forma.

[2] El art. 1.2 de la Ley 54/2007 se refiere a la adopción internacional como "el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos". V. a este respecto ATS 11 septiembre 2012 (*Tol 3401219*).

la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, ha modificado numerosos preceptos de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

II. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN.

1. Situación de desamparo del menor.

El primer requisito para poder proceder a la adopción es la situación de desamparo en que se encuentra el menor. Se trata, pues, el desamparo de una circunstancia puramente fáctica, derivada del no ejercicio, o ejercicio incorrecto, de las funciones de guarda de los menores por parte de sus padres o tutores, lo cual produce como consecuencia que estos queden privados de la asistencia moral o material necesaria[3]. Obviamente, lo que se acaba de decir no es obstáculo en orden a admitir la posibilidad, corroborada por lo demás por la realidad, de supuestos en que los padres sí se ocupen de sus hijos, pero decidan entregarlos en adopción por otros motivos.

En situaciones de desamparo[4], las entidades públicas encargadas de la protección de los menores tienen, por ministerio de la ley, la tutela automática de aquellos, debiendo adoptar todas las medidas de protección necesarias, procediendo entonces a la constitución de un acogimiento, familiar o residencial, temporal o permanente, e incluso preadoptivo.

2. Regla general en nuestro sistema: adoptante individual, siquiera con previsión de adopción por más de una persona.

El art. 175.4 CC (en la redacción que al mismo viene dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece:

"Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal[5]. El matrimonio celebrado con posterioridad a

[3] De interés, siquiera con referencia a la normativa sobre adopción de 1958, la STS 27 marzo 2000 (*Tol 170949*), que se refiere al *abandono* como situación que "se caracteriza por la total y absoluta dejación que éstos (los padres) hacen de sus deberes elementales de cuidado, alimentación, educación y protección del hijo, dejándolo desamparado, con rompimiento de toda clase de lazos con el mismo, sin haberse cuidado de quien se encargará del cumplimiento de tan elementales deberes"

[4] Ciertamente son numerosas las decisiones jurisprudenciales que se ocupan de precisar qué haya de entenderse por "situación de desamparo".V. así, entre otras, STS 31 diciembre 2001 (Tol 129938)

[5] La prohibición, pues, de la adopción plural de efectos concurrentes, no sólo se prohíbe cuando su resultado fuere que, por la adopción, el adoptado pasara a tener una pluralidad de padres o

la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, será posible una nueva adopción del adoptado".

Aun siendo regla general también en el Derecho anterior la del adoptante individual, el párrafo en cuestión disponía con anterioridad a su actual redacción: "Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona". Se preveía, pues, únicamente la posibilidad de una adopción conjunta por parte de los dos. La actual redacción cambia este planteamiento, admitiendo así de una parte la posibilidad de adopción del hijo del cónyuge una vez contraído matrimonio con éste. Nada impide desde luego, más bien lo presupone, que esa adopción lo sea de un hijo biológico del consorte, que es adoptado por el otro tras contraer matrimonio con el primero, pero la posibilidad que asimismo admite el legislador es la de la adopción sucesiva por un cónyuge del hijo que ya lo era (asimismo por adopción) de su consorte, posibilidad esta, la de adopción conjunta o sucesiva que, obviamente, se declara asimismo aplicable a la pareja "unida por análoga relación de afectividad a la conyugal".

El precepto cuyo tenor literal se acaba de transcribir, permite concluir que en nuestro sistema jurídico sigue siendo regla general el adoptante individual, siquiera se prevea la adopción por pareja matrimonial o extramatrimonial.

Tras la reforma de 2015 (Ley 26/2015, de 28 de julio), el apartado 5 del art. 175 alberga una norma cuya *ratio* parece responda al designio legislativo de favorecer de algún modo la adopción conjunta, incluso en supuestos de crisis de pareja. Dejando ahora al margen el juicio crítico que pueda merecer la decisión legislativa, impulsada

pluralidad de madres, sino que también se prohíbe la adopción del ya adoptado por un varón o una mujer aun cuando por la nueva adopción por una mujer o por un varón se pretendiere simplemente completar el estado de filiación adoptiva (paterna y materna). De otra parte, en los supuestos de nulidad matrimonial, procederá la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo (art. 79 CC). De otra parte, y dado el tenor literal del art. 175.4 CC, no parece posible la adopción conjunta por *quienes fueron cónyuges,* a menos claro es que cupiera la calificación de "pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal". En cualquier caso, como venía afirmando autorizada doctrina (con anterioridad a la reforma de 2015), en determinados supuestos -así en el caso del menor que ha vivido acogido por ambos-, la adopción conjunta por los ex cónyuges, y al margen ya de que estén unidos por análoga relación de afectividad a la conyugal, se ofrecería como deseable. El legislador de la reforma de 2015 (Ley 26/2015, de 28 de julio), ha venido a dar acertada respuesta normativa al planteamiento expuesto en el párrafo 5 del art. 175 CC:
"En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción". Al margen ahora de las graves deficiencias expresivas del legislador, atropellado quizá por las prisas en colocar la norma en el BOE, el resultado parece plausible.

quizá más por el deseo de la obtención del resultado (adopción conjunta) que se considera beneficioso, aun a riesgo de ubicar ese resultado en un marco ciertamente conflictivo y, quizá, por ello no del todo conveniente para el adoptado, circunstancia esta desde luego que deberá ser apreciada por el Juez (art. 176.1 CC), el tenor literal del citado apartado 5 es el siguiente:

"En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción *no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta* siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción".

3. Requisitos que han de concurrir en el/los adoptante/s. La edad.

Aunque suela ser habitual iniciar la exposición de tales requisitos por los referidos a la edad del adoptante o adoptantes, es completamente obvio que la exigencia de aquellos en modo alguno supone que no sea necesaria la concurrencia de plena capacidad de obrar del adoptante. Quizá se deba precisamente a esa misma obviedad que no quepa encontrar referencia expresa a aquélla en el Código civil. Consecuencia indubitada, pues, de lo que se acaba de decir es la imposibilidad de adoptar por parte de los incapacitados (siquiera habrá que estar desde luego a lo dispuesto en la propia sentencia judicial que les incapacitó)[6], y de los menores de edad, estén o no incapacitados o emancipados. Y es que, no pudiendo adoptar los menores de veinticinco años, aun siendo mayores de edad desde los dieciocho, mal podría plantearse la hipótesis de que pudieran hacerlo quienes ni siquiera hubieren cumplido dieciocho años.

[6] En los supuestos de incapacitación, obviamente, habrá de estarse (siquiera la cuestión pertenezca casi exclusivamente al plano puramente teórico) a los términos de la sentencia. En cualquier caso, la posibilidad misma de adoptar del incapacitado dependerá de su posibilidad de emitir el consentimiento, por sí, con plena conciencia; lo cual en los incapacitados por anomalías psíquicas puede ocurrir en un intervalo lúcido. De otra parte, dado el carácter personalísimo de los efectos, ni cabe un consentimiento por sustitución – por el representante legal – o completado – haría falta norma especial que lo autorizara – por padre, tutor o curador. Con todo, no resulta fácil imaginar supuestos en que, pese a la existencia de una resolución de incapacitación, aun así la adopción pudiere resultar conveniente para el adoptando.
No obstante, la incapacitación misma, así como otras circunstancias de distinta naturaleza (por ejemplo, el concurso), serán circunstancias que habrán de ser ponderadas por el juez a efectos de decidir si, en el caso concreto, procede la adopción por convenir al adoptando. Pero mucho cabría temer que la ponderación judicial no llegue a tener lugar precisamente por la inexistencia de una declaración de idoneidad, que impedirá la formulación de propuesta de adopción de la entidad pública competente a favor del adoptante.

El art. 175 CC, en la redacción que ha recibido por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dispone en el inciso final de su primer párrafo, que "No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código".

Finalmente, la exclusión como adoptantes de las personas jurídicas no parece merezca mayores detenimientos.

En cuanto al requisito de la edad, a tenor del art. 175.1 CC (conforme a la redacción dada al mismo por la citada Ley 26/2015), "la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años[7]. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será, de al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el art. 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior".

Ciertamente, la exigencia de que el adoptante tenga al menos veinticinco años constituye una señalada excepción a la regla general del art. 322 CC, según la cual "el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código").

De conformidad, pues, con lo dispuesto en el precepto que se acaba de transcribir, las exigencias de carácter cronológico que han de concurrir en quien/quienes pretenda/n adoptar, son las siguientes:

De una parte, haber cumplido los veinticinco años. Requisito este que deberá entenderse cumplido a partir de las cero horas del día del aniversario, por cuanto para el cómputo de la edad ha de incluirse completo el citado día. A partir de ese mismo momento, se ha cumplido la edad requerida, o lo que es igual, se es ya mayor de veinticinco años. Ello no obstante, el art. 175 (en su nueva redacción, al igual que en la anterior) dispone que, en el supuesto de que sean dos los adoptantes, "bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad". En consecuencia, tratándose de adopción por un matrimonio o "por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal", el citado requisito sólo será exigible en su caso a uno de los miembros (de este modo, el legislador facilita que, cuanto antes, reciba el adoptado un estado de filiación completo)[8], subsistiendo, en todo caso, la exigencia

[7] Ciertamente, la exigencia ordinaria de la edad de veinticinco años en orden a la adopción es signo de qué tipo de capacidad natural se exige en el adoptante.

[8] Regirá, asimismo, la regla excepcional (la de que el adoptante no haya cumplido los veinticinco años) en la adopción que hace sólo el consorte, cuando el adoptado es el hijo del otro; y ello, porque es evidente que no se requerirían los veinticinco años si el vínculo de filiación preexistente fuere sólo adoptivo (dado que se trataría de una adopción por ambos cónyuges); y. como ha sido

de que cualquiera de los adoptantes haya de tener, al menos, *dieciséis* años más que el adoptado.

De otra parte, el legislador ha venido exigiendo una diferencia de edad *mínima* entre adoptante/ o adoptantes y el adoptado. Diferencia de edad mínima que ha experimentado elevación tras la reforma del CC por la citada Ley, por cuanto pasa de catorce a dieciséis años.

A diferencia de lo dispuesto para el requisito de los veinticinco años, en el que, como se ha dicho, siendo dos los adoptantes bastará con que uno de ellos hubiere alcanzado dicha edad, tratándose de esa diferencia *mínima* de edad (ahora fijada en *dieciséis años*), el legislador exige que, siendo dos los adoptantes, se dé respecto de ambos, por lo que, si concurriere solamente respecto de uno de ellos, la adopción conjunta o sucesiva no sería posible. No parece necesario detenerse, por evidentes, en los argumentos que militan en apoyo de la dicha exigencia en cuanto a esa diferencia *mínima* de edad se refiere.

Escribiendo para la regulación vigente con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 26/2015, se consideraba acertado por algunos que el legislador no hubiere establecido edad máxima más allá de la cual no fuere posible la adopción, en cuanto permitía al juez acordar una adopción, por avanzada que fuere la edad del adoptante, siempre, claro es, que la adopción, en ese caso singular, resultare ventajosa para el adoptando (piénsese, p. ej., en el hijo afectado por una minusvalía psíquica del cónyuge del adoptante). Ello no obstante, y pese a esa regla de principio a la que acaba de hacerse referencia, no se ocultaba que, en orden a la expedición del certificado de *idoneidad*, cabría una valoración negativa, aunque no tendrían *per se* carácter excluyente, en base a la presencia de determinados problemas de salud (física o psíquica) en los solicitantes, que podrían afectar al proceso de adopción y a la crianza de un menor, y cuya mayor probabilidad de aparición parece se conecte a edades avanzadas.

La reforma de 2015, aun sin establecer desde luego una edad *máxima* más allá de la cual no sea posible en absoluto la adopción, sí ha dado algún paso (siquiera no del todo en este sentido) al introducir la exigencia de una diferencia de edad *máxima* entre adoptante y adoptando, que "no podrá ser superior a *cuarenta y cinco años*" (art. 175. 1 CC). Consecuentemente, los que tengan esa edad no podrán adoptar a recién nacidos (los más demandados). Tres son, sin embargo, las excepciones que a la antedicha regla establece el legislador de la reforma:

1º) Los casos previstos en el art. 176. 2 CC.

observado por la doctrina, el hecho de que el vínculo sea por naturaleza no parece que deba ser aquí motivo de discriminación.

2º Cuando fueren dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia *máxima* de edad con el adoptando.

3º) Si los futuros adoptantes estuvieren en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia *máxima* de edad podrá ser superior.

El sentido y fundamento mismos de las excepciones a la dicha exigencia, no parece precisen de aclaración alguna. En todos los supuestos referidos en el art. 175.1, y en los que el legislador excepciona la exigencia de esa diferencia *máxima* de edad, encuentran su razón de ser en el cúmulo de efectos beneficiosos que la autorización de la adopción habrá de reportar en todos ellos, y que vienen a exceder con mucho la relajación de la regla general.

4. El adoptado.

El precepto clave es el art. 175 CC, apartados segundo, tercero, cuarto y quinto, en la redacción que a los mismos viene dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

"Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de una mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año" (art. 175, párrafo segundo)[9].

Con todo, no parece haya razón suficiente para no haber extendido la posibilidad de adopción a los *mayores incapacitados*, al menos en determinados casos (p. ej., hijos del consorte), aunque quizá sea lógico pensar que la solución venga dada por la circunstancia de que, normalmente, respecto del hijo incapacitado del consorte se dará la circunstancia de acogimiento o convivencia estable respecto del otro a la que se refiere el párrafo segundo del art. 175.

Y, obviamente, a esta misma excepción (siquiera ahora contemplada desde otro ángulo, el de la no necesidad de propuesta por parte de la Entidad Pública), hay que entender se refiere asimismo el art. 176.2, circunstancia cuarta, al eximir de tal propuesta (bastando entonces la solicitud privada de adopción) el caso en el que en el adoptando concurra la circunstancia de "*Ser mayor de edad o menor emancipado"*.

[9] No cabe la adopción del *nasciturus*, al ser necesario el asentimiento de la madre; y éste (por imperativo del art. 177 CC, en su redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio) no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los 30 días vigentes con anterioridad a la reforma, con lo se viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción de Estrasburgo de 27 de noviembre de 2008, y ratificado por España. Obviamente, y con mayor razón, no cabe la adopción del *concepturus*.

En el adoptado no han de concurrir, pues, más requisitos que el de haber nacido, alcanzando así en consecuencia capacidad jurídica, y no haber alcanzado aun la emancipación. La regla general es, pues, que pueden ser adoptados los *menores no emancipados*.

III. PROHIBICIONES.

Incidiendo desde luego tanto en el adoptante como en el adoptando, las prohibiciones recogidas en el párrafo tercero del art. 175 son las siguientes:

"No puede adoptarse: 1º A un descendiente. 2º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela".

Por cuanto se refiere a la ausencia de determinadas relaciones familiares para que sea posible la adopción, procede incluir aquí la imposibilidad de que un cónyuge adopte al otro[10]. No es posible, asimismo, la adopción de un descendiente[11], ni de un pariente en segundo grado de línea colateral por consanguinidad[12] o afinidad[13] (art. 175.3 CC).

En lo atinente a la prohibición relativa a tutor y pupilo, claramente se infiere la razón de su existencia que no es otra que la protección de los intereses del tutelado. Para la consecución de este objetivo, el legislador no duda en posponer la eventual adopción hasta la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela. Con todo, la doctrina no es concorde en cuanto a si, prescrita la acción para exigir la rendición de esta cuenta, desaparecería la prohibición al desaparecer su *ratio*. Dada la naturaleza de la norma, es obvio que la sanción de los actos en contravención de aquella será la de nulidad radical o de pleno derecho.

IV. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD.

[10] No es posible un acto cuyo resultado – matrimonio entre parientes en línea recta por adopción – es objeto de prohibición expresa por el art. 47. 1 CC.

[11] La prohibición de adoptar al propio hijo no sólo impide una institución inútil en cuanto a su fin primario (dar una relación de filiación legal *sustitutiva* de una filiación por naturaleza), sino que además evita que se utilice la adopción para efectos contrarios a ese fin: la extinción de los vínculos de filiación entre el adoptado y el otro progenitor.

[12] La prohibición de adoptar a un hermano se apoya, obviamente, en la utilidad y conveniencia de evitar una adopción que, al fin y a la postre, produciría efectos análogos a los de una unión incestuosa (art. 125 CC).

[13] La prohibición, referida a los cuñados, resulta excesiva (a juicio de autorizada doctrina). De otro lado, no resulta del todo congruente con el criterio legal restrictivo adoptado por el legislador que no se excluya que pueda ser adoptante el suegro o el que es hermano por adopción; o que no se excluya por ley la adopción de la persona con la que el adoptante tiene un hijo.

Más que como "requisito" para la adopción, la *declaración de idoneidad* se presenta como verdadero presupuesto de aquella. "Para iniciar el expediente de adopción será necesaria – afirma el art. 176.2 CC – la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública *haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta*".

Mérito de la reforma del régimen de la adopción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha sido el de llevar al articulado del Código una amplia definición de lo que el propio legislador entiende por *idoneidad:*

"Se entiende por *idoneidad* – afirma el párrafo 3 del art. 176 CC, en su nueva redacción – la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción[14].

La declaración de *idoneidad* por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución".

De otra parte, la introducción por la Ley 26/2015 en el art. 178 surgido de aquélla de la denominada *adopción abierta*, se deja sentir asimismo en el ámbito de la *declaración de idoneidad*, por cuanto "deberá hacerse constar (en ella) si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen" (art. 178, 4, último párrafo).

Aunque cada Comunidad Autónoma había venido regulando, de modo similar en lo sustancial, los criterios para la concesión del llamado "certificado de idoneidad", constituyendo denominador común en orden a la obtención, en su caso, de dicho certificado, una valoración positiva (tras los estudios pertinentes) acerca de una serie de extremos (en lo fundamental, aptitud psicológica y social en consideración a la situación personal, familiar y médica de la persona que pretendiere adoptar, medio social, motivos que le animaren y aptitud para asumir una adopción), no resulta improcedente el establecimiento de un margo general de referencia, contenido ahora en el articulado del Código.

V. EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN.

[14] En tema de idoneidad para la adopción nacional e internacional, valorando como serias y realistas las expectativas de la demandante, capacidad para atender a las necesidades educativas y emocionales e ingresos económicos adecuados para hacer frente a la maternidad, y concurrencia de las características necesarias para optar a la solicitud de adopción, SAP Valencia 3 diciembre 2015 (JUR 2016, 127402).

1. Diversidad de elementos.

El procedimiento para la adopción consta de elementos de diversa naturaleza: administrativos unos, judiciales otros.

2. El procedimiento judicial.

Las fases más importantes del procedimiento judicial son sustancialmente coincidentes tanto en el supuesto en el que el expediente se inicie por *propuesta previa* de la entidad pública, como en aquél otro en el que sea posible su iniciación en virtud de una solicitud privada. La diferencia, supuesto que se produzca, afecta únicamente a la que cabría denominar "fase de iniciación" del expediente: en vez de iniciarse este por *propuesta previa*, lo será en virtud de *solicitud privada*.

A) Propuesta previa de la entidad pública e iniciación del expediente

Salvo que concurra en el adoptando alguna de las cuatro circunstancias enumeradas en el art. 176. 2 CC (a las que se hará referencia posteriormente), será necesario en todo caso en orden al inicio del expediente de adopción la *propuesta previa* de la entidad pública correspondiente a favor del (los) adoptante (es) que la entidad pública haya declarado *idóneos* para el ejercicio de la patria potestad.

En la propuesta de adopción se harán constar especialmente las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

Con la propuesta se presentarán, en su caso, los informes de la entidad colaboradora, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

En definitiva, la/s persona/s interesada/s en adoptar deberá/n dirigirse a la entidad pública competente en la comunidad autónoma en que resida, y esa misma entidad determinará la "idoneidad" del solicitante para la adopción pretendida (presupuesto, claro es, el carácter favorable de los estudios e informes pertinentes). Una vez declarado "idóneo", la entidad puede realizar propuesta de adopción a favor del adoptante y, con esa propuesta se inicia el procedimiento de adopción.

Importa señalar aquí, por cuanto constituye una de las principales novedades de la reforma por la Ley 26/2015, siquiera solo tangencialmente incida en la materia que nos ocupa, la regulación ex novo de l*a guarda con fines de adopción*, figura esta que hace posible que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia

provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial. Se trata así de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

A *la guarda con fines de adopción* se refiere el art. 176 bis.1:

"La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el art. 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela".

B) Intervenciones.

Las intervenciones en el procedimiento, entendidas como actos procesales previos a la resolución judicial, son susceptibles de clasificación en tres grupos: a) los consentimientos; b) los asentimientos; c) las audiencias[15].

a) Los consentimientos.

Han de consentir la adopción, en presencia del juez[16], el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años[17].

Tales consentimientos implican la aceptación libre y plena, en concepto de parte, de la relación jurídica paterno-filial adoptiva[18].

[15] Refiriéndose a la triple distinción entre "consentimiento", "asentimiento" y "mera audiencia" por parte del art. 177 CC, SAP Murcia 23 diciembre 2015 (AC 2015, 1841).

[16] V. este respecto SAP Castellón, A 57/2012, 4 Octubre (*LL* 231370/2012), la cual se pronuncia en los siguientes términos: "La falta de consentimiento (del adoptante o adoptantes en presencia del Juez) no puede ser suplida por el hecho de que los fallecidos se hubieran hecho cargo del solicitante como si se tratara de un hijo, ni de que en el testamento notarial abierto le instituyeran como heredero universal, incluso denominándole 'hijo adoptivo', pues los documentos privados en los que se expresa la voluntad de entrega por parte de la madre biológica de su hijo en acogimiento con la posibilidad de recuperarlo, no pueden suplantar el consentimiento de los adoptantes".

[17] Si fuere capaz naturalmente para prestar ese consentimiento.

[18] Como ha sido observado por la doctrina, el propósito práctico – causa – de tales consentimientos debe ser la constitución de una relación de filiación (en el caso, adoptiva), por lo que si el propósito práctico fuere otro no habría verdadero consentimiento para la adopción.

La prestación de aquellos es requisito imprescindible. Sin ellos, la adopción no es posible, de una parte, y de otra, aun existiendo esos consentimientos, no vinculan al juez, quien podrá denegar la adopción si existiere causa para ello. A su vez, tales consentimientos son revocables en tanto el juez no dicte resolución.

b) Los asentimientos.

Deberán "asentir" a la adopción:

1º. El cónyuge del adoptante o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta (remisión al art. 175. 5 CC)[19].

2º. Los progenitores del adoptando[20] que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad[21] por sentencia firme o incursos en causa

La STS 18 enero 2012 (*Tol 2441274*) contempla "una adopción ficticia, porque no sólo el consentimiento de la madre biológica menor de edad sino también el de los abuelos adoptantes venía afectado por los motivos sociales y personales que les impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar, la adopción, sin desear realmente los efectos de la misma".

[19] Exigencias estas que, parece, "desentonen" de la línea general seguida por las últimas reformas del CC en materia de Derecho de familia y de sucesiones por causa de muerte. En especial, la Ley 15/2005. Quizá por ello urgiría su concordancia o armonización.

De otra parte, una vez más se deja sentir la carencia de corrección gramatical por parte del legislador, al referirse al "divorcio legal". ¿Acaso existe otro que no lo sea?

[20] La STS 18 junio 1998 (*Tol 1749*) declara la improcedencia de la acción de extinción de adopción de menor a favor de su tío abuelo, interpuesta por su madre biológica, al no acreditarse la no intervención de esta en el expediente de adopción, de la falsedad de su firma en el acta aprobatoria de su consentimiento, y de su inasistencia a la comparecencia: consideración prioritaria del interés del menor.

La STS 21 septiembre 1999 (*Tol 72869*) califica de nula de pleno derecho, por contravención frontal del art. 177.2.2º CC, la renuncia anticipada de la madre a los derechos-deberes expectantes sobre la nacida. "El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; y nunca con anterioridad al momento del parto" (fundamento de derecho cuarto). En la actualidad, como ya se ha expuesto, el párrafo 3 del art. 177 CC, dispone que "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido *seis semanas* desde el parto". No antes, pues, de las cero horas del día cuarenta y tres.

[21] De interés al respecto, la SAP Asturias 10 marzo 2016 (AC 2016, 431), en cuyo fundamento de derecho cuarto se afirma: "tres son las cuestiones que deben ser abordadas por esta Sala, a saber, si está doña Tamara incursa en causa de privación de la patria potestad en relación con la necesidad de asentimiento, si doña Tamara está capacitada para asumir la custodia de su hijo Jesús María y lo más importante, el interés del menor, principio que debe ponderarse por encima de todas las circunstancias". El fallo afirma no estar "doña Tamara incursa en causa de privación de la patria potestad y por tanto está en condiciones de pronunciarse sobre la situación preadoptiva de su hijo Jesús María". De sumo interés, como se ha dicho, el pormenorizado relato de los hechos contenido en el fallo: "la recurrente, nacida el 4 de abril de 1997, estando tutelada por la Consejería de Bienestar Social –al hallarse en situación de desamparo desde el mes de octubre de 2008 – se quedó embarazada a la edad de 14 años, dando a luz el 4 de junio de 2012 a Jesús María. La

legal para tal privación[22]. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Administración desde el mismo día del parto, decidió separar a la madre, aquí apelante, del recién nacido, sin que conste se barajaran otras opciones, que, como puso de manifiesto el psicólogo adscrito a los Juzgados de Gijón en su informe posibilitaran o propiciaran la relación madre/hijo, aclarando en el acto de la vista que "la institución proporcione, si tú no sabes, si eres menor de edad, cómo afrontar una maternidad". En la situación objeto de enjuiciamiento, esa labor preventiva ("enséñame a ser madre", en palabras del psicólogo) no se desplegó en ningún momento, y en ese contexto se decide, durante un periodo de 7 meses que el contacto entre doña Tamara y Jesús María se circunscriba a una visita semanal de una hora. En dicha época ciertamente constan incidencias protagonizadas por doña Tamara que se reflejan en el expediente remitido a esta Sala, y que sirven de base a la Administración para negar las correctas aptitudes y actitudes de dicha recurrente para ejercitar su condición de madre. Debe realizarse una precisión que no se debe olvidar y puso de manifiesto el psicólogo, y es que sobre dicha falta de aptitudes y actitudes, teniendo en cuenta la edad de Tamara, 15 años en conjunción con la ya referida falta de labor preventiva de la Administración, resulta lógica (la ausencia de actitud y aptitud) en atención a las especiales circunstancias, pero no son base objetiva suficiente para denegar o frustrar la relación madre/hijo. En todas las incidencias siempre se observa el comportamiento de una adolescente que pide disculpas y ayuda, petición que podía haber sido atendida por los organismos competentes, a través de otros mecanismos menos drásticos, conducentes a la reunificación física y emocional madre/hijo. Junto a ello tampoco debe perderse de vista que en el informe que se hace sobre este primer periodo de siete meses se describe a una niña de 15 años que no muestra rechazo hacia su hijo, aunque sí inexperiencia. Pero es que además, en este contexto, consta la intervención de doña Tamara al recurrir la decisión de la Consejería en el mes de julio de 2012, cuando Jesús María contaba apenas un mes de vida, solicitando un aumento de visitas, ayuda de un psicólogo y la mediación ADHOC. Lo sorprendente es que, ante esa actitud de Tamara, el 10 de enero de 2013, se resuelva iniciar la situación de acogimiento preadoptivo de Jesús María que conlleva la drástica reducción de las visitas de la madre una vez al mes, suspendiendo las de la abuela y tía materna. En esta nueva situación doña Tamara sigue asistiendo a las visitas (una al mes) salvo la del mes de mayo, y se describe su actitud como la de alguien que "sí tiene más autonomía", pero se refiere una actitud distante y desinteresada. Ello no se concilia muy bien con la actitud de Tamara de una cita con "Florián", trabajador social de la sección de Centros de Menores, a propósito de la preadopción de Jesús María, y su disconformidad, manifestada el 11 de marzo de 2013. En esta dinámica se suceden las actuaciones de la recurrente en aras de mantener la relación con su hijo (defensor judicial, recursos y solicitudes) y las de la Administración que se dirigen a proseguir con la ruptura de la relación madre/hijo en beneficio de la figura de la adopción. De lo anteriormente expuesto no se puede deducir sin más que Tamara esté incursa en causa de privación de patria potestad para obviar el requisito de necesidad de asentimiento. En definitiva el interés del menor se satisface con la decisión de que se reintegre teniendo en cuenta el Principio de restitución a la familia biológica".

[22] Siendo el propio juez instructor del expediente el que apreciará si se da o no esta causa. En cuanto al momento en que debe determinarse si el progenitor estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad, es el de la declaración de desamparo. V. en este sentido STS 6 febrero 2012 (*Tol 2441171*). Cfr. SAP Jaén 8 enero 2016 (AC 2016, 216), confirmando la de instancia, "La sentencia de instancia concluye que efectivamente la madre doña María Teresa está incursa en causa de privación de la patria potestad, como se desprende de los hechos que dieron lugar a la declaración de desamparo, constando la inviabilidad de la integración del menor con la misma que incluso se reconoce en la propia demanda, por lo que no se estima necesario su asentimiento para la adopción, siendo suficiente su simple audiencia ya realizada".(fundamento de derecho primero), añadiéndose en el fundamento segundo, "es claro que siendo el interés primordial el del menor, también es un principio rector su mantenimiento en el medio familiar de origen, pero a salvo que no sea conveniente para su interés, esto es, que se derive algún riesgo para el menor ese mantenimiento",

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados[23] para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el art. 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada. El asentimiento de la madre[24] no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto[25](se da así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España).

En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados".

Importa precisar el alcance exacto de estos "asentimientos": quienes los emiten no van a ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva. En consecuencia, significan "autorización" o "permiso", lo que no obsta a que, salvo casos de imposibilidad, sean asimismo requisito *sine qua non* para la resolución judicial constitutiva de la adopción.

Por cuanto se refiere a la prestación de "consentimientos" y "asentimientos", el art. 177.4, en su redacción por la Ley 26/2015, establece lo que cabría calificar de obviedad en el pleno sentido de la palabra: "deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias".

c) Las audiencias.

Deberán, simplemente, ser oídos por el juez:

Contemplando asimismo un supuesto de improcedencia del asentimiento por parte de la madre biológica, incursa en causa de privación de la patria potestad, por antecedentes de consumo de drogas, inserción en un programa de mantenimiento por metadona desde hace más de diez años, ausencia de actividad laboral, dependencia crónica de recursos institucionales, niña sin lazos con la familia materna e integrada en la familia de acogida, SAP Zaragoza 1 diciembre 2015 (AC 2015, 1806). En el mismo sentido, SAAP Santa Cruz de Tenerife 8 julio 2015 (AC 2015, 1347), Cádiz 18 diciembre 2015 (JUR 2016, 45958), padre incurso en causa de privación de la patria potestad, posibles abusos sexuales, negligencias y malos cuidados en todos los ámbitos; Segovia 16 noviembre 2015 (JUR 2015, 302856); Madrid 20 octubre 2015 (JUR 2015, 276475); Córdoba 9 octubre 2015 (AC 2015, 1705); Cantabria 22 septiembre 2015 (JUR, 2015, 268987); Santa Cruz de Tenerife 22 junio 2015 (JUR 2015, 21561); Ourense 15 octubre 2014 (JUR 2015, 4717).

[23] Es caso de imposibilidad la incapacitación – reversible o irreversible – que impida prestar el asentimiento, y también – peligrosamente - la simple imposibilidad de hecho (enfermedad que produzca inconsciencia, incomunicación, no identificación de los padres).

[24] Por el contrario, el padre (matrimonial o no matrimonial) puede prestar válidamente el asentimiento sin esperar a que transcurra plazo.

[25] V. a este respecto STS 9 julio 2001 (*Tol 66380*).

1º. Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción[26].

2º. El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores[27].

3º. El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

C) Tramitación.

En la tramitación del procedimiento, contenido ahora en los arts. 33 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias considere oportunas en orden a asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando (art. 39.1 Ley 15/2015)[28], viniendo atribuida la competencia para conocer del mismo "al Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante" (art. 33 de la LJV). "La tramitación del expediente de adopción – añade el art. 34. 1 de la citada LJV – tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal". "Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos recogidos en los apartados 2 y 4 del art. 178 y sin perjuicio de lo establecido en el art. 180 del Código Civil" (art. 39.2 LJV).

D) Terminación.

El procedimiento de adopción concluye con auto judicial[29] (art. 39.4 LJV) que, caso de ser favorable, *constituye* la adopción. Contra el auto que resuelva el expediente, cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos.

---

[26] Bastará, pues, la simple audiencia cuando los padres se encuentren incursos en causa para la privación de la patria potestad, aunque aún no se haya dictado sentencia que les prive de ella, o cuando el hijo se hallare emancipado (art. 177.2.2º CC)

[27] Dado que la Ley no distingue, la referencia hay que entenderla hecha tanto a los guardadores legales (incluida la entidad pública en el caso del art. 176.2.3 CC, acogidos respecto a los cuales no se exija propuesta previa) como a los de hecho.

[28] Y ello en atención a que, como destaca la STS 6 febrero 2012 (*Tol 2441171*), "la adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores".

[29] Resolución judicial, pues, que ha de ser motivada. De interés es la STS 17 julio 2008 (*Tol 1351250*), por cuanto se refiere, a las diferencias (otorgamiento de escritura pública, en cuanto a la denominada "adopción plena", en la legislación anterior a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y la actual, auto judicial), expresivas por lo demás de una diferente concepción de la misma figura de la adopción.

Obviamente, la circunstancia de que la adopción *se constituya* por resolución judicial (tal y como afirma, de modo un tanto solemne, el párrafo primero del art. 176 CC), no significa en modo alguno sostener que el *acto judicial,* por si mismo, sea suficiente para constituir la adopción. En síntesis, sin ese *acto,* no será posible entender perfecta o constituida la adopción, pero, a su vez, sin la existencia de las pertinentes "voluntades" o "declaraciones de voluntad" ("consentimientos" y "asentimientos"), el *acto judicial* se proyectaría en el vacío y por ello se ofrecería radicalmente insuficiente en orden a constituir o declarar adopción alguna.

"El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción" (art. 39.5 LJV), al margen de la inscripción de nacimiento del hijo adoptivo (art. 46 LRC 1957, y, a partir de la inscripción, se produce el cierre registral respecto de terceros que tendrán restringido el acceso a la publicidad de la adopción (arts. 21 y ss. RRC)[30].

Consecuentemente con lo que se acaba de decir, la certificación en extracto de nacimiento ordinaria: "tratándose de adoptados, mencionará únicamente el nombre del padre y madre cuyos apellidos ostentan en primer lugar" (art. 29 RRC).

El art. 46 de la LRC ha sido objeto de ligera modificación por la Ley 13/2005, que ha suprimido en el mismo la referencia a la quiebra y a la suspensión de pagos, y ello por consecuencia de la aprobación por Ley 22/2003, de la nueva Ley Concursal.

E) Iniciación del expediente de adopción en virtud de solicitud privada.

Por excepción, el art. 176.2, en el segundo de sus apartados, se refiere a una serie de supuestos, cuya enumeración ha de considerarse cerrada, y en los que es posible la iniciación del expediente de adopción en virtud de *solicitud privada:*

"No obstante, no se requerirá tal propuesta (la *propuesta previa* de la Entidad Pública) cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad[31].

[30] La Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999 dispone que, en el asiento de inscripción, se haga constar como padres únicamente a los adoptivos, sin mención alguna al carácter de "adoptivos", en plena igualdad, pues, con los biológicos. Los datos biológicos constarán en asiento diferente, con publicidad restringida, en cuanto sólo podrá ser consultado por el hijo, alcanzada la mayoría de edad, por los padres adoptivos y por aquellos terceros que obtuvieren autorización judicial.

[31] Excluido, obviamente, el parentesco por consanguinidad en línea recta, se impone referir aquél a la línea colateral, tíos y sobrinos, ya por consanguinidad, ya por afinidad.

b) Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal[32].

c) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción[33] o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

d) Ser mayor de edad o menor emancipado, y haberse producido la situación de acogimiento o de convivencia estable a que se refiere el art. 175.2 CC.

Por su parte, el párrafo 4 del art. 176 establece que "Cuando concurra alguna de las circunstancias 1ª, 2ª o 3ª previstas en el apartado 2 podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento"

VI. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.

Una vez constituida la adopción, los efectos de la misma se producen en un doble plano:

1º. La extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178. 1. CC).

No parece quepa duda en cuanto a que la premisa anterior sigue constituyendo regla general. Con todo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha introducido al respecto una importante novedad en el articulado del Código, "la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como *adopción abierta*. La oportunidad de introducir esta figura -añade el preámbulo de la Ley 26/2015- obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la "pérdida", y que el

[32] La posibilidad de adopción por cualquier persona de los hijos de su cónyuge, es la que se viene utilizando en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo para establecer una filiación legal conjunta respecto del niño, muy especialmente, en el caso de mujeres casadas con otra mujer, que acudían a la utilización de técnicas de reproducción asistida y tenían un niño luego adoptado por su esposa, hasta que la reforma en 2007 de la Ley 14/2006, de reproducción asistida, ha permitido que las esposas presten su consentimiento a la determinación de la filiación antes del nacimiento del menor.

[33] Con el consentimiento de la entidad pública o por resolución judicial.

menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho".

El carácter ciertamente delicado de la novedad legislativa se deja sentir en el cúmulo de precauciones y cautelas que, aludidas asimismo en el preámbulo, se establecen de modo pormenorizado en el prolijo párrafo 4 del art. 178 surgido de la reforma de 2015, y cuya transcripción parece desde luego oportuna:

"Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos".

"En estos casos, el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez."

"Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años".

"En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen"

2º. El nacimiento de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica (art. 108. 2 CC).

1. La subsistencia excepcional de los vínculos jurídicos con la familia anterior.

Excepcionalmente, según dispone el apartado segundo del citado art. 178 CC, "subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

El cónyuge del progenitor (padrastro o madrastra) deviene padre adoptivo, subsistiendo lógicamente, como no podría ser de otra manera, los vínculos jurídicos del adoptado con su familia biológica, aunque el progenitor o progenitora fallezca.

2º. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir".

Aquí se está haciendo referencia a un supuesto de filiación no matrimonial, pues únicamente en este ámbito es posible que uno solo de los progenitores haya sido determinado legalmente.

2. Persistencia de los impedimentos matrimoniales.

Por su parte, el párrafo 3 del citado art. 178 dispone que "Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales" (arts. 46 a 48 CC).

Como no podría ser de otro modo, persiste el régimen de impedimentos para contraer matrimonio entre el adoptado y su familia por naturaleza; y ello, por la obvia razón de que la adopción no puede "borrar" los vínculos biológicos (así, el adoptado no podrá contraer matrimonio con su hermana biológica).

Por cuanto se refiere al nacimiento de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica, y consecuentemente con ese principio de absoluta equiparación de efectos legales entre ambas clases de filiación, la adopción atribuye al adoptante (o adoptantes) el conjunto de derechos y deberes que derivan de la patria potestad: entre adoptante y adoptado se produce plenitud de derechos sucesorios (legítimas, llamamiento a la sucesión intestada); la adopción determina el régimen de los apellidos, el extranjero menor de dieciocho años adoptado por español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen (art. 19.1 CC), y si fuere mayor de esa edad, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción (art. 19.2 CC).

3. El derecho del hijo adoptivo a conocer sus orígenes biológicos.

El art. 180.5 CC, introducido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, facultaba ya al hijo adoptivo para conocer sus orígenes biológicos, consagrando, así, un derecho al servicio del libre desarrollo de su personalidad, carente de consecuencias patrimoniales.

"Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad, representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos". Este era el texto vigente hasta la entrada en vigor de la reforma por la Ley 26/2015, que viene a reforzar el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, obligando a las Entidades Públicas a garantizarlo y mantener la información durante el plazo previsto en el Convenio Europeo de Adopción, y al resto de entidades a colaborar con las primeras y con el Ministerio Fiscal.

En el trasfondo de esta modificación parece esté el caso de los niños robados.

Las entidades públicas y privadas tendrán, pues, la obligación de guardar los datos del menor adoptado durante cincuenta años (tal y como prevé el Convenio Europeo de Adopción) y tendrán que aportarlos cuando les sean requeridos. Por lo demás, se trata de una búsqueda más habitual en los casos de adopción nacional que en los internacionales.

Los apartados 5 y 6 del art. 180, en su nueva redacción, se ocupan, aseguran y refuerzan los derechos del menor en tan delicada materia.

"Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho a que se refiere el apartado siguiente".

"Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen".

VII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

La adopción, una vez constituida, es irrevocable (art. 180.1 CC). Fácilmente se comprende que la propia trascendencia de la adopción y el cambio de integración familiar que supone, no puede quedar sometido al albur del capricho o de los cambios de ánimo de los sujetos en ella interesados y, en particular, del adoptante. De otra parte, aunque en estrecha conexión con lo anterior, la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción (art. 180.4 CC).

No obstante, el CC prevé la posibilidad de que el juez pueda acordar la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente de adopción, en los términos expresados en el art. 177, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (art. 180. 2. CC).

Si el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso (art. 180.2, último párrafo).

La extinción de la adopción – precisa el art. 180.3 CC – no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

Obviamente no parece pueda considerarse propiamente como supuesto de extinción de la adopción, y sí de privación de la patria potestad (siquiera en este caso conferida en virtud de una filiación adoptiva) el descrito en el párrafo 1 del art. 179, a cuyo tenor:

"El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias".

En relación con la irrevocabilidad de la adopción, importa tener en cuenta lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 54/2007, de adopción internacional:

"En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia

deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil".

ÍNDICE

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO AUTONÓMICO. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

THE SHARED CUSTODY AND KEEP IN THE REGIONAL LAW. CURRENT STATE OF QUESTION

DRA. NURIA MARTÍNEZ SÁNCHIS
Abogada y Profesora de Derecho Civil
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir
nuria.martinez@icav.es

RESUMEN: *Tras la promulgación de las últimas leyes en el Derecho autonómico sobre esta institución, a la vista de los avances jurisprudenciales producidos, así como ante la más que inminente sentencia del Tribunal Constitucional que resolverá sobre la constitucionalidad o no de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana, en el presente artículo se analiza la situación actual existente en el Derecho autonómico en torno a la institución de la guarda y custodia compartida, así como la previsible situación en la que va a quedar la referida institución en el ámbito de la Comunidad Valenciana ante la hipotética derogación de la Ley de custodia compartida.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho autonómico, relaciones paterno-filiales, guarda y custodia compartida; interés superior del menor.*

ABSTRACT:. *This paper reviews the current situation concerning the institution of joint custody in the regional legal system and its eventual development in Valencia region after the expected repeal of the Shared Custody Law following the enactment of the latest regional laws concerning this institution, the jurisprudencial progress made, as well as the imminent judgement of the Constitucional Court regarding the constitutionality of the Law 5/2011 of the Generalitat Valenciana.*

KEY WORDS: *The regional law, parent-child relationships, shared custody, interests of the child.*

FECHA DE ENTREGA: *30/05/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO SISTEMA DE PREFERENCIA EN EL DERECHO AUTONÓMICO.- 1. Cuestiones generales.- 2. Del reconocimiento expreso de la preferencia: el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana.- 3. La guarda y custodia compartida como modelo preferible pero no preferente en el Código Civil de Cataluña.- 4. De la falta de concreción de la ley navarra en cuanto a la preferencia por un sistema u otro.- 5. La custodia compartida como modalidad más adecuada en la ley vasca.- III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTRA EL AUTOMATISMO EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODALIDAD PREFERENTE.- IV. CONSECUENCIAS DE LA POSIBLE DEROGACIÓN DE LA LEY VALENCIANA 5/2011.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

En los últimos años, ha sido más que patente la demanda social existente por parte de muchos padres, especialmente del progenitor paterno, que tras la ruptura matrimonial o de la pareja, se han negado a ser meros espectadores de la vida de sus hijos, manifestando su interés por tener una mayor implicación y protagonismo en la vida de los mismos.

La legislación estatal sobre la materia, hasta la fecha, no ha dado solución a esta cuestión y ello a pesar de los novedosos e importantes avances que por vía jurisprudencial se han ido produciendo en los últimos años. Estos pronunciamientos han mitigado, siquiera en parte, la excepcionalidad con la que es tratada esta cuestión, al menos por el momento, en la regulación estatal.

Por el contrario, en la búsqueda de nuevas fórmulas para solventar o cuanto menos paliar, los problemas inherentes a las rupturas matrimoniales y de pareja más acordes con el principio de igualdad de los progenitores y especialmente, con el interés del menor, cinco han sido las Comunidades autónomas que, hasta la fecha, han regulado la materia objeto de estudio: Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y, recientemente, el País Vasco. Todas ellas, por este orden cronológico, han dado un paso adelante en la regulación de los efectos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, desmarcándose de la regulación estatal y acercándose más a la regulación que sobre la materia se da en algunos de los países de nuestro entorno más cercano. Todas ellas se han movido en una misma línea, si bien con diferentes matices, algunos de singular importancia como seguidamente expondré, dando lugar a un variado mapa legislativo.

De este modo, su promulgación ha significado una progresiva diferenciación de los ordenamientos jurídicos españoles que, en cierta medida se ha considerado antitética a la armonización y convergencia a la que parece tender el Derecho de familia a

nivel europeo[1]. No obstante, se considera que no existe contradicción entre defender la diversificación del Derecho de familia en España y, por otro, apoyar la europeización de ese ámbito jurídico, siendo lo decisivo que los ordenamientos europeos, entre los que se incluye el Derecho español, se mantengan dentro de las coordenadas comunes europeas[2]. Dentro de la diversidad legislativa existente, se debe propugnar la existencia de principios comunes que establezcan un marco común que, dentro de la diversidad, evite situaciones que pudieran ser discriminatorias en función del territorio en el que se conviva.

La entrada en vigor de las leyes en Aragón, Navarra, Cataluña, Valencia y País Vasco, ha tenido como consecuencia inmediata el desplazamiento en cada uno de los territorios donde son de aplicación, y en los supuestos en que lo sea, del régimen legal previsto en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del CC que, comprendiendo los arts. 90 a 106, regulan las medidas y efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio. Dicho desplazamiento de la legislación común, lo ha sido incluso con un efecto retroactivo, pues la revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales decretadas con arreglo a la legislación anterior han pasado a regirse por las nuevas leyes, si bien en los términos establecidos en las Disposiciones Transitorias de cada una de ellas, en donde se han previsto mecanismos que han habilitado a las partes para instar, por vía del procedimiento de modificación de medidas y amparándose en las nuevas leyes promulgadas, la modificación de la custodia en su día acordada judicialmente.

En cuanto al Derecho estatal, con la reforma del CC del año 2005, se modificó el art. 92 en materia de guarda y custodia de los hijos, introduciendo explícitamente la posibilidad del establecimiento de la custodia compartida, si bien dejando intactos, en mi opinión erróneamente, artículos como el relativo a la atribución de la vivienda familiar (art. 96 CC), alimentos de los hijos (art. 93 CC) y otros, y dando con ello pie a situaciones verdaderamente injustas para alguna de las partes.

Por el contrario, el legislador autonómico ha sido mucho más ambicioso y no se ha contentado con modificar única y exclusivamente los criterios legales que rigen la atribución de la guarda y custodia de los hijos, sino que acertadamente, ha acometido la reforma de todo el conjunto de efectos que se siguen de la ruptura de la convivencia de los progenitores, regulando aspectos como la fijación de la pensión del menor, atribución del domicilio familiar[3], etc. Ha logrado así, un mayor grado de coherencia en el diseño final de las condiciones de vida a que tendrán que acomodarse tanto los hijos, como cada uno de sus progenitores, a resultas del proceso y de la opción de guarda que se apruebe.

[1] En este sentido, la *Commission European Family Law* trabaja con el objetivo de elaborar Principios europeos de Derecho de familia que puedan servir a los legisladores europeos para armonizar y modernizar su Derecho de familia. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", *Revista Valenciana d'Estudis Autonómics*, núm. 54, 2010, pp. 79-81.

[2] GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "El Derecho de familia", cit., pp. 92-94.

[3] Con la excepción de la Ley Foral Navarra que no contempla la regulación de la atribución del domicilio familiar.

Esta situación de disparidad de legislaciones ha planteado problemas en cuanto a que ha dado lugar a la existencia de *"niños de primera y segunda clase"*[4] *o, correlativamente, "padres de primera y padres de segunda", que actualmente se produce dada la disparidad legislativa existente en nuestro país al respecto de esta materia,* dependiendo del territorio en el que convivan, pues en función de ello y atendiendo a la diversidad de normas existentes, se les aplicará un régimen legal u otro, propiciando situaciones de desigualdad, que debieran evitarse.

A la vista de esta situación, resultó en cierto modo tranquilizadora la noticia publicada en la nota de prensa emitida el 13 de junio de 2014 por el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Justicia, en la que se anunciaba el encargo por parte del anterior ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, a la Comisión de Codificación de la modificación del CC., para que el art. 92 dejara de contemplar el carácter excepcional de la custodia compartida de menores, estableciendo un sistema legal donde desaparecieran las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental pero sin establecer la preferencia por ningún sistema de custodia, y dejando en manos del Juez, atendidas las circunstancias del caso concreto, cuál sería la más adecuada para el interés de los menores. El referido Anteproyecto no vio la luz la pasada legislatura, por lo que queda pues en manos del legislador, la tarea de modificar la ley estatal, y así unificar criterios y subsanar las posibles deficiencias que se deriven de la aplicación práctica de las legislaciones autonómicas.

En suma, y ante la diversidad de leyes autonómicas existentes, se hace precisa una ley estatal que armonice el marco legal existente y flexibilice los criterios que, hasta la fecha, se exigen en el CC para acordar la custodia compartida en la línea seguida por el legislador autonómico, cuyo objetivo central sea favorecer la continuidad en la vida familiar del niño, ya que sin duda esto va a contribuir a reducir el fracaso escolar de los menores, reducir también su sentimiento de pérdida, y fortalecer su autoestima.

II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO SISTEMA DE PREFERENCIA EN EL DERECHO AUTONÓMICO.

1. Cuestiones generales.

Las leyes autonómicas han resultado ser mucho más acordes a la evolución actual del concepto de potestad conjunta, tal y como está sucediendo en diversos ordenamientos europeos. En relación con los modelos legales de guarda y custodia en caso de ruptura de la convivencia de los padres, en el Derecho extranjero parece detectarse una clara tendencia a favor de la instauración en la práctica de regímenes de custodia compartida, siendo el modelo general en Europa el de la responsabilidad

[4] TENA PIAZUELO, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2011, p. 2.

parental conjunta, fomentando la relaciones personales de ambos progenitores con el niño y respetando los vínculos de éste con ambos.

La promulgación de las leyes autonómicas constituye un interesante punto de partida para la reforma del CC a los efectos de actualizar la normativa en materia de custodia compartida. Pese a ello, considero que la técnica legislativa empleada por Aragón y Valencia no resulta la más adecuada ya que establecer el modelo de custodia compartida con carácter preferente, facilitando ampliamente la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia individual, constituye una presunción legal de que un régimen jurídico es mejor que otro. Esta es la línea en la que se han pronunciado, entre otros, autores como GONZÁLEZ DEL POZO[5]. En mi opinión, dicho carácter preferente no garantiza adecuadamente el interés superior del menor, que es el fin último a proteger, ya que en este tipo de supuestos hay que estar a cada caso en concreto para ver cuál es el régimen de custodia que mejor garantizará el interés de los menores y no al establecimiento de un sistema de preferencia que en ocasiones, puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas.

No obstante, y a pesar de la preferencia legal establecida, ello no va a suponer la aplicación automática de la misma[6]. A este respecto, y con buen criterio, la jurisprudencia es unánime en cuanto a considerar que no se puede hacer tabula rasa en este tipo de procesos, fomentando una medida única para prácticamente todos los supuestos dejando escaso margen para la capacidad de maniobra del juzgador. Éste, debe precisar en todo caso, qué régimen se adhiere mejor a las necesidades de cada menor y a las circunstancias de cada caso en concreto. Para ello, habrá de atender a diversos factores que faciliten la motivación de la decisión judicial, abstrayéndose de tratamientos igualitarios que pueden dar lugar a medidas no acordes con el verdadero interés de la familia.

2. Del reconocimiento expreso de la preferencia: el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana.

En el supuesto de la legislación aragonesa, la medida judicial sobre la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, está regulada en el art. 80 Código aragonés. El precepto, tras establecer en el párrafo primero de su apartado 1, como norma general, que cada uno de los progenitores por separado o ambos de común acuerdo, puedan solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno sólo de ellos dispone, en su apartado segundo que, a falta de pacto, el Juez adoptará de forma

[5] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley,* núm. 7537, 2010, p. 9.

[6] Así lo refieren, entre otras, las sentencias AP Valencia 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347); 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345).

preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente[7].

Así, el art. 80.2 del texto aragonés establece que, "se considera la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez debe adoptar de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuera lo más conveniente"[8]. Con este cambio, en el que se invierten los términos del CC, se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. Y con respecto al objeto de esta custodia compartida, la fundamenta la ley en la conjugación de dos derechos básicos: "por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar"[9].

De la literalidad del precepto pudiera desprenderse que el Juez podría adoptar la medida aún en el supuesto de que los padres hubieran acordado la custodia individual, pues si bien es cierto que el Juez debe tener en cuenta el llamado pacto de relaciones familiares que debe presentar cada progenitor, el único principio al que debe atender y que le vincula, es el interés superior del menor[10]. No obstante, dicha decisión del Juez apartándose de la voluntad de los padres, vulneraría el derecho a la libertad de éstos para elegir la modalidad de custodia que más se adecue a las necesidades de sus hijos. Por lo tanto, en los supuestos en los que haya acuerdo por parte de los progenitores, el Juez debe ceñirse a dicha voluntad, y ello salvo que situaciones excepcionales en donde pudieran derivarse consecuencias dañosas para los menores.

---

[7] Del análisis realizado se puede concluir que la jurisprudencia del TSJ Aragón, recogida por la SAP Zaragoza 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441), hace una apuesta fuerte por el régimen de custodia compartida, si bien ello no va a presuponer una negación del sistema de custodia individual, puesto que por encima de todo se encuentra el interés del menor. La SAP Zaragoza 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060), recoge la jurisprudencia del TSJ Aragón sobre esta cuestión refiriendo que en reciente sentencia de 25 de julio de 2013 se optó por un régimen de custodia en favor de la madre y amplio régimen de visitas para el padre, al entenderse que la custodia compartida no sería beneficiosa para el menor pues en los informes psicosociales emitidos se recomendaba el individual, habida cuenta que aquel era reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, y había otros condicionamientos de horarios laborales del padre y de espacio en su vivienda que jugaban en contra del régimen compartido. En la sentencia 8 febrero 2012, se destacaba por el TSJA que en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente establecido por el legislador aragonés debía ser el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

En similares términos, STSJ Aragón 27 mayo 2015 (Id Cendoj: 50297310012015100020).

[8] Preámbulo IV de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.

[9] Preámbulo III de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.

[10] En este sentido, la SAP Zaragoza 29 mayo 2012 (*Tol* 2.555.903), refiere que la custodia compartida es el sistema prioritario en nuestro Derecho Foral, pero éste cederá cuando, como en el caso enjuiciado, la individual resulte más conveniente para los menores (Art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Por lo tanto, y en defecto de pacto entre las partes, el Juez podrá acordar la custodia compartida o la individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores y que la oposición de un progenitor a la custodia compartida (art. 80.5 Código aragonés), no será causa suficiente para considerar que no procede adoptar el régimen de custodia compartida solicitado por el otro[11].

No se trata de un sistema legal rígido, salvo en cuanto al mandato dirigido al Juez de salvaguardar el interés superior del menor. Según GONZÁLEZ DEL POZO[12], en referencia al sistema establecido en la legislación aragonesa, si bien es perfectamente aplicable a la regulación prevista en la ley valenciana, "la preferencia legal por la custodia compartida es más nominal o teórica que real, ya que, si el Juez debe adoptar la custodia individual cuando la misma sea más conveniente para el interés y beneficio de los hijos, la preferencia por la custodia no devengará de ningún criterio legal de primacía o prioridad, sino de la mayor idoneidad o conveniencia de ese régimen de convivencia en el caso concreto planteado".

A tal efecto, autores como GONZÁLEZ DEL POZO y CASTILLA BAREA[13], han cuestionado esta preferencia en cuanto a la atribución de la modalidad de custodia compartida en el texto aragonés, si bien el razonamiento sería aplicable al resto de normas. Es evidente que ninguna de las normas autonómicas descartan la custodia individual, y en cuanto a la preferencia por la custodia compartida señala, que tal posibilidad se hará depender de las circunstancias y factores que se prevén en cada una de las leyes, de modo que lejos de decidir judicialmente la custodia compartida con carácter general, se deberá valorar para tomar la decisión más acorde al respecto, la edad de los hijos, el arraigo social y familiar, la opinión de éstos siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de catorce años, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Con todo, el texto legal se decanta, sobre todo, "procustodia compartida", ya que es ésta la filosofía que se inspira en su Exposición de motivos.

En el caso de la norma valenciana, la regla general viene recogida en el art. 5.2 de la ley, que establece que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el Juez "atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos", extremo este último importante porque el motivo más habitual para la denegación de la custodia compartida, cuanto menos hasta fechas recientes, era precisamente la existencia de

[11] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "Análisis crítico de las medidas", cit., p.5.
[12] GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas", cit., p. 8.
[13] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "Análisis crítico de las medidas", cit., p. 9.
En igual sentido, CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010, p. 32.

malas relaciones entre los progenitores, considerándose que dicha circunstancia dificultaba enormemente un régimen de este tipo[14].

Vemos pues que la ley valenciana irá todavía más allá que la aragonesa, y ello por cuanto no sólo contempla la convivencia compartida como regla general a falta de acuerdo entre los progenitores, sino que además, establece que no será obstáculo para ello la oposición de un progenitor, que también lo prevé el Código aragonés, o las malas relaciones existentes entre ambos, siendo esta última expresión exclusiva de la regulación valenciana[15].

Así lo refiere igualmente la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013, que declaró como doctrina a los efectos de la interpretación que debía darse del art. 5 de la ley valenciana que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto.

El criterio que recoge la doctrina legal del Tribunal en la referida sentencia es que, de la interpretación del art. 5.4 de la Ley 5/2011, se desprende que para acordar el régimen de custodia monoparental es necesario que existan informes que lo justifiquen en aplicación del principio de primacía del interés superior del menor.

En los supuestos en los que no exista informe, la reciente STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015[16] sienta como doctrina jurisprudencial que "La aplicación de la primacía del interés superior del menor para fundamentar una decisión de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el art. 5.3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor, no siendo incompatible con la doctrina de la sentencia de este Tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre que se aplicará con carácter general".

En mi opinión, y aun existiendo informe, debieran tomarse en consideración a la hora de otorgar la modalidad de custodia monoparental, no sólo el contenido de los

[14] Véase a este respecto SAP Alicante 16 enero 2012 (*Tol* 2569000).

[15] Conviene matizar que con la entrada en vigor de la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, también recoge en su art. 9, apartado 2º, que la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.

[16] Véase a este respecto STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015 (Id Cendoj: 46250310012015100009)

informes emitidos sino también el análisis de los factores recogidos en el art. 5.3 de la ley.

Así, la ley valenciana regula el régimen de guarda y custodia compartida como mecanismo idóneo para el cumplimiento de la obligación derivada de la patria potestad de los progenitores de tener a los hijos menores en su compañía cuando aquellos no conviven[17].

En este sentido, para REYES LÓPEZ[18] la ley valenciana "supone un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores".

Con esta ley, y al igual que con la norma aragonesa, se produce un cambio de criterio respecto al imperante hasta la fecha, al establecer "un sistema equilibrado y compartido en el desempeño de la autoridad parental en todas las esferas de la vida del menor afectado, siempre compatible y guiado, en todos los extremos, por el principio fundamental del interés del menor, de igualdad entre los progenitores, y con el derecho de cada menor de poder convivir con ambos"[19].

3. La guarda y custodia compartida como modelo preferible pero no preferente en el Código civil de Cataluña.

Por su parte, la redacción del Libro Segundo del Código Civil catalán, ha regulado tal organización familiar como deseable y preferida pero no preferente, y siempre y en cualquier caso, sometida al interés del menor que debe primar sobre cualquier otro interés en juego[20]. En este sentido, los Tribunales deberán de hacer una aplicación extremadamente cuidadosa y quien predique y pretenda una guarda y custodia compartida, (como quien predique y pretenda la denominada "guarda exclusiva") ha de asumir la carga de probar cuál es el reparto de funciones que se corresponde con la realidad de su familia en concreto y ha de acreditar la concurrencia de las condiciones necesarias en cada uno de los progenitores y la conveniencia de la guarda compartida para los menores (que lo que se pide se

[17] En este sentido se ha señalado que lo que más y mejor puede contribuir al desarrollo psíquico, emocional, afectivo, social…de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar con ninguno de ellos. Así lo refiere GARRIGA GORINA, M.: "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008, p. 4.

[18] REYES LÓPEZ, M.J.: "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

[19] REYES LÓPEZ, M.J.: La nueva regulación de las relaciones familiares, cit., p. 23.

[20]Entre otras, las sentencias AP Barcelona 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285); 27 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100078).

corresponde a su "superior interés"), aportando en concreto datos sobre vinculaciones afectivas, acuerdos, aptitudes, actitudes, situación de domicilios, residencia adecuada, horarios y actividades de los hijos, tiempo libre, tiempo dedicado de pasado a los hijos, tareas desarrolladas, opinión de los menores, y de los progenitores, etc., a cuyos efectos deben suministrarse las oportunas pruebas. En defecto de mejor prueba, adquiere relevancia la guarda residual a favor de quien ha cuidado más de los menores[21].

Por ello, la legislación catalana, a diferencia de lo previsto en la aragonesa y la valenciana, no establece expresamente la preferencia por la custodia compartida, y si bien la jurisprudencia sí que se refiere a ella como preferible[22], esta falta de reconocimiento expreso ha dado lugar a diversas interpretaciones, de ahí que se haya criticado la redacción del art. 233.9 Código catalán al no establecer de forma clara, contundente y sin dudas el carácter preferente de la custodia compartida[23].

No obstante, de la redacción de la misma y en concreto del art. 233-10.2[24] del texto catalán, parece otorgar a la custodia individual un carácter excepcional, optándose, en ausencia de pacto entre los progenitores, por un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentalidad que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación. Se puede decir que el art. 233.8.1 del Código catalán, hace mención a la custodia compartida pero en la medida que ello sea posible, sin olvidar que el art. 233.10 otorga al Juez la posibilidad de atribuir la guarda y custodia exclusiva, sin hacer especial mención a la preferencia sobre la custodia compartida en los términos de las legislaciones aragonesa y valenciana.

Con esta nueva regulación, se aparta el legislador de la existente hasta la fecha en el CC, apreciándose una clara influencia de otros sistemas de Derecho extranjero[25].

---

[21] SAP Barcelona 21 marzo 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100204).

[22] SAP Barcelona 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100233). La Sala refiere que el CCCat no establece ni impone la modalidad de guarda compartida como modelo preferente aunque sí preferido. En el CCCat la manera de ejercer la responsabilidad parental después de la ruptura, es decir, la modalidad de la guarda, está condicionada por el interés del menor. El art. 233-8 CCCat que determina que la nulidad, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que mantienen el carácter de compartido y en la medida que sea posible se han de ejercer conjuntamente, exige en el apartado tercero que la autoridad judicial en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores ha de atender de manera prioritaria al interés del menor.

[23] DE TORRES PEREA, J.M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, p. 49.

[24]La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

[25] Así, tras la Ley francesa 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad, en consonancia con el artículo 373.2.11 *Code*, que pone de relieve la valoración judicial de la aptitud de cada progenitor para asumir sus deberes y respetar la posición del otro. También en otras legislaciones, como ocurre con la *Children Act* inglesa de 1989, o en Bélgica, Gales y Escocia, se

En este sentido, la STSJ Cataluña 9 enero 2014 refiere que "la norma a tener en cuenta, es el art. 233-8, 1 del Código catalán que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente".

Este criterio se constituye en principio rector de la nueva legislación. Conforme indica el Preámbulo de la ley, el Libro Segundo abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si éste no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor[26].

Así, en el supuesto en que no haya un acuerdo entre los progenitores, no se otorgará por defecto, y será el Juez quien decida cuál de los dos asume la guarda de los hijos menores, ya que no hay que partir de una apuesta indiscriminada de la norma catalana por la modalidad compartida[27], pues la autoridad judicial podrá disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del menor (art. 233-10.2 in fine Código catalán). En esta tarea, el Juez atenderá a una serie de factores previamente establecidos en la ley[28], y que luego veremos, positivando los que la jurisprudencia había tenido ya en cuenta[29]. A ello se añade la consideración de

admite que la autoridad judicial pueda otorgar la guarda compartida sin acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor. Por el contrario, en Alemania o Noruega sólo procede si hay acuerdo entre los progenitores. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La custodia compartida a debate* (coord. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid 2012, p. 78.

[26] SAP Barcelona 2 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100651).

[27] En este sentido, véase SAP Barcelona 9 mayo 2013 (Id Cendoj: 08019370122013100282).

[28] Según el art. 233-11 Código catalán, estos criterios son: 1. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de sus padres, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; 2. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo a su edad; 3. La actitud de cooperación de los padres entre ellos a fin de asegurar la estabilidad de los hijos y garantizar las relaciones de estos con los dos progenitores; 4. El tiempo de dedicación de cada uno de los progenitores hacia sus hijos antes de la ruptura y las tareas que ejercían para procurarles el bienestar; 5. La opinión de los hijos; 6. Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; 7. La situación de los domicilios de los padres, así como los horarios y actividades de estos y de los hijos.

[29] En este sentido, la SAP Barcelona 14 octubre 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100669) recoge los referidos criterios la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que en su caso convivan en los respectivos hogares; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un

los pactos de los progenitores en previsión de una ruptura, anteriores al procedimiento[30].

La redacción del precepto, dista mucho de la regulación establecida en la ley valenciana y en el Código aragonés en donde se dice claramente que "el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida…". En la norma catalana, en palabras de MAZA DOMINGO, "todo se dice de manera más difusa"[31], pues refiere que las responsabilidades parentales "mantienen un carácter compartido y, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente", pero no reconoce expresamente la preferencia, si bien se intuye la misma de manera más o menos clara.

En este sentido, la invocación general a la jurisprudencia y legislación vigentes, específicamente al art. 233-10.2 del Código catalán como favorecedora de las fórmulas de coparentalidad, y del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental debe ir acompañada de un examen del caso concreto dado que como el TSJ Cataluña subraya en sentencia 20 diciembre 2010[32]a propósito de la guarda compartida, el modelo de guarda preferente es o será aquel que mejor tutela el interés del menor.

Por lo tanto, y aunque no conste expresamente reconocido, del texto catalán se desprende que la opción preferente para el legislador catalán es también la guarda y custodia compartida[33], pues la expresión "sin embargo" denota que la excepcionalidad se predicará de la custodia individual y no de la compartida. El criterio jurisprudencial consolidado es que el sistema que mejor garantiza la estabilidad de los hijos tras el divorcio es el ejercicio conjunto de la custodia. No obstante, en la aplicación de la doctrina al caso concreto, el Juez deberá indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, y la

entorno adecuado, de acuerdo con su edad; la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; la opinión expresada por los hijos competentes; los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores..

[30] GARRIGA GORINA, M.: El criterio de continuidad, cit.

[31] MAZA DOMINGO, J.: Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 112, 2011.

[32] STSJ Cataluña 20 diciembre 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100079).

[33]Así lo refiere VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

"idoneidad" de la modalidad de ejercicio de la potestad y del sistema de custodia que se implante[34].

4. De la falta de concreción en la ley navarra en cuanto a la preferencia por un sistema u otro.

Por lo que se refiere a la Ley navarra 3/2011, de 17 de marzo, y a pesar de las manifestaciones de su Exposición de motivos, no deja de ser una mera declaración de intenciones, pues si bien regula las dos modalidades de custodia, no acaba de decantarse por ninguna de ellas de modo especial, ya que deja en manos del Juez la decisión sobre la concreta modalidad de custodia en interés de los menores, siendo que por ello se la ha tildado de norma vacía de contenido.

El texto final, en la línea con lo que prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, recoge que la custodia compartida no debe prevalecer sobre la individual, sino que ambos regímenes deben quedar en pie de igualdad[35]. El Juez tendrá plena libertad a la hora de adoptar la modalidad individual o compartida, sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo, pero sí al menos, uno de ellos (art. 3.2). No obstante, partiendo en su Exposición de motivos de la insuficiencia del CC para garantizar la igualdad de los padres, apuesta, "en línea con la realidad social actual", porque la custodia compartida no sea algo excepcional.

El sistema adoptado por la ley navarra, no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que en realidad, lo somete a una decisión judicial, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor[36].

El art. 3.1 de la ley foral referido a la guarda y custodia de los hijos prevé, que en el supuesto de ruptura de la convivencia y en defecto de pacto de relaciones familiares pactado por los progenitores, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. En el supuesto de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres (art. 3.2), el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio

[34] SAP Barcelona 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100070).

[35] Ello conllevó a que se cambiara incluso el nombre originario de la ley que dejó de llamarse ley de custodia compartida para denominarse ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

[36] SABATER BAYLE, E.: "Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

Se ve pues como su art. 3.2[37], no se establece la preferencia legal de ninguna modalidad de custodia, confiriéndole al Juez amplia potestad para que decida por una modalidad u otra, sin establecer la preferencia de ninguna. Igualmente, y al igual que se prevé en el resto de legislaciones autonómicas, se prescinde del informe necesariamente favorable del Ministerio Fiscal que venía previsto en el art. 92.8 CC y permite al Juez, en el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, acordar la guarda y custodia compartida o la individual, oído el Ministerio Público y previos los dictámenes que sea necesario recabar.

Concluye el art. 3.4 de la ley navarra que "la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de esto".

Del articulado de la ley foral, no se recoge un modelo de custodia compartida como en el resto de las legislaciones autonómicas, permitiendo que sea el Juez, el encargado de decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo dependiendo del caso. La prioridad, al igual que en el resto de legislaciones, será el interés de los hijos, así como conciliar las querencias de los padres. La posibilidad de los padres de conseguir la custodia compartida va a quedar subordinada a la decisión del juzgador, con el límite genérico de que su resolución debe respetar el principio del interés del menor, pero sin que pese sobre los Tribunales, el mandato legal de establecer la custodia compartida preferente.

Para autores como CONDE PUMPIDO[38], éste sería el modelo idóneo pues se trata de una regulación en la que no se da preferencia a una u otra modalidad de custodia, sino que las coloca a un nivel de total igualdad, de forma que en cada caso concreto sea el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta siempre como principio preferente el del interés del menor, el que adopte una u otra solución en relación con lo que se considere más adecuado y beneficioso para los menores objeto de cada procedimiento. Partiendo de esta premisa, considera que el legislador navarro ha adoptado una solución más neutra y, más correcta al poner al mismo nivel las dos modalidades de custodia, y remitir en cada caso concreto al criterio del Juez basado en el interés superior del menor.

[37] En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

[38] CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.: "Ley valenciana de custodia compartida", *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

5. La custodia compartida como modalidad más adecuada en la Ley vasca.

Por último, el sistema adoptado por la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que en realidad, lo somete a una decisión judicial, siempre previa petición de parte, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor.

En la norma vasca la regla general viene recogida en el art. 9.2, que establece que el Juez "a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores…". Igualmente, el apartado 1º del art. 9, en una clara intención de favorecer el establecimiento de la modalidad compartida, refiere que "la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor".

Todo ello, junto al alegato realizado en la Exposición de motivos de la ley en términos de que considera "la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio…", hace que la ley se decante claramente por esta modalidad de custodia, si bien con el condicionante de que deba ser solicitada dicha modalidad de custodia por uno de los progenitores.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTRA EL AUTOMATISMO EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODALIDAD PREFERENTE.

El reconocimiento legal de la preferencia por la custodia compartida se ha visto reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ido sucediendo tras la entrada en vigor de cada una de las leyes autonómicas. La doctrina emanada de las diversas Audiencias Provinciales, se ha mostrado favorable a la aplicación de la modalidad compartida, alabando las bonanzas de la misma, si bien, se ha hecho hincapié en que no se debe aplicar dicha modalidad de forma automática sino atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

No se debe olvidar que ni la custodia compartida es la panacea que va a remediar todos los males que produce en los hijos la ruptura de los padres -que, inevitablemente, afectará y cambiará en alguna medida la vida de aquellos y de éstos-, ni tampoco la custodia individual es el mal del que huir a toda costa. Debe reconocerse que este último régimen presenta como ventaja fundamental la estabilidad que proporciona al modo de vida de los hijos, eso sí, determinado por el progenitor custodio. Y esta estabilidad en el modus vivendi puede redundar en muchos casos en estabilidad emocional, principalmente cuando en el ámbito de la custodia individual se respetan los derechos de visita, comunicación y estancia del

progenitor no custodio y se tiene el sentido común de no indisponer o predisponer a los hijos contra la persona que no vive habitualmente con ellos[39].

Esta es la tendencia seguida por la jurisprudencia de las diversas Audiencias. Así, la SAP Zaragoza 19 junio 2012[40], entre otras[41], refiere que "la ley establece la preferencia legal por la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello por el contrario no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores, deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico y fundamental inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad…".

En iguales términos se ha manifestado la STSJ Aragón 28 septiembre 2012, al establecer los criterios de interpretación del art. 80 del texto aragonés, donde reproduce lo ya manifestado en su sentencia de 1 febrero 2012[42]. Refiere que no se trata de un sistema rígido, salvo en lo referido al mandato dirigido al Juez de salvaguardar el superior interés del menor. La doctrina del Tribunal establece que la regla de preferencia correspondiente a la modalidad compartida de guarda sobre los hijos (tal como se configura en el art. 80 del Código aragonés), no llega a excluir absolutamente la posibilidad de una custodia individual o exclusiva ejercida por cualquiera de los progenitores[43], debiendo atenerse a las circunstancias del caso concreto para llegar a la conclusión de que la custodia individual pueda resultar más

[39] CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia", cit., pp. 13-14.

[40] SAP Zaragoza 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255)

[41] De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176); 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066).

[42] Los criterios de interpretación del art. 80 Código aragonés sintetizados en la STSJ Aragón 1 febrero 2012: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando este resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá que evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

[43] En este sentido, véanse las sentencias TSJ Aragón 15 mayo 2014 (EDJ 2014/90606); 30 septiembre 2011 (Id Cendoj: 50297310012011100014); 9 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297310012012100003).

beneficiosa que la compartida, aplicando en estos supuestos la excepción al criterio legal de aplicación preferente de la custodia compartida.

En igual sentido, el TSJ Cataluña[44] también se ha pronunciado en términos de que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos los casos, debiendo atenerse como único criterio a tener en cuenta el interés superior del menor en cada supuesto.

Por su parte, y en términos similares la SAP Valencia 7 abril 2014[45], a pesar de que la norma valenciana recoge expresamente la preferencia, se ha pronunciado en términos de que la custodia compartida no es automática en nuestra legislación autonómica sino que debe ser valorada en función de las circunstancias concurrentes como más beneficiosa para los menores.

En esta misma dirección, la doctrina sentada por la STSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013[46] establece que, la ley no crea un automatismo en la atribución de la guarda y custodia compartida para la que baste meramente su solicitud, pues dicha ley en su art. 5 permite la excepción de la regla general de custodia compartida mediante la ponderación del juzgador de cuál de los regímenes de custodia es el más adecuado para garantizar el interés superior del menor. En definitiva, será ese interés el que determine la resolución a adoptar teniendo en cuenta que, como dice la referida sentencia, que "el interés superior del menor se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida -art. 5.2- y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés de menor en cada caso - art. 5.4 -, todo ello en los términos de la definición de ambos de la propia norma legal -art. 3- todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su art. 5.3".

Se ve pues que el legislador autonómico ha instaurado la presunción iuris tantum de que el régimen de convivencia más beneficioso para el menor cuyos padres ya no conviven juntos, es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a ambos progenitores. Esta presunción se ha reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al efecto. El Juez no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor sino que, presumiendo la idoneidad de éste, razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor ese sistema de custodia

[44] Entre otras, STSJ Cataluña 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100063).
[45] SAP Valencia 7 abril 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100246)
[46] STSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013 (*Tol* 3.966.045).

individual, en el supuesto de que lo haya solicitado alguna de las partes o el Ministerio Fiscal[47].

IV. CONSECUENCIAS DE LA POSIBLE DEROGACIÓN DE LA LEY VALENCIANA 5/2011.

A la vista de los últimos pronunciamientos del TC declarando la inconstitucionalidad de la Ley valenciana 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano[48], así como la parcial inconstitucionalidad de la Ley 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana[49], conviene plantearse cuál es el futuro inmediato que le depara a la Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pendiente igualmente de recurso de inconstitucionalidad.

Dado que se prevé que el resultado sea el mismo que los anteriores pronunciamientos, ya que el motivo es que el TC no reconoce a la Comunidad Valenciana el derecho a legislar en materia civil que por el contrario sí reconoce a otras seis Comunidades autónomas, conviene analizar cuál va a ser la situación en la que quede la institución en el ámbito de la Comunidad Valenciana ante una hipotética derogación de la ley.

En mi opinión, y si fuera el caso que se produjera la derogación de la ley, ello no va a conllevar grandes cambios respecto al régimen ahora vigente, y ello por los motivos que seguidamente voy a exponer:

Partiendo de la Resolución 2079 del Consejo de Europa de fecha 15 octubre 2015, en donde se recomienda a los Estados la necesidad de adaptar sus legislaciones en cuanto al desarrollo de la corresponsabilidad familiar, así como de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada de la Sala 1ª TS en cuanto a la interpretación que la misma hace del art. 92.8 CC, es evidente que aunque la ley se derogue, la custodia compartida va a seguir acordándose, no de forma automática, como tampoco lo ha venido siendo hasta ahora, pero sí analizando las circunstancias del caso concreto y garantizando el interés de los menores.

Así, son numerosas las sentencias en las que se concluye que la custodia compartida debe ser la modalidad normal y deseable. No debe considerarse un sistema excepcional que exija una acreditación especial, y ello por cuanto que la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible.

---

[47] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "Análisis crítico de las medidas", cit., p. 3.
[48] Véase a este respecto STC 82/2016, de 28 de abril 2016.
[49] Véase a este respecto STC de 6 de junio 2016.

Entre otras, se han pronunciado en estos términos, la STS 12 diciembre 2013[50]; STS 21 octubre 2015[51]; STS 16 marzo 2016[52]; la STS 19 febrero 2016[53], que consolida la doctrina jurisprudencial en cuanto a permitir la custodia compartida en caso de existir discrepancias razonables entre los progenitores; la STS 14 octubre 2015[54], que determina que la salida civilizada del hogar familiar de uno de los progenitores, no es inconveniente para que se otorgue la guarda y custodia compartida, pues la salida no supone que haya una aceptación de la custodia monoparental a favor del que se quedó; incluso la STS 29 marzo 2016[55], en donde parece producirse una clara llamada de atención a la AP Madrid por no haber accedido a conceder la custodia compartida, recriminándole que el no aplicar la doctrina consolidada de la Sala, pone en riesgo la seguridad jurídica.

Al margen y además de lo anterior, hay que traer a colación la Ley valenciana 12/2008 de Protección Integral de la infancia y la adolescencia, de plena aplicación, y en donde se consagra en su art. 28 el principio de coparentalidad. Se trata de una ley que se encuentra en vigor, y que por lo tanto, se podría tomar como fundamento para la petición de la custodia compartida.

Por lo tanto, y ante la hipotética derogación de la ley valenciana, se aplicaría de nuevo el sistema previsto en el CC así como la doctrina jurisprudencial existente en cuanto a su interpretación. A partir de los últimos pronunciamientos del TS en cuanto a la interpretación del art. 92.8, los Jueces y Tribunales van siendo más proclives a su implantación, lo que ha hecho que se haya producido un aumento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de custodia.

Por ello, e independientemente de la existencia o no de ley autonómica, los Tribunales han ido definiendo un modelo de custodia que se va perfilando por vía jurisprudencial, en tanto se apruebe definitivamente la tan ansiada reforma del CC en materia de guarda y custodia compartida. Hasta que esto ocurra, es clara la línea jurisprudencial existente en cuanto a ser la custodia compartida la modalidad

[50] STS 12 diciembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100707).
[51] STS 21 octubre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100575).
[52] STS 16 marzo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100186).
[53] STS 19 febrero 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100098).
[54] STS 14 octubre 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100541).
[55] STS 29 marzo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100182). Refiere la Sala que La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario. Al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia.

deseable y aconsejable, si bien habrá que probar y justificar la conveniencia de dicho modelo.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.: "Ley valenciana de custodia compartida", *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4.

GARRIGA GORINA, M.: "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", *Revista Valenciana d'Estudis Autonómics*, núm. 54, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley,* núm. 7537, 2010.

MAZA DOMINGO, J.: "Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 112, 2011.

REYES LÓPEZ, M.J.: "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

TENA PIAZUELO, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2011.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en AA.VV.: La custodia compartida a debate (coord. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid 2012

ÍNDICE

EN TORNO AL ARTÍCULO 1366 DEL CÓDIGO CIVIL*

COMMENTARY ON ARTICLE 1366 CIVIL CODE

MARÍA DE LA ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Abogada
almudenacarrionvidal@hotmail.com

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza una exégesis exhaustiva del artículo 1366 CC, prestando especial atención a la jurisprudencia existente sobre la materia

PALABRAS CLAVE: obligaciones extracontractuales; sociedad de gananciales; responsabilidad civil.

ABSTRACT: This paper does a comprehensive interpretation of Article 1366 CC, paying particular attention to the existing case law on the subject.

KEY WORDS: non-contractual obligations; community of property; personal liability.

FECHA DE ENTREGA: 04/04/2016/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

· 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).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES.- 1. Planteamiento de la cuestión en sede doctrinal y jurisprudencial con anterioridad a la reforma del Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981.- 2. La redacción del art. 1366 CC surgida de la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ¿presentaría algún grado de conexión con la concepción del matrimonio en lo personal y, por extensión, de la familia misma surgidas de la reforma del CC por la Ley 30/1981, de 7 de julio?.- 3. "Matrimonio" y "sociedad conyugal" en el art. 1366.- III. LA RATIO MISMA DEL ART. 1366.- IV. HACIA UN INTENTO DE EXÉGESIS DEL ART. 1366.- 1. Algunos datos acerca de la tramitación parlamentaria.- 2. "Las obligaciones extracontractuales…".- 3. La casuística acerca de la responsabilidad civil proveniente de delito.- 4. Las obligaciones extracontractuales "de un cónyuge".- 5. Consecuencia de su actuación "en el ámbito de la administración de los bienes". Las omisiones.- 6. "O en beneficio de la sociedad conyugal".- 7. La razón última del artículo 1366.- 8. La carga de la prueba de que en la obligación concurren las circunstancias previstas por la ley.

I. INTRODUCCIÓN.

El artículo 1366 del CC viene redactado en los siguientes términos:

"Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor".

En una primera aproximación al precepto surge enseguida una idea básica, encaminada a encuadrar la norma que en dicho artículo se contiene.

Se trata de una norma propia del régimen jurídico de la denominada "sociedad de gananciales", régimen económico matrimonial supletorio de primer grado en los (llamados, muy impropiamente desde luego) "territorios de Derecho común". Y ya dentro del marco de los gananciales, el precepto aparece incluido en la Sección tercera del Capítulo IV, Título III, Libro IV del Código, bajo la rúbrica general "De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales". Se trata, pues, de una norma nacida[1] de la reforma del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial[2]. Y dentro ya del marco referido a las cargas y obligaciones pese a la

[1] Obviamente, la circunstancia de tratarse de una norma surgida en la reforma del régimen económico matrimonial en 1981, no quiere decir sin embargo que aquella carezca por completo de antecedentes en el Derecho anterior. A ello habrá que hacer referencia.

[2] Ninguna duda puede caber en cuanto a que no se falta a la verdad, y ello a pesar del ya largo periodo de tiempo transcurrido desde aquellas reformas, si se afirma que las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 constituyeron, y constituyen, las reformas de mayor calado y profundidad sufridas

confusa terminología que la simple lectura de aquella denota[3], se detecta que al menos se halla en perfecta conexión con una de las ideas básicas en materia de bienes gananciales, que tan acertadamente expuso el Prof. ALBALADEJO en su Curso de Derecho civil, publicado en 1982, con las reforma del 81 dando sus primeros pasos: el propósito legislativo de diferenciar o distinguir con la mayor nitidez posible entre aquellas deudas de las que "se responde" con los gananciales, y aquellas otras que "definitivamente deban repercutir sobre el patrimonio ganancial", o deban quedar "a cargo" de aquéllos.

Y es que la norma del 1366, al margen de su amplia problemática, es al menos muy clara por cuanto se refiere a la antedicha diferenciación entre estos dos conceptos: "responsabilidad", de un lado, y "cargo", de otro, por cuanto a los gananciales se refiere. Así un plano es el propio de "la responsabilidad" de la sociedad, en el que fundamentalmente se toma en consideración la protección de los terceros, de los acreedores, permitiéndoles agredir o dirigirse contra los bienes comunes en orden a hacer efectivo el importe de sus créditos, y otro plano bien distinto el constituido por la determinación de la masa patrimonial sobre la cual deba repercutir, definitivamente ya, el importe de esa misma deuda[4].

Desde la perspectiva anterior, premisa fundamental, para el entendimiento del precepto, es claro que aquél está haciendo referencia a un tipo de obligaciones ("las extracontractuales" de un cónyuge), obligaciones que, a su vez, hayan sido contraídas o se hayan generado, como "consecuencia" de la actuación de aquél "en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes". Concurriendo los anteriores presupuestos, la conclusión legislativa es bastante clara: tales obligaciones, no solamente serán "de la responsabilidad" de la sociedad

por el Código civil desde su promulgación en 1889. Una breve pero excelente consideración acerca de lo que se acaba de decir, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R: *Prólogo al Código civil*, Editorial Tecnos, en cualquiera de sus ediciones posteriores a dichas reformas. Señalaba este autor, como idea del comentario a aquellos cambios legislativos, que contrastaba la profundidad de los mismos con el tiempo, relativamente breve, en que se llevaron a cabo. Lo que sin duda hallaba adecuada explicación en la circunstancia de tratarse de regímenes jurídicos (los hasta entonces existentes) que chocaban frontalmente con los valores, principios y normas recogidos en la CE de 1978. Ese choque "frontal" obligaba necesariamente a la celeridad de las reformas.

[3] Ya uno de sus primeros comentaristas no dudaba en afirmar : "La interpretación de este artículo no es fácil, dado que en el mismo se utiliza una terminología confusa, como ya han señalado algunos autores afirmando que las palabras usadas no son muy felices" Torralba Soriano, V., siquiera recogiendo el parecer de RUEDA PÉREZ, M. A.: "Comentario al artículo 1366 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (coordinación, AMORÓS GUARDIOLA, M., y SALVADOR CODERCH, P.), Tecnos, Volumen II, Madrid, 1984, p. 1693.

[4] Como pusieron de relieve, a poco de la reforma, RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., el precepto "emplea dos términos, uno de ellos (cargo) utilizado en los artículos anteriores, cuando se norma sobre la relación interna entre los patrimonios conyugales, y el otro (responsabilidad) que se contiene en los destinados a la regulación con relación a los acreedores. Debemos entender –concluían– que el artículo es aplicable a ambos tipos de relaciones". RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M..: "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981", *Revista de Derecho Privado*, 1982, p. 569.

conyugal (lo que equivale a decir que los acreedores podrán agredir o dirigirse contra los bienes comunes), sino también de "cargo de aquélla" (es decir que, la deuda en cuestión deberá figurar en el pasivo de la sociedad, por cuanto ha de repercutir definitivamente en ese pasivo). La consecuencia inmediata de lo a anterior parece no pueda ser otra sino la de que, si los bienes gananciales hubieren sido agredidos en primer lugar por quien fuere acreedor en una relación obligatoria de la naturaleza de las antedichas, y la deuda se hubiere hecho efectiva sobre bienes de la sociedad, carecerá la sociedad de acción alguna encaminada al reembolso o reintegro del importe satisfecho con cargo a los bienes propios del cónyuge que la contrajo, resultando así inaplicable el apartado 3º del art. 1397 CC[5], dado el mandato legislativo de "repercusión" definitiva del importe satisfecho en el pasivo de la sociedad. La deuda será, pues, excluido ya el ámbito de "la responsabilidad", "de cargo" de la sociedad. Y, a contrario sensu, si el acreedor o acreedores hubieren hecho efectivo su crédito sobre bienes privativos del cónyuge que la contrajo, procederá el ejercicio por éste de una acción de reembolso o reintegro[6] contra los bienes de la sociedad, dado que la deuda deberá contar definitivamente en el pasivo ganancial[7].

En definitiva, como afirmaba LACRUZ, "La responsabilidad personal por deudas comunes se desplaza en la relación interna o fase de responsabilidad definitiva, a los bienes de esta clase, quedando a cargo de los bienes propios las deudas puramente

[5] A tenor del art. 1397.3º del CC, "Habrán de comprenderse en el activo (de la sociedad, se entiende): 3º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste".

[6] Sobre la temática de reintegros y reembolsos, sigue conservando plena actualidad el tratamiento de LACRUZ BERDEJO, J. L. (escrito a poco de la reforma de 1981): *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia,* Librería Bosch, Barcelona, 1982, pp. 358 y ss.

[7] A la cuestión, sin duda de notable interés en la exégesis del precepto, trataré de referirme más adelante, pero de momento me inclinaría, como parecer más seguro, por el de que estas obligaciones, aun siendo de responsabilidad y cargo de la sociedad, no quiere decir que al tiempo no sean asimismo deudas personales del cónyuge que ha originado la obligación (en este sentido, TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, vol. II, Madrid, 1984*,* p. 1698. En consecuencia, y al considerar acertado este autorizado parecer, no me parece quepa excluir la posibilidad de que, precisamente al tratarse de una deuda personal del cónyuge que haya originado la obligación, y al margen ahora del patrimonio sobre el que definitivamente deba repercutir aquélla, puedan venir agredidos para el cobro de la misma bienes propios del cónyuge que la originó, supuesto en el cual, como se ha dicho, el ejercicio por este de una acción de reembolso o reintegro parece fuera de duda. A favor de este punto de vista, el de que puedan venir agredidos bienes privativos del cónyuge que contrajo la deuda (siquiera esta deba repercutir de modo definitivo en el patrimonio ganancial), contaría además otro argumento: el de que admitiendo esta posibilidad, sin duda, se favorece en mayor grado el interés de los acreedores, en cuanto éstos podrán indistintamente dirigirse contra bienes comunes, o contra los privativos del cónyuge que contrajo la deuda. Y es que la cuestión de la masa patrimonial en cuya pasivo deba figurar definitivamente la deuda, ni es del interés del acreedor, ni éste debe ver en modo alguno dificultadas las posibilidades de cobro, como se le dificultarían si se le "obligase" a dirigirse exclusivamente contra bienes comunes. Este aspecto, el de la repercusión definitiva de la deuda, debe quedar pues para el ámbito de las relaciones internas entre patrimonios (el común y el del cónyuge que contrajo la deuda).

personales"[8].

Pero ese régimen jurídico será aplicable y sólo entrará en juego "salvo si fuesen debidas (las obligaciones extracontractuales de un cónyuge) a dolo o culpa grave del cónyuge deudor"[9].

Es, pues, el artículo 1366 un precepto que, a mi juicio, presenta gran interés. Y es que sólo ya tras este simple intento de aproximación a su contenido, creo se ofrece problemático casi en la práctica totalidad de ese contenido al que antes me refería. "La interpretación de este artículo no es fácil", advertía ya el Prof. Torralba Soriano, uno de sus primeros comentaristas[10], atribuyendo esa dificultad al empleo por el legislador de una "terminología confusa", y calificando de "no muy felices las palabras usadas", se manifestaban asimismo a poco de la reforma algunos otros exégetas[11]. ¿Cabe compartir en su integridad tales afirmaciones? En mi opinión, no hay que olvidar que se trata de puntos de vista expuestos a poco de la entrada en vigor de la reforma, por lo demás ya muy lejana en el tiempo. En la actualidad, el periodo de tiempo transcurrido desde aquella es más que notable. No cabe duda que la jurisprudencia, de un lado, no excesivamente copìosa, y el análisis doctrinal, de otro, han contribuido a una clarificación del precepto. Con todo, en mi opinión, quizá el interés mismo del 1366 radique precisamente en ese ámbito de duda, imprecisión y ambigüedad que se desprende de todo él. Y eso sería precisamente lo que lo convierte en interesante en orden a una labor de investigación siquiera inicial, como la presente.

No creo que pueda hablarse de que no fueron "felices" las palabras utilizadas, pero no es menos cierto que la práctica totalidad de sus términos ofrecen dudas y, consiguientemente, obligan al análisis: "obligaciones extracontractuales" (¿); "consecuencia de su actuación" (¿incluiría asimismo las omisiones?); "en beneficio de la sociedad" (¿presupone el precepto que ese beneficio se haya obtenido efectivamente, o bastaría que la actuación del cónyuge se encamine a su obtención aunque el resultado no se haya alcanzado?, y, de otra parte, ¿cuál es el alcance que debe atribuirse a esa expresión "en beneficio"?, ¿qué hay que entender aquí por beneficio?); ¿Por qué, y a diferencia de otros preceptos del Código (por ejemplo, el art. 1362.3º), el que nos ocupa se manifiesta en unos términos tan generales a propósito de la administración ("en el ámbito de la administración de los bienes",

[8] LACRUZ, J. L.: *Elementos,* cit., p. 440.

[9] La concurrencia, pues, de dolo o culpa grave del cónyuge deudor, y aunque la obligación extracontractual sea "consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes", produce la consecuencia de "excluir" ese "desplazamiento" (en la relación interna o fase de responsabilidad definitiva) de la responsabilidad personal por deudas comunes a los bienes gananciales, quedando la deuda en consecuencia a cargo de los bienes propios, y ello por tratarse entonces de una deuda puramente personal. (LACRUZ, J. L: loc. cit., p. 440).

[10] TORRABA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1693.

[11] "Las frases son extremadamente poco precisas". RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 569. El parecer lo recoge asimismo TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1693.

sin más precisiones)?. En cualquier caso, tras este cúmulo de términos, precisados todos ellos de claridad, quizá las dudas desparezcan por cuanto se refiere al señalamiento del patrimonio responsable y sobre el que deberá repercutir, definitivamente, la deuda ("serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, ..."). Y es que aquí esa idea base y diferenciadora entre "responsabilidad" y "cargo", se manifiesta con toda claridad. Si bien el inciso final del precepto vuelve a situar al intérprete, ante dudas de particular importancia ("salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave").

II. ANTECEDENTES

1. Planteamiento de la cuestión en sede doctrinal y jurisprudencial con anterioridad a la reforma del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Señala autorizada doctrina (TORRALBA SORIANO, V; DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L)[12] que el art. 1366 "aparece como un artículo nuevo (en la reforma de 1981), pero puede decirse que la problemática que trata de resolver se ligaba anteriormente con el art. 1410[13] en sus apartados 2º y 3º"[14]. Y es que, ya con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, puede decirse preocupaba de algún modo algunas de las cuestiones que, con posterioridad, y de manera más cumplida, contemplaría el legislador en el vigente art. 1366[15]. Es lo cierto en cualquier caso que "alrededor del tema de las multas y condenas previstas en el precepto, la doctrina

[12] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: "Comentario al artículo 1366", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por MANUEL ALBALADEJO), Edersa, Madrid, 1984, Tomo XVIII, Volumen 2º. Artículos 1344 a 1410 del Código civil, pp. 290 y ss.; TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1692.

[13] El art. 1410 del CC, en sus apartados 2º y 3º (el párrafo 1º venía a establecer una regla cuya obviedad la hacía innecesaria: "El pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales"), con anterioridad a la reforma de 1981, venía redactado en los siguientes términos: "Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren. Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1408, si el cónyuge deudor no tuviere capital propio o fuera insuficiente, pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados". En lo sustancial, se ofrecía coincidente el texto del último párrafo del art. 1410 en la primera edición del Código. Cfr., LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid 2003, décima edición, texto, antecedentes y notas a cargo de ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, p. 431.

[14] TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1692.

[15] En este sentido, TORRALBA recogía el parecer del maestro LACRUZ quien, escribiendo como he dicho para el antiguo 1410, señalaba que al referirse el precepto a "multas y condenas pecuniarias", parecía incluir en ellas (como cabía deducir de los Comentarios de GARCÍA GOYENA) las responsabilidades procedentes de culpa extracontractual.

trataba una serie de cuestiones y concretamente – afirma TORRALBA – el tema de la responsabilidad civil nacida de hechos u omisiones de uno solo de los cónyuges"[16].

En mi opinión, una simple lectura del antiguo art. 1410 en el último de sus apartados, permite concluir que la óptica adoptada al respecto por el legislador de la época resultada claramente opuesta a la que parece inspirar el precepto vigente. Creo que el antiguo art. 1410 contemplaba y se ocupaba exclusivamente de un tema de "responsabilidad" de la sociedad de gananciales, pero no de "carga" de aquella. Así pues, es verdad que el 1366 tiene su antecedente en el antiguo 1410, pero el deseo legislativo me parece completamente distinto en uno y otro. El párrafo 3º del 1410 en su redacción anterior aludía, de un lado, al "pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio", deudas respecto de las que el apartado 1º de dicho artículo proclamaba con media claridad que "no estarían a cargo de la sociedad de gananciales". Lo cual resultaba obvio por lo demás, puesto que se trataba de deudas contraídas por personas que aun no habían contraído matrimonio y, consecuentemente, antes de que existiera la misma sociedad de gananciales, y, de otro lado, el precepto se refería asimismo a la posibilidad de que para el cobro de las mismas, "pudiere repetirse contra los gananciales... si el cónyuge deudor no tuviere capital propio o fuere insuficiente". Esa misma regla se declaraba aplicable asimismo al cobro "de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren". También para ese cobro (en este caso, de las multas y condenas pecuniarias) cabía, en su caso, "repetir contra los gananciales". Pero el tratamiento legislativo no salía del campo de la "responsabilidad", puesto que "al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará (al cónyuge deudor, se entiende) lo satisfecho por los conceptos expresados". En resumen, "se respondía" efectivamente con los gananciales, pero el importe de esas deudas no debía quedar definitivamente "a cargo" de los bienes de la sociedad, sino que debía repercutir de modo definitivo sobre los bienes propios del cónyuge deudor.

En ese marco de cuestiones discutidas por la doctrina alrededor de las multas y condenas, sobresalía no obstante la referida a la responsabilidad civil nacida de hechos u omisiones de uno solo de los cónyuges[17]. Existían al respecto posiciones encontradas: de una parte, la sostenida por el Prof. ALFONSO DE COSSÍO, quien optaba por aplicar la misma regla que a las multas, las cuales en cuanto que procedían de un hecho imputable a uno solo de los esposos, constituyen una pena cuyo cumplimiento ha de ser personal[18]; de otra, la postura defendida por el Prof. LACRUZ BERDEJO, para quien cuando la culpa en que haya incurrido el marido en la gestión de intereses comunes resultare, en algún modo, compartida por la mujer, no se verificaría la computación que ordenaba el art. 1410 (en su redacción entonces vigente, resultando admisible entonces la ejecución directamente dirigida contra los

[16] TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario", cit., p. 1692.

[17] Destacando la importancia de esta cuestión en el marco general del debate entonces relativo a las multas y condenas pecuniarias, TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario", cit., p. 1692.

[18] DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *La sociedad de gananciales,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 98.

bienes gananciales, "sin hacer excusión en los del marido y sin que nada pueda reclamar la esposa"[19].

No parece quepan dudas acerca de que el legislador de 1981, puesto a reformar el régimen económico matrimonial propio de la sociedad legal de gananciales, optó por plasmar en la nueva norma surgida de la reforma el criterio del Prof. LACRUZ. AsÍ lo manifestaba él mismo en la primera edición de sus Elementos posterior a la reforma ("Actualmente, de modo más explícito y con base en esta doctrina" (refiriéndose a la por él mantenida con anterioridad a la reforma), dispone el art. 1366 …")[20].

En cualquier caso es claro, por cuanto a la jurisprudencia recaída con anterioridad a la reforma de 1981 se refiere, que el criterio jurisprudencial mayoritario no era el defendido por LACRUZ.

---

[19] De una parte, el entrecomillado es mío. He recurrido a él, porque me parece que en esa afirmación de LACRUZ, y que coloco entre comillas, se encuentra digamos "la filosofía" que habría de inspirar la reforma de 1981 en esta materia. De otra, la cita de LACRUZ contenida en el texto, corresponde a una obra del maestro (*El matrimonio y su economía*, publicada hacia los años 60, que no me ha sido posible consultar, pero, en cualquier caso, el autor la recogería después en la primera edición de sus *Elementos,* ya posterior a las reforma del 81. *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981),* fascículo segundo, edición experimental, Librería Bosch, Barcelona 1982, p. 431. Añadía LACRUZ que, a su juicio, éste debiera haber sido el "enfoque" del TS "a algunas sentencias que profirió no dando lugar a tercerías de dominio interpuestas por la mujer, para salvar la mitad de los gananciales de sanciones impuestas por infracción de las leyes sobre abastecimientos; al ser tales infracciones – señalaba Lacruz – consecuencia de una gestión, ciertamente ilícita, pero habitual y extendida del negocio que alimenta la masa de gananciales, y de cuyas superganancias se aprovecha toda la familia (que, por lo demás, no puede desconocer del todo la forma de desarrollarse las actividades mercantiles del jefe), deben pesar sus consecuencias económicas sobre todo el patrimonio familiar. Como sería injusto – proseguía LACRUZ – que las soportase sólo sobre su propio patrimonio el marido que corrió el riesgo en beneficio del consorcio, habrá de aplicarse, en cuanto a las sanciones pagadas por él, y por analogía, el art. 1411.1º (1372 actual). Lo pagado no disminuye, entonces, la parte de ganancias del delincuente. Correlativamente, si – contra lo que ocurre con lo ganado en juego ilícito – el Estado tiene derecho a cobrar las multas, puede hacerlo contra los bienes y frutos del negocio donde se desarrolla la actividad ilícita".
Haciéndose eco del parecer de Lacruz anterior a la reforma, compartiéndola, pero escribiendo para después de acontecida esta, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: "Comentario al art. 1366"*,* en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales",* cit., p. 291.

[20] Confirmando asimismo esta inspiración legislativa en el parecer de LACRUZ, TORRALBA SORIANO, V., para quien "el legislador ha considerado que todas las responsabilidades de tipo extracontractual, consecuencia de infracciones realizadas con motivo de una gestión del negocio que alimenta la masa ganancial y de cuyas ganancias se aprovecha toda la familia, deben pesar sobre el patrimonio familiar". Subrayaba asimismo TORRALBA lo injusto que resultaría, y el legislador de 1981 habría tenido en cuenta precisamente la injusticia de un tal resultado, que "lo soportara sólo el cónyuge que corrió el riesgo en beneficio del consorcio. Tal es –concluye– el criterio que ha inspirado la redacción del art. 1366". "Comentario al art. 1366", cit.*,* p. 1692.

Sólo en el tiempo ya inmediatamente anterior a la reforma, se produciría un cambio sustancial que, cabe referir a una sola sentencia del Tribunal Supremo, y no por tanto a la jurisprudencia de aquél en cuanto tal[21].

2. La redacción del art. 1366 CC surgida de la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ¿presenta algún grado de conexión con la nueva concepción del matrimonio en lo personal, y por extensión, de la familia misma, surgidas de la reforma del CC por la Ley 30/1981, de 7 de julio?

Parece que en una primera aproximación la respuesta a esta interrogante deba ser negativa. Y ello con base en un argumento asimismo sencillo: la reforma del CC de 1981 se llevó a cabo por dos leyes referidas a ámbitos normativos perfectamente diferenciados: el propio del matrimonio en su dimensión "personal" (arts. 42-107 CC, y que recibieron nueva redacción por la Ley 30/81), y el constituido por la filiación, patria potestad, y régimen económico matrimonial (sobre el que incidió de manera profundísima la Ley de 13 de mayo 1981[22]. Desde esta perspectiva, no acabaría quizá de verse relación alguna entre esa nueva redacción del 1366 y la configuración misma que el matrimonio habría de recibir, en lo personal por la Ley 30/81.

Creo sin embargo que ese "cierto grado de conexión" existiría de algún modo. ¿En qué apreciarlo entonces? En la imposibilidad de "separar" de forma absoluta lo personal y lo económico o patrimonial en el ámbito del matrimonio y, por extensión, en de la familia. Para el legislador de 1981, no se trataría de "compartimentos estancos". Una determinada concepción del matrimonio "en lo personal, debe incidir, necesariamente en la proyección económica propia de esa unión de personas tan íntima y radical como en la que el matrimonio consiste por su propia naturaleza.

Y es que, al menos así lo parece de acuerdo con la "filosofía" que parecía inspirar el art. 1410.3º del CC en su anterior redacción, se ofrecía en clara desconexión con la realidad misma del matrimonio en lo personal. Se partía de una concepción que,

[21] De dicha sentencia se hacía eco LACRUZ en esa primera edición de sus *Elementos* tras la reforma: "Para el antiguo régimen mantuvo esta interpretación, en el último momento, la S de 10 de abril 1981. Se trataba de una sustracción de aceite por valor de 167 millones de pesetas, y que el TS pone a cargo de la sociedad porque la actividad del marido estaba "encaminada a aumentar el que había de ser su patrimonio familiar"; actividad que había desarrollado "en interés de la familia". *Elementos,* cit., p. 432.

[22] Y que, en mi opinión, constituyó, y sigue constituyendo, la reforma de más profundidad y calado sufrida por nuestro CC desde su promulgación. Desde mi modesto parecer, creo que, aun siendo importantes y decisivas la introducción del divorcio (1981), la supresión de la diversidad sexual en el matrimonio (2005), la atribución conjunta de la patria potestad a ambos progenitores, los cambios en la materia atinente a la economía del matrimonio (1981), el llamado "divorcio "exprés" (2005), etc., quizá la reforma de más calado sea la referida al régimen jurídico de la filiación y, consecuentemente, la incidencia de aquella en el Derecho de sucesiones.

creo, cabría calificar de "individual" , en cuanto hacía tabla rasa de la existencia de un vínculo matrimonial entre los sujetos intervinientes: las "multas" y "condenas" que se les impusieren, cumplidos ciertos presupuestos, podían hacerse efectivas sobre los bienes comunes ("repetirse contra los gananciales"), pero al tiempo de la liquidación de la sociedad, la repercusión definitiva de la deuda recaería exclusivamente sobre los bienes propios del deudor. Y esto, incluso en el caso de que la sanción fuere consecuencia de una infracción ocasionada con motivo de la gestión de un negocio que alimentaba la masa ganancial "y de cuyas ganancias se aprovecha toda la familia" (como señalaba LACRUZ). Bien es verdad que, junto a lo anterior, el legislador de la reforma quizá tuvo asimismo en cuenta el grado de conocimiento que, en mayor o menor medida, pero presumiblemente existente, debe suponerse tienen los miembros del grupo familiar respecto de las actividades de aquél de ellos que, luego, sufre la imposición de la sanción ("familia que no puede desconocer del todo la forma de desarrollarse las actividades mercantiles del jefe"). Jugaría aquí un elemento que cabría calificar como connivencia, pero con todo creo primó en esa nueva redacción el criterio primordial de que "si se está actuando para el matrimonio" y, en consecuencia, "en beneficio del consorcio", esta misma realidad convertiría en injusta la consecuencia de que la responsabilidad por las infracciones deba soportarlas sólo el cónyuge que corrió el riesgo.

Así pues, frente al criterio puramente individualista de la norma anterior, desconectada así de esa "realidad subyacente" y en cuyo beneficio actuaba el infractor, el de la norma vigente, que tiene en cuenta ese presupuesto "subyacente", la existencia de un vínculo matrimonial, que de alguna manera se diría viene a "dar sentido", no a la infracción misma motivadora de la sanción, sino la actuación del sujeto.

Primaron, pues en esta nueva redacción criterios de justicia material, los cuales, en alguna medida, podrían conectarse con una concepción del instituto matrimonial un tanto distinta de la anterior: la realidad personal y la patrimonial del matrimonio . Los aspectos económicos, como evidentemente son los propios del régimen matrimonial de bienes, no pueden ofrecerse "desconectados" de lo que el matrimonio es en sí mismo como unión de dos personas en una comunidad de existencia, y cuyo fin (al menos por cuanto se refiere al matrimonio civil) viene constituido precisamente por esa plena comunidad de existencia, y acto fundacional de la familia.

3. "Matrimonio" y "sociedad conyugal" en el art. 1366.

El 1366 se refiere, en orden a la delimitación de su supuesto de hecho normativo, a la sociedad conyugal. Pero ¿cuál es el sentido o el alcance que cabe atribuir a tal término? ¿Qué relación cabría apreciar como existente entre las nociones de "matrimonio" y de "sociedad conyugal"? Obviamente, no se trata de términos que

encierren identidad de significado, pero no resultaría menos obvio que se ofrecen en estrecha relación.

A lo que creo, si el término "sociedad conyugal" en el 1366 significase únicamente "sociedad de gananciales", de modo que se entendiesen ambos como sinónimos o, quizá mejor, como absolutamente coincidentes, carecería de explicación que el legislador no hubiere utilizado expresamente el de "sociedad de gananciales". Refiriéndose precisamente a esta cuestión, RUEDA PÉREZ, M. A., y RUEDA PÉREZ, J. M., se hacen eco del parecer según el cual sociedad conyugal significaría únicamente "la sociedad de gananciales", arguyendo con razón que "si el artículo quisiera hacer referencia[23] al patrimonio ganancial, al igual que en otros artículos, el legislador hubiera empleado los términos de sociedad de gananciales, y no los extraños de sociedad conyugal"[24]. En consecuencia, no cabe sino concluir que el término de sociedad conyugal abarcando, como efectivamente abarca, a la sociedad de gananciales, iría sin embargo más allá. "Por ello, -añaden estos autores– además de indicar a la sociedad de gananciales, lo que parece indiscutible, también hay que aplicarlo como sinónimo del matrimonio, porque sociedad conyugal no puede abarcar a la familia"[25]. En definitiva: si sociedad conyugal se hiciere equivalente, insisto, de modo exclusivo y único, con "sociedad de gananciales", el precepto no vendría a cubrir o, quizá mejor, no podría cubrir, a la familia. Es decir, "sociedad conyugal" así entendida, haciéndola coincidir con "sociedad de gananciales", "no puede abarcar a la familia". Y no la puede abarcar porque el ámbito mismo de esta última, de la familia, se proyecta más allá del marco que es propio de la sociedad de gananciales. La restricción, pues, del alcance del término sociedad conyugal al propio de la sociedad de gananciales, dejaría fuera del ámbito protector de la norma actuaciones que, aún no siendo beneficiosas, o no incidiendo sobre el patrimonio ganancial, sí lo sean para la familia. El problema encontraría entonces adecuada solución a través de la consideración asimismo de la locución sociedad conyugal[26] como "sinónima del matrimonio". Así entendida la locución, sí quedaría incluida la familia, por cuanto el matrimonio mismo se presenta como "acto fundacional" de la familia. De manera que el razonamiento sería el siguiente: premisa inicial: sociedad conyugal= a sociedad de gananciales. Conclusión: la sociedad conyugal "no puede abarcar a la familia". Segunda premisa identificadora: sociedad conyugal como sinónimo de matrimonio. Conclusión: la sociedad conyugal abarca la familia.

"La sociedad conyugal es la sociedad de gananciales, y por tanto estos actos, o mejor, actuaciones, son los beneficiosos para el patrimonio ganancial.

[23] Única y exclusivamente, se entiende.

[24] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", p. 571.

[25] RUEDA PÉREZ, M. A y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 571.

[26] Aludiendo a la imprecisión técnica por cuanto se refiere al empleo por el legislador de los términos "sociedad conyugal", "sociedad de gananciales", lo que por lo demás es lugar común entre los especialistas, RUEDA PÉREZ, M. A., y RUEDA PÉREZ, J. M.: "*la sociedad conyugal no es tal sociedad, lo mismo sucede con la llamada sociedad de gananciales*…". Los autores justifican, no obstante, su empleo al tratarse de términos "ya consagrados", "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 571.

Pero la actividad de los cónyuges no se limita dentro de la familia a la exclusivamente patrimonial, por lo que deben incluirse todas aquellas obligaciones extracontractuales que hayan sido ocasionadas por acciones u omisiones de los cónyuges dentro del seno de la familia"[27].

Es precisamente esta segunda posibilidad, la que, de un lado, impide identificar en exclusiva "sociedad conyugal" con sociedad de gananciales, aún abarcándola, como se ha dicho, y, de otro lado, la que de algún modo conduce a considerarla como sinónima de "matrimonio".

Y es que la identificación entre sociedad conyugal y matrimonio se llevaría a cabo por el carácter de acto fundacional de una familia que, sin duda, cabe atribuir a este último.

"No sería lógico -añaden- que quedasen incluidas en este artículo las obligaciones extracontractuales consecuencia de la actuación en beneficio de los cónyuges, y no las nacidas como consecuencia de las actuaciones en beneficio de los hijos"[28].

III. LA "RATIO" MISMA DEL ARTÍCULO 1366.

No creo proceda entrar, bajo este epígrafe, en un intento de exégesis del precepto, que trataré de llevar a cabo posteriormente, sino de señalar el que en mi opinión considero "elemento definidor" o "esencia" de aquél.

Alguno de los comentaristas de la reforma apuntaron, que el (entonces) nuevo art. 1366 se ofrecía como una prolongación del art. 1362, en cuanto venía a configurar una "carga" de la sociedad de gananciales, conforme a un criterio objetivo[29]. En este sentido, lo primero que se constataría tras la lectura del precepto es que éste lleva al ámbito de las "cargas" de la sociedad lo que anteriormente se ubicaba únicamente en el (ámbito) de la "responsabilidad" de aquella. Y es que el apartado 3º del antiguo 1410 establecía la "responsabilidad" de la sociedad por determinadas deudas ("multas y condenas"), pero la norma no iba más allá. No ampliaba el marco de las "cargas" de los gananciales, puesto que se señalaba expresamente que "al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho" por los conceptos expresados", expresión con la que, obviamente, no se quería decir otra cosa sino que, llegada la fase de liquidación, procedería hacer efectivo el crédito existente a favor de la sociedad y contra el patrimonio propio o privativo del cónyuge deudor. Se contemplaba, pues, únicamente el ámbito de las relaciones externas, o frente a los acreedores, quienes podrían, (cumplidos ciertos presupuestos)[30], "repetir" contra los

[27] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 571.
[28] "Notas", cit., p. 571.
[29] En este sentido, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 292.
[30] "Después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1408, si el cónyuge deudor no tuviere capital propio o fuere insuficiente" (antiguo art. 1410.3º).

gananciales. Por el contrario, el precepto vigente, sin abandonar obviamente ese plano de la "responsabilidad", hace jugar asimismo a la norma en otro plano, el de las "cargas" de la sociedad, configurando tales deudas como "cargas" de aquellas, y haciéndolas "repercutir" en este ámbito.

"En el artículo 1366 se establece, a un mismo tiempo, -señala TORRALBA SORIANO– que las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de la sociedad. En consecuencia, el precepto deja muy claro –añadía este autor– que no sólo es que exista una responsabilidad frente a los acreedores, sino que, además, tales obligaciones deben gravar de manera definitiva[31] el patrimonio ganancial. Se adopta un criterio nuevo, distinto del criterio del derogado 1410, respecto de las multas y condenas, las cuales, aunque en determinados supuestos podían repetirse contra los gananciales; sin embargo, en ningún momento, gravaban de una manera definitiva a los referidos bienes"[32]. La jurisprudencia por su parte, (no sin excepciones[33]) ha venido confirmando tal interpretación, interpretación que por lo demás se desprende de su propio tenor literal[34].

[31] La cursiva es mía.

[32] TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario", cit., pp. 1692-1693. En sentido del todo coincidente, DE LOS MOZOS, J. L.: "El precepto es una prolongación del artículo 1362, en cuanto configura una *carga* de la sociedad de gananciales, pero a su vez es una norma de *responsabilidad* que complementa el artículo 1365. . . .Este doble aspecto del precepto es muy importante, pues, por un lado, juega como norma de las relaciones *internas* de los cónyuges, en cuanto la responsabilidad *extracontractual* de un cónyuge constituye *carga* de la sociedad de gananciales, "salvo que fuese debida a dolo o culpa grave del cónyuge deudor", en cuyo caso será responsabilidad personal del propio deudor. . . , mientras que, por otro, en cuanto norma de *responsabilidad* alcanza, en la relación *externa*, a cualquier tipo de responsabilidad extracontractual de uno solo de los cónyuges, siempre que sea "consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad" o "en el ámbito de la administración de los bienes". . . ."Comentario al art. 1366 CC", cit., p. 292.

[33] Y es que, a lo que creo, mantiene un punto de vista opuesto, la STS 25 octubre 2005 (RJ 2005, 7210), por cuanto lleva a cabo una inteligencia del precepto que no parece pueda compartirse: "la norma del artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad". Y es que, presupuesta una tal interpretación, cabría preguntarse si de verdad se estaría en el marco del 1366, o ante el de una norma distinta de aquella. Lo específico, lo propio, del 1366, es no solamente "la responsabilidad" de los bienes de la sociedad, sino además, la "repercusión" definitiva de la deuda sobre el patrimonio de la sociedad. No es sólo una norma de "responsabilidad" sino, además, "de cargo" de la sociedad. Caso de que se pretenda su funcionamiento en otro sentido, se está alterando el sentido y la letra misma del precepto. En el supuesto concreto enjuiciado, parece más razonable entender que, presupuesto el carácter extracontractual de la obligación, ésta debiera discurrir por el art. 1365.2 y no por el 1366. Lo que, de otra parte, vendría a confirmar el parecer de quienes defienden la posibilidad de existencia de obligaciones extracontractuales, en el marco de la economía conyugal, que vendrían a quedar fuera del 1366, cayendo dentro del ámbito de aplicación de otras normas.

[34] "El artículo 1366 determina – afirma, entre otras, la STS 31 marzo 2004 (RJ 2004, 2024) que las obligaciones extracontractuales serán *de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales*, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo

IV. HACIA UN INTENTO DE EXÉGESIS DEL ART. 1366.

1. Algunos datos acerca de la tramitación parlamentaria.

Ciertamente, como ya se apuntó con anterioridad, el 1366 no es un precepto fácil en cuanto a la averiguación de su sentido se refiere, si bien el largo periodo de tiempo transcurrido desde la reforma ha contribuido, a arrojar una mayor luz sobre su sentido y alcance.

Como dato curioso podemos decir que el curso de su elaboración parlamentaria el precepto experimentó algunas variaciones que si bien, de una parte, digamos acentuaron un tanto las dificultades interpretativas, de otra, respondían desde luego a criterios de justicia material, razón por la cual habría que considerar acertado que finalmente se plasmasen en su texto.

En el Proyecto de 4 de octubre de 1978 sobre régimen económico matrimonial del CC, la cuestión de las obligaciones de carácter extracontractual ya aparecía en el art. 1366, en el cual se decía que "las obligaciones de carácter extracontractual contraídas en el ámbito de la administración de la sociedad serán a cargo de ésta, salvo si fueren debidas a dolo o culpa grave de uno solo de los cónyuges".

Algún primer comentarista de la reforma, comentó que el ámbito de aplicación de la norma al que se acaba de hacer referencia, se ofrecía sensiblemente menor al que finalmente adquiriría carácter normativo. Y es que "ninguna referencia se hacía (en esa primera redacción) –observaba TORRALBA– a la responsabilidad extracontractual derivada de los actos de actuación de un cónyuge en beneficio de la sociedad". Esta ampliación del ámbito de aplicación aparecería ya, y en los mismos términos que habrían de convertirse en definitivos, en el Proyecto de 14 de septiembre de 1979[35].

Es cierto, claro está, que ofrece más facilidad un intento de delimitar el alcance de qué haya de entenderse por "actuaciones en el ámbito de la administración de los bienes" que "en beneficio de la sociedad conyugal". Frente a la precisión y claridad

se excepciona el caso de que "fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor. Por otra parte, la claridad del texto legal rechaza que la excepción tenga únicamente el alcance de excluir el efecto "de cargo" de la sociedad de gananciales, de modo que su patrimonio responde frente a tercero, pero internamente, en las relaciones entre los cónyuges, la deuda no es pasivo de la sociedad. Esta limitación de los efectos de la excepción es arbitraria porque distingue donde la Ley no lo hace entre "responsabilidad y cargo" de la sociedad de gananciales". Sin que ciertamente aporte novedad alguna al respecto, es de destacar al menos la claridad expositiva sobre el por lo demás simple tenor literal del 1366.

[35] Los datos acerca de la tramitación parlamentaria a los que se acaba de hacer referencia, los suministra TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p.1691. Alguna referencia también al proceso de elaboración de la norma, aunque más escasa, en DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L: "Comentario", cit., p. 290.

del término "administración de bienes"[36], la ambigüedad e imprecisión correlativas a la expresión "actuación en beneficio de la sociedad".

En cualquier caso, la limitación del ámbito de aplicación a las obligaciones extracontractuales de un cónyuge consecuencia de su actuación "en el ámbito de la administración de los bienes", debió parecer inadecuada a los redactores del Proyecto que se convertiría en ley, por cuanto incapaz de dar cobertura a una problemática mucho más amplia que la que, en su caso, puedan suscitar las obligaciones extracontractuales consecuencia de la actuación de un cónyuge desarrollada "en el ámbito de la administración de los bienes". Y es que esta fórmula "quedaba corta" para el propósito legislativo, que no era otro sino el de suministrar esa cobertura de mucha mayor amplitud. La dificultad entonces, en orden a la consecución de ese propósito, era la de plasmarla en términos adecuados. Y la consecución del propósito, que efectivamente se logró, a costa de la precisión y claridad que, como regla de principio, parece exigible a un texto normativo: precisión que creo, no concurre en la expresión "actuación en beneficio de la sociedad", pero que sin embargo quizá sea del todo adecuada para el logro del propósito legislativo: hacer recaer sobre los bienes de la sociedad, como carga de esta, y ya no solamente como patrimonio responsable, el importe de esas obligaciones extracontractuales, "salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor".

2. "Las obligaciones extracontractuales…".

El texto del precepto comienza refiriéndose a "las obligaciones extracontractuales..."[37]. Y es que, efectivamente, el artículo establece el régimen

[36] No es desde luego este el momento ni el lugar para entrar en disquisiciones sobre el alcance de los términos "acto de administración" y "de disposición", pero en cualquier caso conviene admitir que, al menos, existirían en cuanto a los mismos algunos parámetros relativamente seguros. El acto de disposición afectaría a la sustancia de la cosa, y se caracterizaría de algún modo por su perdurabilidad en el tiempo. Por el contrario, el acto de administración se caracterizaría por su transitoriedad, y por no afectar a la sustancia misma de la cosa.

[37] Dejemos al margen aquí y ahora la cuestión de si el artículo 1366 es o no el único aplicable a las obligaciones extracontractuales. La abordaron por vez primera, que sepamos, RUEDA PÉREZ, M. A y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 569. Concluían estos comentaristas de primera hora de la reforma, que el precepto que me ocupa "no es el único que determina la normativa a que han de someterse las obligaciones extracontractuales", apoyando lo anterior en que "salvo que la actuación de un cónyuge en beneficio de la sociedad la entendamos en sentido lato, habrá que considerar excluidas de este artículo –el 1366– ciertas situaciones originadas por el ejercicio de la profesión, arte, oficio, explotación regular de los negocios, etc. Si entendemos que estas actividades no son "actuaciones en beneficio de la sociedad conyugal", llegaremos a la conclusión de que no están incluidas las obligaciones extracontractuales originadas por ellas en el art. 1366, pero en tal caso –concluían– no parece que hubiera una razón decisiva para no incluirlas en el art. 1362".
En contra de este punto de vista, que creo es el acertado, STS 31 marzo 2004 (RJ 2004, 2024), fundamento de derecho segundo, que sienta la siguiente doctrina: "La obligación, dice el art. 1366,

jurídico aplicable a tales obligaciones, por cuanto son los créditos generados por tales obligaciones los que serán no sólo "de la responsabilidad" de la sociedad, sino también "de cargo" de aquélla, salva la excepción de que fueren debidas "a dolo o culpa grave del cónyuge deudor".

Desde un planteamiento general, pocas dudas pueden caber en cuanto a que la mención de la responsabilidad extracontractual "da idea –como afirmaron ya algunos de los primeros comentaristas del precepto– de la producción de un daño a una persona sin que exista relación jurídica previa entre el autor del mismo y la persona dañada"[38]. Y es que el concepto mismo acerca de qué haya de entenderse por tal responsabilidad es a mi parecer uno de los menos "problemáticos" de los contenidos en el art. 1366. La dificultad, pues, caso de existir, no vendría referida tanto al concepto mismo de qué haya de entenderse, por "responsabilidad extracontractual", como al ámbito que el legislador de 1981 haya querido asignar a tal concepto.

Quizá como consecuencia de lo anteriormente mencionado, algunos de los comentaristas, fueron bastante parcos por cuanto atañe a las referencias al término "obligaciones extracontractuales". Así, RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., se limitan a definir (cfr nota 35) (lo que por lo demás resultaba obvio) qué haya de entenderse por "responsabilidad extracontractual", omitiendo la más mínima alusión a los supuestos concretos de responsabilidad extracontractual que, a su juicio, cabría considerar incluidos bajo tal denominación. Un cambio cabe detectar sin embargo en las labores de exégesis llevadas a cabo posteriormente (a partir del año 1984). Así en este mismo año, y en los Comentarios a las reformas del CC de 1981, que bajo la coordinación de los Profesores M. AMORÓS GUARDIOLA y P. SALVADOR CODERCH, publicó la editorial Tecnos en dicha fecha, el comentario al art. 1366 corrió a cargo del Prof. TORRALBA SORIANO[39] y en la aportación de este autor cabe hallar ya un tratamiento más elaborado acerca de la necesidad de "determinar el alcance de la expresión "obligaciones extracontractuales".

"Se ha dicho al respecto –afirmaba TORRALBA en dicho comentario, tratando de un lado, de de recoger lo dicho hasta el momento, y suministrar de otro su propio punto de vista sobre el particular– que dentro de tal expresión "hay que comprender las indemnizaciones de daños y perjuicios, a que puede haber dado lugar la

debe ser consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes. *No se restringe a este último caso, por lo que no hay ninguna duda de que abarca el texto legal el surgimiento de obligaciones extracontractuales en el ejercicio de la profesión por el cónyuge deudor"* (la cursiva es mía). Ninguna duda cabe, pues, que para la sentencia a que acaba de hacerse referencia el 1366 cubriría "todas" las obligaciones extracontractuales: Lo que a su vez parece se presente como consecuencia de una interpretación lata, amplísima en definitiva, de la expresión "actuación en beneficio de la sociedad conyugal". Reitero mi parecer en el sentido de considerar más exacto el parecer de RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., tendente a considerar que el propósito del legislador de 1981 fue el de señalar un "ámbito propio o específico" a la referencia "actuación en beneficio de la sociedad conyugal", diferenciándolo así del que es propio del art. 1362.

[38] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 569.

[39] TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1693.

responsabilidad aquiliana del art. 1902 y cualquier otro tipo de responsabilidad que derive de un hecho ocurrido durante el matrimonio, con tal de que la actuación haya sido beneficiosa para la sociedad o que se encuentre incluida en el ámbito de la administración de los bienes. Aquí pueden encontrarse incluidas las sanciones pecuniarias de muy diverso tipo[40]. Por su parte, el profesor LACRUZ señala –recogía asimismo TORRALBA– que el precepto es extensivo lo mismo a los cuasi contratos que a los actos ilícitos[41]. La idea del legislador –y este era ya el punto de vista propio del comentarista– ha sido la de incluir en este precepto todas aquellas obligaciones que no tengan su origen en un contrato[42]. Siguiendo la enumeración de las fuentes de las obligaciones del art. 1089, se impondría entender que dentro del art. 1366 se deben incluir todos los supuestos distintos del contrato[43]. Por lo tanto, -concluía el Prof. TORRALBA– todas las obligaciones que tuvieran su origen en la Ley, en un cuasi contrato y en los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia deben incluirse dentro del art. 1366"[44] Y, dentro de esta interpretación amplia que propugna de la expresión "obligaciones extracontractuales" -añade el comentarista-, "hay que incluir tanto los supuestos de responsabilidad civil subjetiva como aquellos de responsabilidad civil objetiva"[45](ع). Estoy de acuerdo con lo expuesto[46], por las razones a que luego me referiré, y sin olvidar la existencia de opiniones en otro sentido[47]

---

40 Punto de vista este propio de los Profesores DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, y del que como digo se hacía eco TORRALBA en su comentario.

41 El parecer del PROF. LACRUZ, que asimismo recogía TORRALBA, aparece por vez primera, que sepamos, en sus *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, fascículo segundo, edición experimental, por LACRUZ BERDEJO, J. L y SANCHO REBULLIDA., F. de A., Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 431.

42 La cursiva es mía.

43 En idéntico sentido, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Las obligaciones extracontractuales" son ante todo las originadas por culpa o negligencia que ocasiona daños a terceros, sancionadas en el art. 1902 con la obligación de repararlos. Pero abarcan en general—concluyen—todas aquellas que no tengan como fundamento una obligación convencionalmente asumida (por ejemplo, multas o sanciones pecuniarias", *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones,* Tecnos, Madrid, 1989, p. 189.

44 Claramente esta es la posición adoptada por STS 31 marzo 2004 (RJ 2004, 2024), fundamento de derecho segundo, "El texto legal se refiere a las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito, o, dicho en otras palabras, la responsabilidad civil nacida del delito. La única característica que identifica las obligaciones a que alude el art. 1366 es la de su naturaleza extracontractual. Sería, por tanto, arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal".

45 TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario"*,* cit.*,* p. 1693. La cursiva es mía. Sobre ambos tipos de responsabilidad civil extracontractual, de interés la obra colectiva AA.VV.: *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinación a cargo de REGLERO CAMPOS, Aranzadi-Thomson Company, Cizur Menor (Navarra), 2002.

46 Punto de vista que, en lo sustancial, sería asimismo el de algún otro comentarista, así, MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, L.: "Comentario al art. 1366 del Código civil"*,* en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (Presidente y Coordinador, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), Tomo 7. Arts. 1315 al 1789, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 139-140. "La sanción, sin duda, proclama –afirma este autor– el frente de responsabilidad social cuando el cónyuge actuante haya incurrido en la culpa aquiliana

¿Quid acerca de la responsabilidad civil objetiva? Si la culpa grave y el dolo excluyen la responsabilidad de los bienes gananciales[48], "a contrario sensu" no parece venga excluida aquélla por la simple actuación culposa o negligente, de un lado, ni tampoco, de otro, por la derivada de la responsabilidad objetiva. En tales casos, parece que también la repercusión de la deuda sobre los bienes de la sociedad[49] deba ser definitiva. En el supuesto de "simple actuación culposa o negligente", por la imposibilidad misma de apreciar la culpa "grave". En los derivados, en su caso, de responsabilidad objetiva, por tratarse – por la propia definición de la figura – de una responsabilidad "sin culpa", lo que parece convierta en extraordinariamente imposible, un intento de armonización del supuesto con la letra misma del 1366. En este sentido, el parecer ciertamente autorizado de los Profesores DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: "La culpa grave y el dolo excluyen la responsabilidad de los bienes gananciales, por tanto no la simple actuación culposa o negligente ni la derivada de la responsabilidad objetiva"[50]. Ninguna duda puede caber respecto a que, pese a hablarse únicamente de responsabilidad, se esté haciendo referencia al juego completo del 1366: en los casos de simple actuación culposa, en los de responsabilidad objetiva, la deuda será "de responsabilidad" y asimismo "de cargo" de los bienes comunes.

Una precisión importante al respecto, la del Prof. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS y referida a las obligaciones delictuales. "Los delitos –afirmaba el profesor de Valladolid– no están propiamente comprendidos dentro de esta alusión que hace el Código a las "obligaciones extracontractuales", porque aunque las derivadas de un delito también lo sean, al contraponer contractuales a extracontractuales, como

del art. 1902, si esa acción u omisión es "consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes", y siempre, claro está, que la culpa o negligencia del actuante no sean las máximas de "dolo o culpa grave" (v.g. casos de infracciones punitivas cometidas por un solo cónyuge: ilícitos fiscales o multas por otros ilícitos), que viene así a reemplazar, como instrumento exonerativo de responsabilidad social, a las multas y condenas pecuniarias del art. 1410-2º antiguo, por ello, repercutidas en exclusiva en el patrimonio del cónyuge responsable. En el caso de que el cauce de responsabilidad no sea el aquiliano, sino, por ejemplo, el derivado del riesgo creado o responsabilidad objetiva, todavía con más claridad cabrá esa afección ganancial, si no se cumple alguno de los presupuestos indicativos de la corrección de la conducta para el ente: o para beneficio de la sociedad –que habrá de probar el actuante– o dentro de los límites normales de su administración patrimonial, sin que acaezca la intencionalidad consentida –dolo– o representada –culpa grave-. En ambos casos, por lo general, el acreedor será el tercero dañado, pues si, hipotéticamente, fuera la misma sociedad, se extinguiría el débito por confusión".

[47] De los que se hace eco, entre otros, REBOLLEDO VARELA, A.L: "Comentario al artículo 1366", en *Comentarios al Código Civil* (dirección BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.), Tomo VII., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9675 y ss. "Tampoco faltan –dice- interpretaciones más restrictivas excluyentes de los cuasi contratos y que limitan la aplicación del artículo 1366 CC sólo a las obligaciones derivadas de los arts. 1902 y ss.".

[48] Tal exclusión se desprende, por lo demás, de la misma literalidad del precepto. En el sentido expuesto, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, Volumen cuarto. Derecho de familia. Derecho de sucesiones,* Técnos, Madrid, 1978, p. 190.

[49] En este sentido, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil,* cit., p. 190.

[50] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil,* cit., p. 190.

mucho se pone en juego la idea de "delito civil", pues de haber querido el Código incluir a las derivadas de delito, en sentido general o propiamente penal, hubiera hablado de obligaciones extracontractuales y delictuales, pero no sólo, como lo hace, de obligaciones extracontractuales. De este modo, -- a mi entender, concluía De los Mozos – las obligaciones delictuales de un cónyuge quedan fuera de la aplicación del precepto, es decir, tales obligaciones serán privativas, como entendía la doctrina antigua, bajo el imperio del artículo 1410"[51].

El punto de vista del Prof. TORRALBA presupone unos límites que no son objeto de una consideración expresa por parte de este comentarista, por cuanto se presuponen.. Así cabría preguntarse lo siguiente: ¿Puede caber alguna duda en cuanto a que, cuando este autor afirma que "la idea del legislador ha sido la de incluir en este precepto todas aquellas obligaciones que no tengan su origen en un contrato, presuponga que quedan fuera de una tal inclusión las provenientes de delitos penales dolosos? Es claro que de todo delito, doloso o culposo, surge la responsabilidad civil proveniente asimismo de ese hecho tipificado penalmente como delito, pero no es menos claro que, a los efectos establecidos en el art. 1366, la única responsabilidad civil que, en su caso, quedará comprendida en el ámbito de aplicación del precepto, será la proveniente de ilícitos penales culposos.

Por tanto, entiendo que la concurrencia del dolo, excluiría la aplicación del precepto, tratándose de delitos penales dolosos. De otra parte, tal concurrencia neutralizaría cualquier posibilidad de entender que la conducta realizada lo fue "en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes". Sólo podrá considerarse que actúa "en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de los bienes" quien despliega una conducta no dolosa o, supuesto que fuere "culposa" no cupiere apreciar la gravedad de la culpa. Por ello, comparto el parecer del Prof. TORRALBA, en lo relativo a su silencio acerca de la exclusión del ámbito del precepto de la responsabilidad civil nacida de delito doloso. Y también por lo que se acaba de decir, creo que es restrictivo el parecer del Prof. DE LOS MOZOS, puesto que entiendo que la obligación extracontractual proveniente de un ilícito, no ya civil, sino penal, pero "culposo", quizá cabría entender pueda venir cubierta, en línea de principio, por el art. 1366, y en consecuencia, ser "de responsabilidad y cargo" de los bienes comunes. La "línea separadora" vendría a estar entonces en la "gravedad o no de la culpa".

En definitiva, una interpretación del precepto que llevase a considerar "compatibles" la responsabilidad civil proveniente de delitos dolosos con "la actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes", supondría una violación de la legalidad y no parece pueda ser esa la función misma del 1366.

[51] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L: "Comentario al artículo 1366", cit., pp. 293-294.

En este sentido, creo muy acertadas las consideraciones de PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, que recoge en su comentario al 1366 LUÍS MARTÍNEZ CALCERRADA, y que por el interés que, a mi juicio, presentan, transcribo literalmente:

"Peña dice que el art. 1366 no trata, pues, de conferir nuevas potestades a los cónyuges. Tiene por objeto determinar el régimen de las obligaciones que pueden surgir por infracciones[52] o por siniestros que constituyen incidencias inseparables de la actuación de un cónyuge en el ejercicio de las facultades y potestades que tiene en la sociedad conyugal".

A continuación PEÑA incide en la verdadera novedad del precepto, la atinente a cómo se responde y sobre que patrimonio deberá "repercutir" de modo definitivo el importe de tales obligaciones:

"El régimen que establece el artículo tiene una doble cara: hacia el exterior (la responsabilidad): hacia el interior de la relación societaria (el cargo). Hacia el exterior, aumentan las garantías de los posibles acreedores: la deuda del cónyuge, a quien por originarse en su actuación se le imputa la obligación incidental, es también deuda de la sociedad. Hacia el interior, se establece una amplia indemnidad del cónyuge que actúa: el gasto o pago es de cargo de la sociedad aunque la obligación sea debida a culpa del cónyuge deudor"[53].

No parece que lo dicho inmediatamente en precedencia pueda ser compatible con la inclusión en el 1366 de la responsabilidad civil proveniente de delito doloso, lo que contravendría el tenor literal del precepto, pero quizá sí con la responsabilidad proveniente de ilícitos penales de carácter "culposo", en todo caso como se apunto anteriormente con el límite de la culpa "grave"[54].

3. La casuística acerca de la responsabilidad civil proveniente de delito.

Es obvio que cuando la responsabilidad civil surgida de un ilícito penal se trata de conectar con el 1366, el presupuesto vendría constituido por la necesidad de determinar la naturaleza misma del ilícito penal de que se trate. Y es que, situados en este plano, sería el absurdo vincular el régimen del 1366 con delitos dolosos

[52] La cursiva es mía.

[53] Recogiendo el parecer de PEÑA, como he indicado, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "Comentario al art. 1366", cit., pp. 139-140.

[54] En este sentido, y con meridiana claridad, la doctrina contenida en STS 31 marzo 2004 (RJ 2004, 2024): "El texto legal –se afirma en el segundo de los fundamentos de derecho– se refiere a las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito, o, dicho en otras palabras, *la responsabilidad civil nacida del delito*. La única característica que identifica las obligaciones a que alude el art. 1366 es la de su naturaleza extracontractual. *Sería, por tanto, arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal".* (la cursiva es mía).

cometidos por uno de los cónyuges contra las personas, contra la libertad sexual, etc[55]. Y lo sería porque, en tales casos, es claro que la responsabilidad civil procederá hacerla efectiva sobre los bienes propios del responsable penal, y, si hubiere que agredir bienes comunes, resultaría de plena aplicación el art. 1373.1 CC, con lo que obviamente la deuda no sería de cargo de la sociedad de gananciales.

Es claro entonces que el planteamiento debe ser otro: pensemos, por ejemplo, en delitos económicos, contra la Hacienda pública, delitos fiscales o tributarios[56], siempre claro es que presenten naturaleza propiamente delictiva y no cupiere calificarlos como "infracciones administrativas". ¿Cabría aquí el dolo?[57] Obviamente sí. Y, supuesta su apreciación, pienso que la responsabilidad será del cónyuge que llevó a cabo esa actuación. Este responderá con sus propios bienes y, presupuesta la insuficiencia de aquellos, cabrá agredir bienes comunes, siendo entonces de aplicación (a petición del otro cónyuge) el antes citado art. 1373 CC.

¿Tendría sentido que, incluso en los casos a que se ha hecho referencia, concurriendo "dolo" o "culpa grave" del cónyuge deudor, el régimen de

[55] En relación a esta cuestión, resulta de interés el parecer de DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., cuando se refiere a que "no parece que el precepto tenga presentes delitos comunes, *ni tampoco delitos económicos o fiscales* (la cursiva es mía), cuando habla de las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, está pensando, a mi juicio, en el accidente de tráfico en el que el cónyuge resulta responsable, bien por haber ido a buscar a los chicos al colegio, o por llevarles de paseo, o en el ámbito propio de su profesión, arte u oficio, y lo mismo si se trata de los daños causados por los hijos, dependientes o empleados, o cuando tenga lugar con ocasión de la administración de los bienes…". "Comentario al art. 1366", cit., p. 295. En esta misma línea, a lo que entiendo, STS 14 marzo 2002 (RJ 2002, 2840), cuya doctrina se recoge en el texto, y que viene a trazar una clara línea delimitadora de las que cabría llamar "fronteras del 1366". Los ilícitos penales, e inclusive "el ilícito civil con esa culpabilidad –cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del 1902- vendrían a quedar fuera o más allá del ámbito del 1366, "de cargo exclusivo del cónyuge actuante".

[56] Refiriéndose, siquiera a modo de ejemplo, a las digamos "infracciones fiscales", alude TORRALBA al "cónyuge que no paga los impuestos que gravan sus bienes, lo cual origina los correspondientes incrementos por mora e incluso las multas que puedan ocasionarse. El patrimonio ganancial debe responder de estas obligaciones y ello por las mismas razones antes apuntadas, los terceros deben tener en estos supuestos la máxima cobertura patrimonial. No obstante, respecto del cargo definitivo –añade– de tales obligaciones, hay que entender que si el referido cónyuge no hizo frente a las obligaciones impositivas en el momento oportuno por falta de la debida diligencia, en tal caso, tales obligaciones deben gravar definitivamente sobre su patrimonio privativo". "Comentario al art. 1366*",* cit., p. 1697.

[57] Señalaba LACRUZ que el dolo del deudor "acaso no se refiere a la mera intención de delinquir, sino a la intención de causar daño a la comunidad conyugal". *Elementos,* cit.*,* p. 431. Discrepo del parecer del maestro, en cuanto considero más seguro que aquí el dolo se refiere al propósito de causar daño a terceros, y de causarlo incluso en beneficio de la comunidad conyugal, pero actuando entonces esa misma existencia del dolo como causa de inaplicación del régimen previsto en el 1366. Paralelamente, y por cuanto a la culpa se refiere, Lacruz señalaba asimismo que, en cuanto a esta, el carácter "grave" de la misma "significa que con el acto delictivo el autor ha puesto en riesgo notable los intereses comunes". De nuevo Lacruz sitúa dolo y culpa como "dañosos" ambos para la sociedad, cuando en mi opinión la óptica contemplada por el legislador fue la de los terceros, a los que se les infiere perjuicio por la conducta "dolosa" o "culposa" (con culpa "grave", en tal caso) del cónyuge actuante.

"responsabilidad" y "cargo" fuere distinto del expuesto, presupuesta claro es la no connivencia del otro en la conducta?[58]. En tales casos, la deuda sería, pues, de "responsabilidad" y "cargo" de los bienes propios, y en modo alguno de los comunes, y es que, aun presupuesta la agresión a estos últimos (por insuficiencia de los privativos), el cónyuge no culpable podría instar la aplicación del art. 1373[59]. Es claro que en tal caso, cabría hablar, cómo mucho, de "responsabilidad" de los gananciales, pero en modo alguno de "cargo" · sobre los mismos[60], presupuesta la

[58] En este sentido, obvio por lo demás, afirma TORRALBA que "el patrimonio ganancial –deberá responder de las consecuencias económicas del delito penal de uno de los cónyuges. El problema que se puede plantear –añade este autor– es el de si tal obligación debe gravar o no definitivamente a la sociedad de gananciales, lo cual dependerá del posible dolo o culpa grave del cónyuge autor de los hechos *e incluso de la posible actuación del otro cónyuge". "Comentario",* cit.*,* p. 1697 (la cursiva es mía).

[59] De interés al respecto, STS 20 diciembre 2003 (RJ 2003, 9199). La recurrente en casación denunciaba infracción del art. 1366 CC, excluyente de la responsabilidad de la sociedad conyugal por las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges que obedezcan a dolo o culpa grave del mismo. En atención a ello, sostenía la recurrente que debió ser acogida la petición principal de la demanda de que se declarase la improcedencia del embargo practicado, "pues las responsabilidades que se imputan al marido de la recurrente derivan de presuntos hechos delictivos". Es decir, se trataba de un embargo practicado sobre bienes comunes, bienes de la sociedad, siendo así que las responsabilidades del marido lo eran por hechos presuntamente constitutivos de delito. La sentencia, sin embargo, pone de manifiesto que, presupuesta esa agresión a los bienes, no era posible saber, en ese momento, la naturaleza de los bienes embargados: "Ha de considerarse correcta la tesis de la Audiencia Provincial según la cual *en el momento de practicarse el embargo para asegurar las responsabilidades del marido como presunto autor de infracción penal no podía saberse si los bienes o parte de ellos eran gananciales.* Además, el artículo 1373 del Código Civil autoriza el embargo de bienes gananciales para el caso de que los bienes propios del cónyuge deudor no fueran suficientes para hacer efectivas sus deudas, *estableciendo un mecanismo para proteger los intereses del otro cónyuge* que precisamente ha utilizado la recurrente en el proceso de que el presente recurso trae causa".

En definitiva, una cosa es que, tratándose de hechos presuntamente delictivos, obviamente no entre en juego el 1366, y otra bien distinta que no se pueda proceder al embargo de bienes comunes, presupuesta la insuficiencia de los propios del cónyuge presuntamente autor de tales infracciones, siquiera con la posibilidad de que el cónyuge inocente pueda hacer entrar en juego el 1373, con lo que la deuda efectivamente no sería "de cargo" de los bienes comunes, puesto que, definitivamente, habrá de "repercutir" sobre los propios del cónyuge autor presunto de tales infracciones, incluyendo claro es entre esos bienes "propios" de este su mitad de gananciales.

[60] En la STS 25 septiembre 1999 (RJ 1999, 7274), la recurrente alegaba como infringido el art. 1366, por inaplicación del mismo, por cuanto había de excluirse de la responsabilidad de la sociedad de gananciales el supuesto del pleito, "al tratarse de deuda del esposo, de condición exclusiva privativa por proceder de delito, que se equipara a las obligaciones debidas a dolo o culpa grave que el precepto contempla". "Una cosa son –afirma el fundamento de derecho cuarto– las condenas pecuniarias por razón del principio de personalidad de la pena, y otra, distinta, la responsabilidad civil inherente a los hechos tipificados como delictivos y respecto a éstos no resulta extraña a la responsabilidad ganancial, teniéndose en cuenta que las actuaciones que se imputan al esposo lo fueron entre los años 1984 a 1987, estando vigente el régimen de gananciales, habiendo desempeñado cargos de relevancia en la Cooperativa, con el pleno conocimiento y sin oposición de la recurrente. Las actividades desplegadas por el marido resultaron beneficiosas para el haber de gananciales en cuanto contribuyeron a su incremento patrimonial en relación a las fechas de adquisición de las fincas que constan en las capitulaciones, por lo que, una vez más, se priva a la recurrente de la condición de tercero que la podía legitimar para promover la tercería.

El artículo 1366 no incluye expresamente los delitos penales y no les alcanza la excepción que el precepto contiene respecto a las obligaciones derivadas de los mismos en cuanto a sus

posibilidad de resarcimiento y, con ella, la "repercutibilidad" definitiva de la deuda sobre el patrimonio propio del cónyuge delincuente.

En este sentido, la STS 25 septiembre 1999 (RJ 1999, 7274) recoge (fundamento de derecho cuarto) abundante jurisprudencia aplicativa de los bienes gananciales "al pago de las indemnizaciones por responsabilidades civiles consecuentes a la condena penal que se impuso al marido por falsedad y estafa y sin perjuicio de que la mujer pueda disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el esposo en contra de la ley o de sus legítimos derechos". Es claro que no se estaría en el marco del art. 1366.

De interés asimismo, STS 14 marzo 2002 (RJ 2002, 2840), que viene a establecer una precisa delimitación en la materia que nos ocupa, por cuanto, no solamente excluye del marco del 1366 los delitos, sino también los ilícitos civiles con esa culpabilidad – cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del 1902" (¿).

"En cuanto a la responsabilidad por ilícitos del cónyuge actuante, en sede de obligación extracontractual la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal en beneficio de la sociedad, a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave: art. 1366". Hasta aquí la descripción del supuesto previsto por el precepto que nos ocupa.

"En estos casos – añade la sentencia a que se acaba de hacer referencia– de culpabilidad manifiesta del cónyuge –dolo o culpa grave– que determinará la comisión por él de un acto ilícito penal –delito o falta– o civil con esa culpabilidad – cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del 1902– las consecuencias patrimoniales por esa conducta o la responsabilidad civil derivada será de cargo exclusivo del cónyuge actuante…".

En definitiva, me inclinaría por pensar que, el deseo del legislador sea más claro que lo que quepa inferir de la exégesis llevada a cabo por algunos comentaristas, si bien algunos otros sitúen el problema en el marco que considero adecuado:

"El artículo intenta incluir –afirman RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.- todas las obligaciones extracontractuales en las que no hay culpa grave ni dolo del cónyuge deudor, que tengan relación u origen en la vida familiar. Por consiguiente, las obligaciones extracontractuales nacidas en el seno de la familia, salvo cuando haya dolo o culpa, deben ser a cargo de la sociedad de gananciales" ("Notas sobre la nueva regulación", cit., pp. 570-571)[61].

responsabilidades civiles consecuentes, pues la excepción legal se aplica a la relación interna y limitadamente a la externa, según la "ratio" del artículo".

[61] De interés, la STS de 8 de julio de 1997 (RJ 1997, 5576), fundamento de derecho tercero: "para que las obligaciones extracontractuales sean a cargo de la sociedad de gananciales, es preciso, de una parte, que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta o

Esta parece sea la posición de la jurisprudencia ("la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal o en beneficio de la sociedad[62], a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave") (STS 14 marzo 2002, RJ 2002, 2840)

"El art. 1366 no trata, pues, de conferir nuevas potestades a los cónyuges. Tiene por objeto determinar el régimen de las obligaciones que pueden surgir por infracciones[63] o por siniestros que constituyen incidencias inseparables de la actuación de un cónyuge en el ejercicio de las facultades y potestades que tiene en la sociedad conyugal"[64].

Quizá las palabras "infracciones" o "siniestros" nos basten para obtener una idea clara de cuál es realmente al alcance de la norma[65].

en el ámbito de la administración de los bienes, y de otra que la imputabilidad de la obligación se deba a responsabilidad por riesgo o incluso de una acción u omisión ilícita culpable, propia de las personas de que se debe responder, salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del esposo deudor, y los dos presupuestos concurren en este caso. Se ha realizado una actuación en beneficio de los intereses de la familia, la cual, por consiguiente, se integra en el espacio personal, que abarca la problemática de los cónyuges y de sus hijos. Por otra parte, la obligación "in vigilando" corresponde tanto al padre como a la madre, por efecto del ejercicio conjunto de la patria potestad, y si se ha dirigido la pretensión sólo contra D. Manuel R.A, fue debido a que no existía la exigencia procesal de ampliar la demanda a doña Pilar O.O; sin embargo la condena se extiende a ambos progenitores, y su exacción no se concreta en los bienes privativos del marido, por cuanto la deuda no es exclusiva suya, sino que obliga a los de la sociedad de gananciales, ya que uno y otro tenían obligaciones comunes respecto de los hijos menores y respondían legalmente de los actos dañosos de éstos". La recurrente en casación, madre del menor causante del daño, pretendía que la deuda procedía de responsabilidad extracontractual del padre, condenado por "culpa in vigilando", y declarada por el Juzgado, habiéndose dirigido el procedimiento contra aquél, y no contra ella. La sentencia precisa que si la pretensión se dirigió sólo contra el padre, fue por no existir la exigencia procesal de ampliar la demanda contra ambos progenitores, lo que no es óbice para que la condena se extienda a los dos, y su exacción sea responsabilidad y cargo de los bienes comunes.

[62] La cursiva es mía.

[63] La cursiva es mía.

[64] Cfr. nota 46.

[65] "Infracciones". Ello plantearía la cuestión, ciertamente interesante, de los delitos económicos o fiscales. Ciertamente, no me parece seguro excluir sin más del ámbito del 1366 la responsabilidad civil proveniente, en su caso, de ilícitos penales que tengan que ver con el Fisco o la Hacienda Pública. ¡Claro es que la frontera más allá de la cual no sería posible su inclusión, sería la que marca el propio precepto, el dolo o la culpa grave¡, pero me atrevería a pensar en la posible existencia de "infracciones" tributarias o a la Hacienda pública, (¿quizá incluso constitutivas de "delito fiscal"?), y respecto de las cuales su misma complejidad, pudieran "excluir" en determinados casos esa existencia de dolo o culpa grave, con lo que me inclinará a pensar en la quizá posible inclusión de las obligaciones extracontractuales de aquellas nacidas en el ámbito del 1366. La exclusión, pues, sostenida entre otros por De los Mozos, de los delitos económicos o fiscales del ámbito de aplicación de la norma, no creo pueda compartirse, al menos de modo absoluto, y, de otra parte, se ofrecería a lo que creo en abierta contradicción con los precedentes del precepto (infracción de leyes de tasas o fiscales). Estas "infracciones", ¿no cabría pensar que en algunos casos puedan ser "culposas", sin que llegue a ser "grave" la susodicha culpa?

La STS 8 de julio 1997 (RJ 1997, 5576), señala (fundamento de derecho tercero) que "para que las obligaciones extracontractuales sean a cargo de la sociedad de gananciales", se precisa, de una parte, "que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta o en el ámbito de la administración de los bienes, y de otra, que la imputabilidad de la obligación se deba a responsabilidad por riesgo o incluso de una acción u omisión ilícita culpable, propia de las personas de que se debe responder, salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del esposo deudor" (la cursiva es mía),

4. Las obligaciones extracontractuales "de un cónyuge".

El artículo se refiere a "obligaciones extracontractuales de un cónyuge", lo que de algún modo lleva a preguntarse, de un lado, acerca de la razón o razones, por las que el legislador se decidió a utilizar el singular, y no el plural ("cónyuges"), en el precepto que se considera y, de otro, acerca de qué régimen jurídico será el aplicable "en aquellos casos en los que la obligación extracontractual sea consecuencia de la actuación conjunta de los dos cónyuges"[66].

Por cuanto a la primera de las interrogantes se refiere, RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., sostienen que, si bien como principio general, la administración de los bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, la admisibilidad por el legislador del pacto en contrario hace posible la consecuencia de que "uno solo de los cónyuges pueda administrar los bienes gananciales", por lo que "parece indudable que cuando la obligación se origina como consecuencia de la administración de los bienes gananciales[67] ejercida por un cónyuge, la obligación afecta en el ámbito interno y en el externo a los bienes gananciales"[68].

En cualquier caso, esa referencia en singular ("de un cónyuge") respondería, pues, a la indicada posibilidad de que la administración de los bienes comunes hubiere venido conferida a uno de ellos. Lo que sin embargo plantea mayor duda es el de si la ratio de la norma presuponga, en todo caso, esa atribución a uno solo de ellos de la administración de los gananciales. Y no hago referencia únicamente, a la circunstancia de que ese "pacto en contrario" no venga contenido en capitulaciones, o en otro documento público, sino que quepa deducirlo de conductas de los cónyuges, deducido de los denominados facta concludentia, sino a la posibilidad misma de que, aun no existiendo ese pacto en contrario, ni formal ni tácito, uno de los cónyuges, "de facto", venga administrando los bienes comunes, y en el curso de

[66] La segunda de las cuestiones se la plantea, y trata de darle adecuada respuesta, TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1695.

[67] Es claro por lo demás que, no distinguiendo el precepto entre bienes "privativos" y "gananciales", no parece procedente efectuar tal distinción.

[68] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., pp. 569-570.

una tal administración contraiga una obligación extracontractual, presupuesta claro es que no fuere debida a "dolo o culpa grave del cónyuge deudor". No me parece existiera duda acerca de que la misma debiera ser "responsabilidad" y "cargo" de los gananciales.

Tratándose de la segunda de las interrogantes a que se hizo referencia, cuando la obligación sea consecuencia de la actuación conjunta de los dos cónyuges, y con independencia ya de que aquellos hayan actuado o no en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, la obligación sería siempre "responsabilidad" y "cargo" de la sociedad de gananciales. Y ello, por aplicación del criterio establecido en el art. 1367 CC[69]. Este punto de vista es defendido entre otros por el Prof. TORRALBA. En tales casos, la responsabilidad y el cargo correría de cuenta de la sociedad, pero no siempre lo anterior encontraría su fundamento en el art. 1367. O dicho de otro modo: cuando la obligación, sea consecuencia de la actuación conjunta de ambos cónyuges, y "en beneficio de la sociedad conyugal", la responsabilidad y cargo de los gananciales procederá ex art. 1366, que será norma preferente respecto de la contenida en el 1367.

Cuando por el contrario, esa actuación no quepa encuadrarla del modo antedicho no se estaría ante una actuación "en beneficio de la sociedad conyugal", y, consiguientemente, el que la obligación fuere asimismo de responsabilidad y cargo de los gananciales lejos de fundamentarse en el 1366 lo sería en el 1367. Lo cual parece nos llevaría a la cuestión de si el art. 1366 es, o no, el único precepto aplicable a las obligaciones extracontractuales[70].

5. Consecuencia de su actuación "en el ámbito de la administración de los bienes". Las omisiones.

"No se califica la administración –apuntan RUEDA PÉREZ, M.A. y RUEDA PÉREZ, J. M., primeros comentaristas del precepto– por lo que debemos utilizar el argumento

[69] Criterio este que defiende TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., pp. 1695-1696. Alude TORRALBA al problema que, en tal caso, podría plantearse acerca de si ha sido más decisiva la actuación de un cónyuge que la del otro para originar la obligación, lo cual podría ocasionar probablemente la necesidad de ajustes internos, determinando que en alguna medida la obligación afecte más a un cónyuge que al otro.

[70] Sobre la cuestión, a la que ya se hizo referencia precedentemente, RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 569, cuyo criterio acerca de que el 1366 no sería el único que determinaría la normativa a que han de someterse las obligaciones extracontractuales, lo creo acertado y defendible, por cuanto parte de la necesidad de circunscribir el art. 1366 a sus estrictos límites. Desde esta perspectiva, y si he entendido bien el punto de vista de los dos notarios citados anteriormente, el punto de partida (que a su vez permitiría llegar a la conclusión anterior acerca de la normativa a que han de someterse las obligaciones extracontractuales) no es otro sino el de considerar que cuando el legislador se refiere, en el 1366, a la "actuación en beneficio de la sociedad conyugal" estaría delimitando un marco de aplicación de la norma no coincidente, y por ello, distinto y diferenciado, de las actuaciones previstas en el art. 1362. De ahí la necesidad de no entender en sentido lato o amplio la formulación del 1366, que de seguirse, acabaría por traducirse en una confusión o mezcla de planos normativos, que no cabría entender responda al designio del legislador.

anterior. . . ."[71] (refiriéndose al utilizado por los autores respecto a los bienes, donde no distinguiéndose entre privativos y gananciales, se inclinaban asimismo por la improcedencia de hacerlo), y que, trasladado al ámbito de la administración, conduciría a incluir toda clase de actos de administración, ordinaria y extraordinaria.

Y ya en fase de conclusiones, se reiteran en lo anterior: "El artículo debe ser interpretado de manera bastante amplia, abarcando todas aquellas situaciones derivadas de la administración de los bienes, y las motivadas por la normal vida familiar"[72].

Tratándose sin embargo de supuestos de administración extraordinaria, algún comentarista posterior plantearía la necesidad de "encontrar la razón que justifique su inclusión en el ámbito del art. 1366, dado que sin embargo los gastos originados por tales actos de administración extraordinaria, cuando recaen sobre bienes privativos, no son de cargo de la sociedad de gananciales, según el art. 1362"[73]. Y esa razón, para TORRALBA, debería situarse de algún modo en la circunstancia de que el art. 1366 trataría de "conceder a los posibles terceros perjudicados una amplia cobertura patrimonial". Ello justificaría, en su opinión, que las posibles obligaciones extracontractuales que tengan su origen en la realización de actos de administración extraordinaria, incluso sobre bienes privativos, deban de estar cubiertas por la responsabilidad del patrimonio ganancial, el cual, por otra parte, tendrá un beneficio de tales actos de administración extraordinaria, en cuanto que los mismos seguramente provocarán un aumento en los rendimientos de los bienes privativos en que se realizan[74].

Sin embargo, el argumento de TORRALBA conduce a una conclusión bien distinta de la que, de un lado, se defendía por los notarios citados previamente, y distinta asimismo de la que parece se desprenda del mismo tenor literal del 1366, que habla de "responsabilidad" y "cargo" de la sociedad. "No es tan claro –afirma- que tales obligaciones extracontractuales derivadas de actos de administración extraordinaria sobre bienes privativos deban gravar de una manera definitiva sobre el patrimonio ganancial; por el contrario, parece más lógico que el cargo definitivo de tales obligaciones afecte al patrimonio privativo del cónyuge que hubiera realizado tales actos de administración extraordinaria, el cual será normalmente el mismo cónyuge propietario del bien considerado"[75].

Pero, como es obvio, lo anterior supone un entendimiento de la norma totalmente distinto, al menos por cuanto al aspecto concreto que nos ocupa se refiere, porque ya no estaríamos hablando de "responsabilidad" y "cargo" de la sociedad, sino

[71] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 570.
[72] Lo que viene a reiterar, sin duda, alguna la inclusión tanto de la administración ordinaria como de la que no lo es. En definitiva, aplicación del viejo aforismo según el cual "donde la ley no distingue, tampoco debe hacerlo el intérprete".
[73] TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1695.
[74] Loc ult cit.
[75] TORRALBA SORIANO, V.: loc. ult cit.

únicamente de "responsabilidad". Los acreedores podrán agredir, en su caso, los bienes comunes, pero llegada la hora de la liquidación, la deuda deberá "repercutir" ya de modo definitivo sobre el patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

En esta situación, me inclinaría por la que podría calificarse como "opinión mayoritaria" en la doctrina, y que no es otra sino la de estar a la norma específica del art. 1366, en la que se opta por no distinguir entre los dos supuestos, estableciéndose así un régimen jurídico distinto del de las obligaciones contractuales. Ello supone, como pone de relieve, REBOLLEDO VARELA, A. L. que, también en estos supuestos, no sólo los terceros que han sufrido el daño podrán dirigirse solidariamente contra los bienes propios del cónyuge responsable y los bienes comunes (art. 1367 CC), "sino que, además, se trata de una carga de la sociedad de gananciales aunque no esté recogida en el art. 1362.3º CC, por lo que aunque haya sido abonada con fondos comunes no existirá derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales... y si el cónyuge causante del daño ha hecho frente a la reparación del daño con bienes privativos será acreedor de la sociedad de gananciales por el valor satisfecho...". En definitiva, pues, la deuda será "responsabilidad" y "cargo" de la sociedad[76].

¿Cabría quizá añadir algo más en apoyo de esa aplicación preferente del art. 1366? A mi entender parece un argumento bastante justificado en de que el 1366 contempla el marco de las obligaciones extracontractuales ¿Se trataría tal vez de lo que cabría denominar un ámbito de excepcionalidad, entendido este término en el sentido de ámbito contrapuesto al ámbito no excepcional, y que vendría constituido por el de las obligaciones nacidas de contrato? ¿Acaso no cabría pensar entonces que el resultado de esa contraposición hubiere sido en el propósito legislativo conferir el carácter de norma de aplicación preferente al 1366, desplazando así el régimen normativo digamos "no excepcional" y propio de las obligaciones contractuales?

Dentro de este apartado, quizá proceda referirse a una cuestión que, en mi opinión, no ofrecería problemática pero que, no obstante da lugar a alguna discrepancia en quienes se han ocupado de la norma contenida en el art. 1366: me refiero al tema de las omisiones. En mi opinión no deben caber demasiadas dudas en cuanto a la circunstancia de que la utilización del término "actuación", no parece pueda conducir a la exclusión del ámbito de aplicación de la norma de "las omisiones", o conductas consistentes en un "no hacer". Al contrario, se impone considerarlas inclusas en aquél. El que una "conducta", "actuación" o "comportamiento" pueda

[76] REBOLLEDO VARELA, A. L.: "Comentario al art. 1366", cit, p. 9678. Con todo, y aun siendo, opinión mayoritaria, no lo es unánime. En definitiva, los puntos de vista contrarios parece cabría (en lo sustancial) sintetizarlos en dos: de una parte, el parecer del Prof. Torralba, al que se ha hecho referencia anteriormente, y, de otra, el de quienes sostienen que tratándose de una norma (la del 1366) que regula tanto la responsabilidad provisional frente al tercero al igual que el art. 1365.2 CC, como la responsabilidad definitiva de los bienes gananciales a que se refiere el art. 1362.3º CC, no hace falta adjetivación alguna de que la administración ha de ser ordinaria, pues ya lo dicen los artículos precedentes. Por tanto, del ámbito del art. 1366 CC estaría excluida la responsabilidad civil extracontractual derivada de actos de administración extraordinaria.

consistir en un no hacer es algo que, por elemental, no precisa de mayores argumentos.

Algunos de los primeros comentaristas manifiestan ciertas dudas respecto de esta cuestión, siendo partidarios de abandonar una distinción que se ofrecía inadecuada, e incluso errónea[77].

También TORRALBA se plantea la cuestión de "si dentro del art. 1366 se pueden incluir también las obligaciones extracontractuales originadas por omisiones de uno de los cónyuges o de los dos"[78], y formula una respuesta afirmativa, con apoyo en las obligaciones fiscales o tributarias. Lógicamente ninguna duda cabe en cuanto a que de tales obligaciones extracontractuales originadas por omisión, responderán los bienes gananciales. Otra cosa será que también la deuda deba "repercutir" definitivamente sobre el patrimonio común, para lo cual se precisaría la no concurrencia de dolo o culpa grave por parte del cónyuge deudor.

6. O "en beneficio de la sociedad conyugal".

Ciertamente, lo primero que cabe decir respecto a la frase señalada en cursiva es que se nos presenta como poco precisa"[79], y esta carencia de precisión se diría se ve claramente acentuada respecto de la referida al ámbito de la administración de los bienes.

Parece desde luego que la interpretación de la frase "actuación en beneficio de la sociedad", deba hacerse por oposición a la referida a "la administración de los bienes". Y cabría plantearse también si ese alto grado de imprecisión no viniera a responder en definitiva a un deseo del legislador, realizado de propósito, a utilizar una fórmula de "gran amplitud" capaz, precisamente por ello, de dar cabida a una multiforme realidad, que tendría un denominador común ("la actuación en beneficio de la sociedad").

Asimismo la referencia a "la administración" pese a su imprecisión, hace posible un mínimo de delimitación, pudiendo decir que ese intento de "delimitación" se hace más difícil cuando se trata de las actuaciones "en beneficio de la sociedad conyugal". Procediendo, pues, por exclusión, se afirma que la actuación en beneficio de la

[77] Así, RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: quienes refiriéndose a la "actuación" señalaban: "la culpa extracontractual tiene su origen en actos u omisiones. Si aquí se habla de actuación, quedan incluidos los actos, pero no se refiere a las omisiones, a diferencia de lo que sucede con la administración de los bienes". De este modo, parecería que el legislador estuviere distinguiendo dos planos diferentes: uno, en el que sólo se tomarían en consideración los actos, y otro, en el que cabrían ya acciones y omisiones".

[78] TORRALBA SORIANO, V.: loc. cit., p. 1697.

[79] En este sentido, entre los primeros comentaristas, los tantas veces citados RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 569.

sociedad conyugal, "se refiere a todos aquellos actos que no son administrativos, pero que están dentro del normal desenvolvimiento de la vida familiar"[80]. Así el único elemento seguro que se desprende de lo anterior sería el carácter "no administrativo" de tales actos. Con lo que todo acto "no administrativo", parece podría, reconducirse de algún modo al marco de la actuación "en beneficio de la sociedad".

Lo difícil entonces sería tratar de enumerar un "listado" de acciones, u omisiones, llevadas a cabo "en beneficio de la sociedad conyugal". Como ya se apunto, quizá la propia imprecisión del término vino querida, de propósito, por el legislador a fin de ofrecer una cobertura adecuada a una casuística que, por su mismísima amplitud, y la mismísima variedad de supuestos que puede presentar, hace imposible cualquier intento enumerativo[81]. A "cualquier situación de hecho que tenga su origen en la vida familiar" –se refieren RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M., "no tiene por qué tratarse –añaden– de un beneficio efectivo, basta con que esté en camino de obtenerse cuando nace la obligación extracontractual, es suficiente que el acto u omisión haya tenido lugar y que conduzcan a un resultado beneficioso. Todavía podemos entender que el acto u omisión se haya consumado o esté en una fase de eficacia pendiente, debe tender a un beneficio, sin necesidad de que éste se obtenga o no, lo que es algo aleatorio en muchos casos, sobre todo en las relaciones familiares".

Las premisas anteriores excluyen asimismo la finalidad patrimonial del acto, u omisión, "requisito" en orden a su cobertura por el 1366: "No es necesario –afirman– que el acto tenga una finalidad patrimonial, los beneficios pueden también ser de otro orden. Quedan incluidos todos los actos realizados por los cónyuges dentro de la vida familiar[82]".

[80] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit.

[81] Señalando precisamente esa ausencia completa de enumeración alguna en el 1366, RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "El artículo no contiene, a diferencia de lo que sucede con los arts. 1362 y 1365, una enumeración con tendencia a la exhaustividad, sino una fórmula que, a pesar de los dos miembros, actuación en beneficio de la sociedad conyugal y administración ordinaria de los bienes, es bastante general". "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 571.

[82] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., pp. 570-571. Y esta línea digamos "omnicomprensiva", se insertaría asimismo el parecer de TORRALBA cuando recogiendo el parecer de ABELLÓ, manifiesta estar de acuerdo con él en cuanto a la necesidad de "incluir en el ámbito del 1366 los daños causados por animales y otras cosas, refiriéndose a los supuestos de los arts. 1905 y ss. La razón se encuentra en que, aunque tales animales o bienes sean privativos, los beneficios de los mismos serán gananciales y ello justifica la inclusión de estas obligaciones extracontractuales en el ámbito de la responsabilidad de los bienes gananciales". Lógicamente, como señala a continuación el mismo autor, el que deban o no gravar de manera definitiva el patrimonio ganancial dependerá de si el cónyuge propietario ha actuado diligentemente o por el contrario su conducta se puede calificar de dolosa o culposa. TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", cit., p. 1696.

7. La razón última del artículo 1366 CC.

A mi parecer, el precepto objeto de estudio tiene su último fundamento en la familia misma, es en definitiva una norma "de cobertura" de la misma vida familiar. Se integra, sin duda, en el marco del régimen de gananciales, al ser una norma relativa a la economía del matrimonio pero en ella subyace algo más: la de "proteger" la vida misma de la familia, configurando no sólo como responsabilidad, sino también "de cargo" de los bienes comunes todo aquello que digamos "se hace o realiza" por la familia, y en el marco de ella.

Se trata la anterior de una idea que viene recogida por algunos comentaristas:

"La repercusión de la obligación en el patrimonio ganancial – señalan RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.– no está en relación directa con el resultado obtenido, no se trata de establecer una compensación con el resultado de la acción u omisión, sino con la finalidad con ella perseguida"[83].

Estamos, pues, ante una norma de régimen económico, pero con la que se trata de conseguir un resultado que, más que económico, se ofrecería como de justicia material. Evitar que conductas o comportamientos por acción u omisión, realizados en el seno de la familia, inspiradas por una finalidad favorecedora de aquélla en múltiples y variados sentidos, tantos como la propia casuística de la vida familiar pueda ofrecer, graven definitivamente los bienes propios del cónyuge que los llevó a cabo.

Desde esta perspectiva, lógica resulta asimismo la excepción de que, concurriendo "dolo o culpa grave del cónyuge deudor", responda asimismo el patrimonio de la sociedad, sin perjuicio en tal caso de que la deuda deba repercutir, no obstante, definitivamente sobre el patrimonio privativo del cónyuge deudor, integrando así el pasivo de dicho patrimonio.

8. La carga de la prueba de que en la obligación concurren las circunstancias previstas por la ley.

Señalan acertadamente los Profesores DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que el artículo 1366 "plantea el tema de la dificultad de la prueba de las circunstancias que condicionan la agresión del acreedor a los bienes gananciales (actuación del cónyuge)"[84]. Los autores se muestran partidarios del criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, al enfrentarse con anotaciones de embargo por deuda del marido sobre bienes gananciales. En tal caso, deberá probarse que de la deuda responden tales bienes, pues no se presume hoy –dado el

[83] RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: "Notas sobre la nueva regulación", cit., p. 570.
[84] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil,* cit., pp. 189-190.

principio de cogestión de la sociedad de gananciales– que las obligaciones asumidas por uno de ellos sean deuda de la sociedad.

Parece imponerse la distinción de dos planos diferentes: de una parte, el propio de la responsabilidad; de otra, el referido al cargo o repercusión definitiva de la deuda sobre el patrimonio ganancial.

Lógicamente, desde la perspectiva de la protección de los acreedores, el punto de vista de los autores citados anteriormente aparece como indiscutible:

"¿A quién corresponde la prueba –se preguntan– de que en la obligación concurren las circunstancias previstas por la ley para que haya una responsabilidad directa del patrimonio ganancial? A mi entender sería una rémora relevante para el tráfico jurídico obligar al acreedor a la prueba de lo que muchas veces desconoce por ser detalles pertenecientes a la vida doméstica. Por ello la prueba debería de corresponder al cónyuge que niega la responsabilidad de los bienes gananciales. . ."[85].

Así parece que el problema queda parcial, pero no totalmente, resuelto. Y es que la "fase" de responsabilidad de los bienes de la sociedad, no significa que en todo caso la deuda deba quedar "de cargo" de los mismos. Cuando la obligación extracontractual del cónyuge se haya contraído como "consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes", fuere debida a dolo o culpa grave del deudor, es obvio que ello no impedirá la agresión por el acreedor de los bienes de la sociedad. En tal caso, cabría preguntarse acerca de si ese "fracaso" por parte del cónyuge no deudor en cuanto a negar la "responsabilidad" de los gananciales, pueda ser obstáculo en orden a la prueba, ya posterior desde luego, de que, no obstante lo anterior, la deuda no deba gravar definitivamente el patrimonio común, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el cónyuge no deudor. No parece quepan dudas en cuanto a una respuesta negativa.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: "Prólogo al Código civil", Editorial Tecnos.

COSSÍO Y CORRAL, A.: *La sociedad de gananciales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: "Comentario al artículo 1366", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por MANUEL

[85] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: loc. ul cit., p. 189.

ALBALADEJO), Edersa, Madrid, 1984, Tomo XVIII, Volumen 2º. Artículos 1344 a 1410 del Código civil.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV", *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.

LACRUZ, J. L: *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E: *El Código civil y sus reformas*, *S*ervicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2003, 10ª ed.

MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, L.: "Comentario al art. 1366 del Código civil", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (Presidente y Coordinador, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), Tomo 7. Arts. 1315 al 1789, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 139-140.

REBOLLEDO VARELA, A. L: "Comentario al artículo 1366", *en Comentarios al Código Civil* (dirección BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RUEDA PÉREZ, M. A.: "Comentario al artículo 1366 del Código civil", *en* AA.VV.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coordinación, AMORÓS GUARDIOLA, M., y SALVADOR CODERCH, P), Tecnos, Volumen II, Madrid, 1984.

TORRALBA SORIANO, V.: "Comentario al art. 1366", en AA.VV.: *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinación a cargo de REGLERO CAMPOS), Aranzadi-Thomson Company, Navarra, 2002.

.

ÍNDICE

PROSPETTIVE DI UNA DISCIPLINA DELLE CONVIVENZE: TRA FATTO E DIRITTO*

THE NEW ITALIAN LEGISLATION ON DE FACTO UNIONS: BETWEEN THE FACTS AND THE LAW

MARCO RIZZUTO
Assegnista di Ricerca in Diritto Civile
Università degli Studi di Firenze
marco.rizzuti@unifi.it

RESUMEN: Il contributo presenta alcune prime considerazioni circa la nuova disciplina delle convivenze di fatto approvata dal legislatore italiano (legge 20 maggio 2016, n. 76), analizzando in particolare i problemi che pone la nuova definizione legale del fenomeno della convivenza, nel confronto con le precedenti elaborazioni giurisprudenziali in tema.

PALABRAS CLAVE: convivenza, definizione, famiglia.

ABSTRACT:. The paper deals with the new Italian Legislation about De Facto Unions (Law n. 76 of 20th may 2016) and analyzes the issues linked to the new legal definition of this social phenomenon, having regard to the results previously achieved in the relevant Case-Law.

KEY WORDS: de facto union, definition, family.

FECHA DE ENTREGA: 15/05/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

· Contributo già pubblicato in Italia, in giustiziacivile.com,12 maggio 2016, riedito col consenso della rivista di prima pubblicazione.

SOMMARIO: I. PREMESSE.- II. LO STATUTO DELLE CONVIVENZE.- III. LA DEFINIZIONE DI CONVIVENZA.

I. PREMESSE.

L'*iter* parlamentare del ben noto disegno di legge presentato dall'On.le M. Cirinnà si è appena concluso, in un clima contrassegnato dalle forti contrapposizioni ideologiche, che hanno riguardato soprattutto la parte dell'ipotizzata normativa dedicata all'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso[1]. In questa sede vorremmo, però, concentrare l'attenzione sugli altri contenuti del medesimo progetto di legge, di non minore rilievo sul piano sistematico e su quello dei possibili effetti per la prassi giuridica.

Occorre, infatti, ricordare che il disegno di legge in discorso è nato come un testo unificato che si proponeva quale sintesi di una pluralità di proposte da tempo dibattute nella società, oltre che nelle aule parlamentari. Com'è noto, alcuni ritenevano necessaria, alla luce degli ormai numerosi precedenti stranieri, l'apertura dell'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali[2], o quanto meno l'introduzione di un istituto quanto più possibile simile al matrimonio che consentisse un pieno riconoscimento di tali relazioni[3]. Altri proponevano, invece, di istituire una distinzione fra il matrimonio tradizionale, che sarebbe dovuto rimanere l'unico a poter godere di uno statuto di rilievo anche pubblico, e le altre forme di unione che avrebbero dovuto trovare nell'autonomia privata, e nel ricorso al ministero notarile, la via per una loro diversa giuridificazione[4]. Altri ancora puntavano piuttosto, secondo una linea di sviluppo tracciata già dalla giurisprudenza degli ultimi decenni, su una disciplina che conferisse quanto più possibile rilievo giuridico al mero fatto della convivenza, prescindendo dall'identità di genere dei

[1] Il riferimento è al d.d.l., n. 2081, approvato il 25 febbraio 2016 dal Senato della Repubblica, e trasmesso come d.d.l. 3634 alla Camera dei Deputati, che lo ha approvato in data 11 maggio 2016. In seguito alle note vicende parlamentari, il testo della proposta di legge è stato interamente sostituito col ricorso alla tecnica del cosiddetto maxiemendamento, per cui si presenta ora come un unico articolo composto da ben 69 commi. Nel presente contributo faremo dunque direttamente riferimento ai singoli commi, senza ripetere l'inutile indicazione relativa all'articolo.

[2] È la prospettiva del matrimonio egualitario, o del "*mariage pour tous*", affermatasi negli ultimi anni in Olanda, Belgio, Paesi Scandinavi, Spagna, Portogallo, Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti d'America.

[3] Secondo il modello della *partnership* registrata, che caratterizza Germania, Austria e Svizzera.

[4] Una delle più compiute elaborazioni tecniche di tale prospettiva si rinviene nella proposta sui Patti di Convivenza, presentata al XLVI Congresso Nazionale del Notariato del 13-15 ottobre 2011.

soggetti coinvolti e dagli schemi formali eventualmente utilizzati[5].

Il disegno di legge unificato, dunque, ha ritenuto di individuare una posizione su cui far convergere il più ampio consenso parlamentare, scegliendo di introdurre tutti e tre gli istituti proposti: il quasi matrimonio per le coppie omosessuali, il cosiddetto contratto di convivenza, la disciplina della convivenza come mero fatto. Naturalmente, aver messo assieme delle soluzioni che in origine si ponevano come alternative non poteva non generare qualche frizione. Ad una non piena armonia delle sistemazioni giuridiche elaborate ha poi contribuito un dibattito, come si diceva, particolarmente sbilanciato verso i profili ideologici della questione, che ha forse sinora impedito un'approfondita meditazione delle scelte di mera tecnica legislativa.

II. LO STATUTO DELLE CONVIVENZE.

Venendo dunque all'esame degli istituti della seconda parte del disegno di legge, quelli che prescindono dall'orientamento sessuale dalle parti coinvolte, ci troviamo anzitutto di fronte alla figura della convivenza come situazione di mero fatto.

Come emerge anche ad una prima lettura, buona parte delle disposizioni che la riguardano rappresenta essenzialmente un'operazione di opportuno *restatement* degli orientamenti già consolidatisi, o comunque in via di consolidamento, nella nostra giurisprudenza. Siamo, dunque, di fronte, ad uno di quei momenti della storia giuridica, in cui regole ordinanti che sono già diritto vivente, grazie all'elaborazione della prassi e degli interpreti[6], si fanno anche diritto vigente, in quanto recepito dal *conditor legis*. Troviamo, così, la traduzione in norme di legge delle statuizioni giurisprudenziali, anche piuttosto risalenti, in materia di successione del convivente nel rapporto locatizio[7] o di risarcibilità del danno cagionato dal decesso del convivente stesso[8]. In altri casi vengono, invece, consolidati esiti più recenti dell'elaborazione giurisprudenziale, come nel caso della disciplina della crisi del rapporto di fatto, in cui si è accolta l'impostazione che aveva ammesso la possibilità di riconoscere ad uno dei conviventi diritti sulla casa familiare di proprietà

[5] Questa era l'impostazione accolta dal Ministro R. Bindi, quando nel 2007 tentò con modesta fortuna di sottoporre alle Camere un progetto che è rimasto noto soprattutto con l'abbreviazione giornalistica Di.Co.

[6] In proposito si vedano almeno MENGONI, L., "Diritto vivente", in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, UTET, Torino, 1990, pp. 445-452, e PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova, 2014.

[7] Il comma 44 del d.d.l. Cirinnà si pone in linea di continuità con il *dictum* di CORTE COST., 7 aprile 1988 n. 404, in *Foro italiano*, 1988, I, c. 2515: per l'esattezza, se nulla parrebbe essere innovato per quanto attiene alla successione *mortis causa*, quella *inter vivos* viene invece emancipata dal presupposto della necessaria sussistenza di prole naturale.

[8] Il comma 49 recepisce un orientamento giurisprudenziale consolidato: cfr. CASS., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 1366, e CASS., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 2, p. 246.

dell'altro[9], o sui profitti conseguiti dal *partner* grazie al lavoro comune[10], e si è inoltre introdotto un vero e proprio obbligo alimentare[11]. In alcune ulteriori ipotesi, peraltro, il *restatement* viene portato a termine con l'inserimento nel nuovo testo dedicato alla disciplina generale delle convivenze di soluzioni già prospettate in ambiti normativi più specifici, come gli ordinamenti penitenziari[12] e sanitari[13], o le discipline in tema di edilizia popolare[14], ed in un caso anche nello stesso Codice Civile[15].

Appaiono invece molto più innovativi quei commi, stranamente non rimasti coinvolti nell'aspro dibattito che ha interessato il disegno di legge, con i quali si è tentato di fornire una risposta alla delicata questione del cosiddetto testamento

[9] CASS., 15 settembre 2014, n. 19423, in *Archivio delle locazioni*, 2015, 1, p. 37, ha riconosciuto alla convivente superstite la tutela possessoria nei confronti degli eredi del proprietario esclusivo della casa familiare: nella specie si trattava di una coppia unitasi in matrimonio esclusivamente canonico, non rilevante per lo Stato italiano. La sentenza precisava, altresì, che in capo al *de cuius* doveva ritenersi sussistente un obbligo *ex fide bona* di non ricorrere alle vie di fatto per espellere la compagna, detentrice qualificata e non mera ospite, senza un concederle un congruo termine, per cui non si poteva ammettere che gli eredi fossero titolari di un potere che il loro stesso dante causa non avrebbe avuto. CASS., 11 settembre 2015, n. 17971, in *Guida al Diritto*, 2015, 41, p. 52, rifacendosi al *dictum* di CASS., 26 maggio 2004, n. 10102, in *Vita notarile*, 2004, p. 969, ha ritenuto che, in caso di scioglimento del rapporto di fatto, la casa familiare di proprietà esclusiva di un convivente possa essere assegnata ex art. 337 *sexies* c.c., all'altra in quanto collocataria dei figli comuni. Ora i commi 42 e 43, ribadita l'ammissibilità di tale richiamo, regolano compiutamente l'attribuzione al convivente superstite di un diritto sulla casa familiare, di durata variabile a seconda della durata della convivenza, e sempre che non si instauri un nuovo rapporto coniugale o di fatto con un terzo. Nulla viene precisato in ordine alla natura personale o reale di tale diritto, alla sua incidenza sugli oneri fiscali o condominiali relativi all'immobile, né alla sua opponibilità a terzi. Sarà dunque necessario fare riferimento all'elaborazione giurisprudenziale formatasi nel recente passato con riguardo all'assegnazione della casa familiare in sede di separazione e divorzio, nonché con riguardo al legato *ex lege* in favore del coniuge superstite ex art. 540, comma 2, c.c. Il comma 61, inoltre, ha quantificato il termine di preavviso, che il proprietario deve concedere qualora intimi al convivente il rilascio della casa familiare, in novanta giorni per coloro che abbiano stipulato un contratto di convivenza; per le mere convivenze di fatto, dunque, si dovrà continuare a riferirsi ad un termine variabilmente determinabile in concreto *ex fide bona*.

[10] CASS., 25 gennaio 2016, n. 1266, in *Guida al Diritto*, 2016, 12, p. 64, ha riconosciuto alla convivente che aveva prestato continuativamente la propria opera all'interno dell'impresa del compago il diritto ad un'indennità. Il comma 46 consolida tale soluzione con l'inserimento nel Codice Civile di un nuovo art. 230 *ter* nella sezione dedicata all'impresa familiare.

[11] Il riferimento è al comma 65. Va ricordato che sinora la giurisprudenza aveva, invece, inquadrato le attribuzioni patrimoniali tra conviventi, finché il rapporto è in vita o alla sua cessazione, ricorrendo alla categoria dell'obbligazione naturale e quindi alla regola *nec actio nec repetitio*: cfr. CASS., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro italiano*, 2014, 4, I, p. 1149, con nota di CASABURI, G.

[12] Il comma 38 recepisce nella sostanza quanto stabilito dagli artt. 18 e 30 della l., 26 luglio 1975 n. 354, e dall'art. 37 del d.p.r., 30 giugno 2000, n. 230.

[13] Il comma 39 generalizza il principio già sancito dall'art. 3 della l., 1 aprile 1999, n. 91, con riferimento alle informazioni attinenti allo specifico ambito dei trapianti di organi.

[14] Il comma 45 recepisce quanto previsto da varie disposizioni fra cui, ad esempio, l'art. 5 *bis* della l. reg. Toscana, 20 dicembre 1996, n. 96.

[15] I commi 47 e 48 estendono anche alle quasi desuete figure dell'interdizione e dell'inabilitazione quanto già previsto dagli artt. 407 e 408 c.c. per l'amministrazione di sostegno, con riguardo alla partecipazione del convivente al procedimento ed alla sua possibile nomina.

biologico, in un senso tendenzialmente contrastante con la soluzione cui era pervenuto negli ultimi tempi il diritto vivente[16]. Prescindendo dal merito della questione, che esula da quanto interessa in questa sede, occorre però rimarcare che, nella non peregrina ipotesi in cui le proposte di legge sul fine-vita conoscano un *iter* parlamentare ancor più accidentato di quello che è toccato in sorte al disegno di legge Cirinnà[17], si profilerebbe uno scenario, di dubbia ragionevolezza e forse anche di dubbia costituzionalità, in cui fondamentali profili della dignità personale, *per se* del tutto estranei alla dimensione dei rapporti di coppia, finirebbero per essere soggetti a due contrapposte discipline. La prima, per i soli conviventi, sarebbe quella dettata dalla nuova legge, mentre l'altra, determinata dagli esiti attinti dalla giurisprudenza, sempre che questa non sia indotta dal mutato quadro sistematico a modificare la propria posizione, per i coniugati, per gli uniti, per i *singles* e più in generale per chiunque non sia riconducibile alla figura legale del convivente.

Un altro strumento messo a disposizione dei conviventi dalla nuova disciplina si rinviene in quel peculiare negozio che viene denominato contratto di convivenza[18] e che è probabilmente, fra i vari istituti del disegno di legge in esame, quello che presenta le maggiori difficoltà di inquadramento sistematico, dovute essenzialmente alla ricordata vicenda della trasformazione di almeno tre differenti prospettive in un testo unificato. Infatti, da una parte, l'introduzione di una disciplina che riconosce effetti giuridici al mero fatto della convivenza, e fa anzi di questo il presupposto dell'eventuale stipula del contratto, toglie a questo la possibile funzione di mezzo con cui le parti scelgano se giuridificare o meno il loro rapporto: del resto, la gran parte di tali effetti ha un senso proprio in quanto finisce per coinvolgere posizioni di terzi, su cui non si sarebbe potuto incidere in via contrattuale, mentre, laddove si tratti di attribuzioni patrimoniali, realizzabili tramite contratti tipici o atipici[19], non

[16] All'indomani della nota decisione di CASS., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giustizia. civile*, 11, I, p. 2366, sul caso *Englaro*, che ha riconosciuto la rilevanza di una volontà della paziente di interrompere nutrizione e idratazione artificiale, ricostruita in base a dichiarazioni della stessa precedenti l'insorgere della condizione di incapacità ed al suo complessivo stile di vita, il TRIB. MODENA, 5 novembre 2008, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 277, con nota critica di GAZZONI, F., "Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. morte dignitosa", ha inaugurato un filone giurisprudenziale favorevole alla nomina di un amministratore di sostegno specificamente incaricato dal potenziale beneficiario, ancora pienamente capace, di rappresentare le sue volontà in ordine ad eventuali futuri trattamenti sanitari. In senso contrario alla possibilità di siffatta designazione anticipata, si è però pronunciata CASS., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 4, I, p. 1316. Ora, però, la soluzione della nomina anticipata di un rappresentante per le decisioni in materia di trattamenti sanitari, ed anche per quelle relative alla donazione degli organi ed alle celebrazioni funerarie, viene accolta dai commi 40 e 41 del d.d.l. Cirinnà.

[17] Durante questa legislatura, in materia sono stati presentati i d.d.l., poi riuniti, nn. 1142, 1298, 1432, 2229, 2264, 2996, 3391, 3561, 3586, 3596, 3599, il cui esame in Commissione, propedeutico alla prima lettura della Camera dei Deputati, risulta iniziato in data 4 febbraio 2016.

[18] La sua disciplina è contenuta nei commi da 50 a 64 del d.d.l. Cirinnà.

[19] Sul ruolo dell'autonomia negoziale nei rapporti di convivenza cfr. MOSCATI, E., ZOPPINI, A., *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002; DEL PRATO, E., "I patti di convivenza", in *Familia*, 2002, p. 959 e segg.; OBERTO, G., "Contratto e regime patrimoniale della famiglia di fatto", in *Trattato del contratto* a cura di ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, VI, pp. 105-402; TRIMARCHI,

occorrevano evidentemente nuove disposizioni di legge. Dall'altra parte, la scelta di introdurre l'unione civile omosessuale implica il superamento dell'ipotesi per cui determinate relazioni non avrebbero potuto godere di un riconoscimento pubblico, ma si sarebbero dovute accontentare dello strumento contrattuale. Al legislatore, ed all'interprete, è rimasto, quindi, il non semplice compito di stabilire quale concreta funzione attribuire al nuovo negozio di cui si prospetta comunque l'introduzione.

Sul piano meramente tecnico potrebbe anche risultare convincente la scelta, esplicitata dal disegno di legge, di farne uno strumento per instaurare tra i conviventi il regime di comunione legale dei beni, com'è noto ben diverso da quello di una comunione ordinaria che chiunque può costituire[20]. In tal modo si è dunque evitato di far dipendere il sorgere di un regime che ha importanti riflessi sulla circolazione dei beni dalla mera fattualità della convivenza, senza però riservarlo a chi sceglie il matrimonio o l'unione civile, in cui esso costituirebbe l'ipotesi di *default*. Sul piano pratico, però, non si riesce a resistere alla tentazione di domandarsi, in un contesto in cui la normalità è rappresentata dalla fuga dei coniugati verso la separazione dei beni, chi mai potrebbe volere la comunione, ed i suoi incomodi, senza il matrimonio o l'unione.

Le altre ipotesi divisate suscitano ancor maggiori perplessità. Si parla, infatti, di un contratto con cui si stabiliscano la residenza o le modalità di contribuzione al *ménage* familiare, tramite il lavoro professionale o domestico[21], e subito potrebbero sorgere dubbi sulla coerenza con i principi costituzionali di un impegno contrattuale che vincoli a risiedere o a non risiedere in una certa località, oppure a intraprendere o a non intraprendere una data attività lavorativa[22], ovvero, ancor peggio, ad un vincolo in ordine alle modalità di esplicazione dell'affettività di coppia o dei doveri di assistenza[23]. Beninteso, i dubbi si sciolgono subito, non appena si prenda atto che tali impegni non sono vincolanti ma liberamente revocabili[24], solo che a questo punto si affaccia l'altro dubbio, più tecnico, sulla coerenza del richiamo all'istituto del contratto per quanto attiene ad impegni che non sono, né invero potrebbero

G.A.M., "L'autonomia privata e la famiglia di fatto: deriva o soluzione?", in *Diritto civile* diretto da LIPARI, N., RESCIGNO, P., Giuffrè, Milano, 2009, I, II, pp. 388-400; nonché GIUSTI, E., VETTORI, F., "Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia?", in giustiziacivile.com, 22 gennaio 2016, specie il § 5.

[20] Il riferimento è al comma 53, lettera *c)*, nonché al comma 54.

[21] Il riferimento è al comma 53, lettere *a)* e *b)*.

[22] Sembra quasi di scorrere un elenco dei casi scolastici di contratti nulli per contrarietà all'ordine pubblico: cfr. GAZZONI, F. , *Manuale di diritto privato*, E.S.I., Napoli, 2011, p. 800 e segg.

[23] Vengono alla mente certe figure del passato, come quelle convenzioni con cui si impegnava una donna di condizione sociale inferiore a prestazioni sessuali e di assistenza (cfr. BARNI, G.L., "Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo", in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1949, pp. 131-155), oppure quei "patti di trattamento" che nel Settecento spesso accedevano ai contratti nuziali stipulati in sede notarile, e potevano avere riguardo, ad esempio, a quali carrozze la dama avrebbe potuto utilizzare, a quante volte si sarebbe andati a teatro, ed anche al diritto della stessa di avere uno o più cicisbei a sua disposizione (cfr. BIZZOCCHI, R., *Cicisbei: morale privata e identità nazionale in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2008).

[24] Come si evince chiaramente dal comma 59, lettera *b)*.

essere, vincolanti in senso contrattuale. Questo secondo dubbio si rafforza poi se consideriamo come il negozio in esame venga assoggettato ad un regime delle invalidità ben diverso da quello che vige in materia contrattuale, ma molto vicino a quello tipico del matrimonio[25], con un sistema di impedimenti[26], e addirittura con un divieto di apporre condizioni o termini[27], che risulta davvero difficile da conciliare con il nostro concetto dell'autonomia privata in materia patrimoniale. Del resto, un ragionamento analogo si potrebbe condurre anche con riferimento al peculiare regime pubblicitario congegnato per il negozio in parola, che fa leva su di un meccanismo, forse unico nel panorama della circolazione dei beni, di opponibilità conseguibile in sede anagrafica[28]. Oltretutto, la complessiva anomalia della figura è stata vieppiù rafforzata dall'intersezione dell'*iter* parlamentare del disegno di legge Cirinnà con quello di un, meno fortunato, tentativo di riforma del riparto delle competenze fra le professioni legali[29], che sembrerebbe però aver generato in questa sede una strana combinazione fra le attribuzioni dell'avvocato e quelle del notaio[30].

---

25 Circa la profonda diversità fra la natura del vincolo contrattuale e quella del rapporto familiare formalizzato col matrimonio si vedano, per tutti, FURGIUELE, G., *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, nonché SCALISI, V., "Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile", in *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 166.

26 Il comma 57 configura come impedimenti la presenza di un altro vincolo familiare, la minore età, l'interdizione, nonché, per effetto di un non chiarissimo rinvio interno al comma 36, i rapporti di parentela, affinità e adozione, ed infine il delitto, questa volta con esplicito rinvio all'art. 88 c.c., dettato in materia matrimoniale. La sanzione viene individuata nella nullità, con un palese allontanamento dalla sistematica contrattuale in cui, ad esempio, l'incapacità è una tipica ragione di annullabilità, mentre la presenza di vincoli contraddittori con quello che si va ad assumere rileverebbe semmai in termini di inopponibilità o di inadempimento. Meno incongrua è la precisazione che si tratta di nullità "*insanabile*", giacché nel sistema delle patologie contrattuali esistono ormai anche quelle sanabili (cfr. PAGLIANTINI, S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007; MONTICELLI, S., "La recuperabilità del contratto nullo", in *Notariato*, 2009, 174 ss.; PERLINGIERI, G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, E.S.I., Napoli, 2010; RIZZUTI, M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, E.S.I., Napoli, 2015). Davvero difficili da spiegare con le consuete categorie civilistiche sono poi le previsioni del comma 58, per cui gli effetti del contratto debbono essere "sospesi" in pendenza del procedimento di interdizione o del processo penale per il delitto di cui all'art. 88 c.c.

27 Il riferimento è al comma 56.

28 Ai sensi del comma 52, ai fini dell'opponibilità, secondo un meccanismo che mira in qualche modo ad emulare quello delle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio nei registri di stato civile, il contratto di convivenza andrebbe iscritto nei registri dell'anagrafe, a quanto pare seguendo il procedimento previsto per i cambiamenti di residenza, laddove sarebbe stato forse più ragionevole istituire un Registro apposito, come era ipotizzato nell'art. 1986 *quater* della predetta proposta notarile del 2011. Peraltro, il successivo comma 55 sottopone tali dati, di cui si è appena imposto l'inserimento in un pubblico registro per renderli legalmente conoscibili, alla disciplina della *privacy* e prevede che siano trattati "garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza" e del principio di non discriminazione, cosicché non si capisce più se gli stessi debbano considerarsi pubblici e accessibili ai terzi oppure no.

29 Alludiamo al d.d.l. 3012, approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati, con la cui presentazione si è per la prima volta ottemperato alla previsione dell'art. 47 della l., 23 luglio 2009, n. 99, secondo cui il Governo dovrebbe formulare annualmente una proposta di riforma pro-concorrenziale, che raccolga le segnalazioni all'uopo presentate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Infatti, l'art. 29 del testo originario del d.d.l. governativo, poi soppresso

Emerge, dunque, la netta differenziazione tra il cosiddetto contratto di convivenza ed il negozio oggetto di un'altra ipotizzata riforma di cui si è pure avviato l'esame in sede parlamentare, quella che dovrebbe condurre all'introduzione dei patti prematrimoniali[31], recependo importanti indicazioni della prassi e del diritto giurisprudenziale[32]. In tal caso, infatti, saremmo di fronte ad un vero contratto, la cui funzione sarebbe proprio quella di costituire fra le parti un vincolo destinato ad operare quando non andranno più d'accordo, esaltando peraltro il ruolo antiprocessuale del ministero notarile[33]. Invero, la maggiore utilità pratica che si possa ritrarre da un contratto stipulato fra conviventi dovrebbe consistere appunto in una predeterminazione dei profili patrimoniali della eventuale crisi del rapporto familiare di fatto, volta ad evitare successivi contenziosi[34]. Il contratto di convivenza del disegno di legge Cirinnà non è, però, idoneo a svolgere tale funzione, in quanto è stato costruito come privo di vincolatività ed incapace di sopravvivere alla crisi del rapporto, che dunque non potrà certo pretendere di regolamentare, con quella che sarebbe peraltro una condizione da reputare, in quanto tale, *pro non scripta*. Il rischio è, dunque, che, qualora il disegno di legge sui *prenuptial agreements* vada in porto, tale strumento venga introdotto solo per le unioni coniugali e non anche per i rapporti di convivenza, che pure potrebbe semmai avere un senso configurare come più, e non meno, aperti alla disponibilità in via negoziale con riferimento alla crisi

e sostituito durante l'*iter* parlamentare, prevedeva l'estensione agli avvocati delle competenze notarili inerenti al trasferimento degli immobili non abitativi di valore inferiore ai 100.000 €.

30 I commi 51, 52, 60, 61, 62 e 63 attribuiscono sia ai notai che agli avvocati le competenze sulla autenticazione dei contratti di convivenza e degli atti che ne implichino la risoluzione, sul controllo della conformità degli stessi all'ordine pubblico ed al buon costume, e sui procedimenti necessari ad assicurarne l'opponibilità ai terzi, benché il comma 60 precisi poi che qualora vengano in rilievo trasferimenti immobiliari, e quindi trascrizioni ex art. 2643 c.c., la competenza spetta ai soli notai. Il vero problema è che si è recepito un sistema che coinvolge il professionista in una serie di notifiche ed annotazioni, relative agli atti o agli eventi che determinino lo scioglimento del contratto, derivato dall'art. 1986 *octies* della proposta notarile del 2011, e tale da presupporre evidentemente una garanzia di conservazione dell'atto, che poteva avere un senso con riguardo alla struttura del notariato e degli archivi notarili, espressamente menzionati nel testo del 2011, ma rischia di non averlo più, se riferita anche all'avvocatura.

31 Il riferimento è al d.d.l. *bipartisan* n. 2669, presentato il 15 ottobre 2014 alla Camera dei Deputati, senza che ne sia ancora iniziato l'esame.

32 La svolta verso l'ammissibilità di contratti che condizionino determinate vicende patrimoniali all'evento della crisi coniugale si è avuta con CASS., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro italiano*, 2013, 3, I, p. 864.

33 D'obbligo il riferimento a CARNELUTTI, F., "La figura giuridica del notaro", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1950, pp. 921 e segg., con il suo celeberrimo "tanto più notaio, tanto meno giudice".

34 Infatti, la proposta notarile del 2011 all'art. 1986 *sexies*, nn. 3 e 4, prevedeva tra i possibili contenuti del patto di convivenza anche la preventiva regolamentazione dei rapporti patrimoniali in caso di cessazione del rapporto, nonché in caso di morte di una delle parti, in tal caso con espressa deroga al divieto dei patti successori ex art. 458 c.c. Tali contenuti oggi si ritrovano nel citato d.d.l. 2669 sui patti prematrimoniali, che del resto li deriva da un'altra proposta elaborata in seno al medesimo congresso notarile del 2011, e non invece nel d.d.l. Cirinnà. La traduzione parlamentare delle due proposte notarili parrebbe dunque aver tradito l'originaria coerenza tecnica e sistematica che le caratterizzava.

familiare, evento che del resto potremmo forse ritenere più fisiologico in un rapporto non connotato dallo scambio di solenni promesse di stabilità.

III. LA DEFINIZIONE DI CONVIVENZA.

La costruzione di uno statuto delle convivenze, con le sue luci e le sue ombre, ha implicato però anche un'altra operazione, certamente innovativa, che il passaggio di tutta una serie di figure dal diritto vivente a quello vigente ha reso inevitabile: l'elaborazione di una nuova definizione della fattispecie cui riferire gli effetti sinora delineati, ed insomma della fattispecie di famiglia per il diritto. Infatti, il Codice Civile, in linea con una scelta tipica della modernità giuridica, sia della Chiesa postridentina[35] sia poi degli Stati laici, aveva preso in considerazione solo il matrimonio, inteso come negozio solenne inserito in un procedimento pubblicistico, lasciando ogni altra espressione della vita familiare ed affettiva in una posizione di identica irrilevanza per il diritto, ben espressa dal noto adagio napoleonico "*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*". In tal modo, il paradigma moderno aveva preso nettamente le distanze da quello del diritto romano, in cui il *matrimonium* era stato una situazione di fatto rilevante per il diritto, in un senso analogo a quello che noi continuiamo ad utilizzare ad esempio per il possesso, e si distingueva da ulteriori e diverse situazioni, pure esse fattuali, munite di una diversa rilevanza giuridica, quali il *concubinatus* o il *contubernium*[36]. La più radicale sconfessione di tale mentalità giuridica si è avuta, invero, nella nota formulazione tipicamente moderna per cui il matrimonio di fatto non è solo illecito o invalido ma addirittura inesistente, per cui senza una celebrazione con intervento della pubblica autorità

[35] L'importanza storica della svolta si evince chiaramente dal confronto tra la formulazione accolta dal più autorevole canonista pretridentino, secondo il quale "*Illorum uero coniugia, qui contemptis omnibus illis solempnitatibus solo affectu aliquam sibi in coniugem copulant, huiuscemodi coniugium non legitimum, sed ratum tantummodo esse creditur*" (*Decretum Gratiani*, C.28, q.1, c.17 *i. fi.*), e quella approvata dai padri conciliari, per cui "*Qui aliter quam praesente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt: eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat*" (*Canones super reformatione circa matrimonium*, sessione XXIV, 11 novembre 1563).

[36] Sulla concezione romana del *matrimonium* come *res facti* analoga al possesso si possono vedere: ALBERTARIO, E., "*Honor matrimonii* e *affectio maritalis*", in *Studi di diritto romano*, I, Giuffrè, Milano, 1933, p. 195 e segg.; ID., "L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustinianeo", *ibidem*, p. 211 e segg.; ID., "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", *ibidem*, p. 229 e segg.; VOLTERRA, E., *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940; ID., "Matrimonio (diritto romano)", in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 726 e segg.; ID., "Precisazioni in tema di matrimonio classico", in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1975, p. 245 e segg.; GIUNTI, P., "Il matrimonio romano tra res facti e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Giappichelli, Torino, 2013, p. 879 e segg. Si vedano inoltre GUARESCHI, M., "Fra *canones* e *leges*: Magister Vacarius e il matrimonio", in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Moyen Age - Temps modernes*, 1999, p. 105 e segg., circa la persistenza di tale impostazione ancora fra i glossatori, nonchè LONGO, G.E., "*Common Law Marriage* statunitense e matrimonio romano", in *Rivista di diritto civile*, 1967, II, p. 490 e segg., sulla non dissimile concezione che in origine caratterizzava il diritto anglosassone.

non si ha alcun matrimonio[37]. Negli ultimi decenni, però, il paradigma è di nuovo cambiato, con la riemersione della famiglia di fatto come realtà rilevante per il diritto[38], il che ha riproposto la questione di una sua definizione.

Infatti, se dal punto di vista dell'originario impianto codicistico poteva essere del tutto irrilevante distinguere le varie forme di tutto ciò che non è matrimonio, in quanto comunque si trattava di realtà del tutto irrilevanti per il diritto familiare, la successiva giurisprudenza, che alla famiglia di fatto ha invece riconosciuto una sempre più ampia rilevanza, ha dovuto necessariamente domandarsi di volta in volta se quella singola formazione sociale che si presentava all'attenzione dei giudici potesse essere qualificata come tale. Ora che la disciplina generale della convivenza passa, però, dal diritto vivente a quello vigente, tale processo di qualificazione non può più essere realizzato in maniera casistica, ma il legislatore sente la necessità di definire, in via appunto generale, che cosa sia la convivenza rilevante per il diritto. Beninteso, non si tratta di un'operazione banale, in quanto ogni definizione, non solo giuridica, impone di fare delle scelte e di porre dei confini, attività che esprime del resto il significato, anche etimologico, della *definitio*: si passa, insomma, da un *continuum* indistinto ad una linea di demarcazione rispetto alla quale qualcosa è dentro e qualcosa è fuori, e forse anche per questo "*omnis definitio in iure periculosa est"*[39].

Emerge, dunque, il profilo più interessante e problematico della nostra questione, in quanto non tutte le situazioni che la giurisprudenza aveva avuto modo di qualificare come famiglia di fatto potranno ora rientrare nel nuovo concetto legale di

[37] Il riferimento è alla formulazione di ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S., CROME, C., BARASSI, L., *Manuale del diritto civile francese*, Società Editrice Libraria, Milano, 1907-1909, I, § 126, e III, §§ 419,421, divenuta poi tralatizia.

[38] Già FINZI, E., *Il possesso dei diritti*, Athenaeum, Roma, 1915, ristampato da Giuffrè, Milano, 1968, con prefazione di SALV. ROMANO, p. 258 e segg., ipotizzava il caso in cui "Tizio e Caia, avendo tutti i presupposti richiesti per la celebrazione del matrimonio, in omaggio a certe loro convinzioni morali e politiche rifuggono dalla celebrazione del matrimonio civile, ma si limitano a convenire tra loro, con solenne giuramento, di considerarsi come marito e moglie. Non solo; ma effettivamente conformano la loro vita a tale dichiarazione" e concludeva, quindi, che "costoro danno luogo in tal modo ad una società famigliare, che può porsi, a raffronto con quella legale, appunto come di fatto". In seguito alle grandi trasformazioni che hanno interessato la realtà sociale e giuridica della famiglia, tale concezione è stata quindi perfezionata dalla dottrina: cfr. JEMOLO, A.C., "La famiglia di fatto", in *Rivista di diritto civile,* 1965, II, p. 398 e segg.; FRANCESCHELLI, V., "Il matrimonio di fatto: nozione, effetti e problemi nel diritto italiano e straniero", in *Atti del convegno nazionale "La famiglia di fatto": Pontremoli 27-30 maggio 1976*, Luigi Tarantola Editore, Montereggio 1977, p. 345 e segg.; STELLA RICHTER, G., *Appunti sulla nozione di matrimonio di fatto*, *ibidem*, p. 159 e segg.; FURGIUELE, G., *Libertà e familia, cit.*, p. 285 e segg.; PROSPERI, F., *La famiglia non fondata sul matrimonio*, E.S.I., Napoli, 1980; GAZZONI, F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983; DOGLIOTTI, M., "Famiglia di fatto", in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, UTET, Torino, 2003, p. 705 e segg.; BALESTRA, L., "La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 5, pp. 194-206; ROMEO, F., *Le unioni affettive non matrimoniali*, UTET, Torino, 2014; PALAZZO, A., *Eros e Jus*, Mimesis, Milano, 2015; RODOTÀ, S., *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

[39] GIAVOLENO, in *D.50.17.202*.

convivenza. Pertanto, si porrà un ulteriore interrogativo circa la sorte delle situazioni escluse: dovremo ritenere che un'opzione, almeno implicita, del legislatore le abbia ricacciate nell'assoluta irrilevanza, oppure dovremo ipotizzare di costruire accanto alla convivenza di diritto, rilevante per legge, delle convivenze di mero fatto, cui la giurisprudenza possa continuare a riconoscere una, magari diversa, rilevanza giuridica? Naturalmente, le risposte potranno variare a seconda di quale profilo della nuova definizione legale si voglia prendere in considerazione, e si dovrà tenere presente che nel diritto positivo esistono ulteriori riferimenti a convivenze che potrebbero anche non essere intese nello stesso modo di quelle del disegno di legge Cirinnà[40].

Il primo, e più evidente, elemento da considerare si ravvisa nel richiamo legislativo alla stabile coabitazione, risultante a livello anagrafico, tra persone vincolate da legami affettivi[41]: ne derivano alcune esclusioni assai ragionevoli. In primo luogo, infatti, si evita così di confondere i concetti di convivenza e di mera coabitazione[42], e di veder così dissolvere il *proprium* del rapporto familiare di fatto in una vaga figura in cui rientrerebbero magari anche gli studenti universitari fuori sede, coinquilini per condividere le spese, o le consorelle che vivano nello stesso convento[43]. Invero, almeno da questo punto di vista, anche il confronto con la precedente elaborazione giurisprudenziale non suscita particolari dubbi.

Inoltre, la medesima previsione esclude anche l'ipotesi del rapporto sentimentale, o erotico, in cui manchi però la stabile coabitazione[44]. A tal proposito, qualche

[40] Si pensi, ad esempio, alle disposizioni processuali in tema di astensione dall'obbligo di testimoniare (art. 199 c.p.p.) o di ricusazione degli arbitri (art. 815 c.p.c.), nonché a quanto previsto in materia assicurativa dall'art. 129 del d.lgs., 7 settembre 2005, n. 209, ovvero con riguardo all'accesso alla procreazione assistita dall'art. 5 della l., 19 febbraio 2004, n. 40. In alcuni casi, la distinzione tra queste ulteriori ipotesi di convivenza legalmente riconosciuta e quella del d.d.l. Cirinnà emerge chiaramente: così il "convivente o commensale abituale" del codice di rito parrebbe essere chi abbia instaurato un rapporto di frequentazione che non sembra affatto dover implicare quella stabile coabitazione risultante a livello anagrafico richiesta, invece, come si dirà fra un attimo, dal d.d.l.; d'altra parte, la legge sulla procreazione artificiale fa espresso riferimento alla necessità che si tratti di una convivenza eterosessuale, mentre, come si è già detto, il d.d.l. ha riguardo anche quelle omosessuali, senza distinzione alcuna.

[41] Il riferimento è ai commi 36 e 37.

[42] A tal proposito cfr. U. ROMA, *Convivenza e coabitazione*, CEDAM, Padova, 2005.

[43] In quest'ultima ipotesi, ad esempio, rientriamo nella fattispecie che l'art. 5 del d.p.r., 30 maggio 1989, n. 223, definisce come "convivenza anagrafica", laddove i commi 36 e 37 del d.d.l. Cirinnà espressamente riconducono la loro diversa definizione di convivenza nell'ambito della "famiglia anagrafica", di cui all'art. 4 del predetto d.p.r., che del resto già ricomprendeva la situazione delle persone coabitanti e legate da vincoli affettivi. Naturalmente, anche questo difetto di coordinamento non farà che aumentare la problematica polisemia del termine convivenza.

[44] La stessa impostazione emerge nella bozza di d.d.l. delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario, presentata il 17 marzo 2016 dalla Commissione Vietti, in cui si propone una modifica degli artt. 18 e 19 del r.d., 30 gennaio 1941, n. 12, sulle incompatibilità di sede dei magistrati aventi determinati rapporti con chi vi eserciti la professione forense o altre attività inerenti all'amministrazione della giustizia, rapporti fra i quali a quello di "convivenza", cui già fa riferimento il testo vigente, verrebbe aggiunto quello di "stabile relazione affettiva": si confermerebbe, dunque,

maggiore incertezza potrebbe sorgere dall'esame di alcune decisioni giudiziarie di merito: se talvolta i giudici hanno escluso che una frequentazione occasionale potesse configurarsi come famiglia di fatto[45], in altri casi si era, però, arrivati a riconoscere la risarcibilità del danno da morte, in seguito al decesso del "fidanzato", con cui si fosse intrecciato un rapporto sentimentale che non implicava ancora nessuna coabitazione[46]. In tal caso, dunque, il legislatore ha dovuto compiere una scelta fra le differenti soluzioni che il diritto vivente presentava, ed ha finito per assumere una posizione che ci sembra pienamente condivisibile. Invero, il riconoscimento da parte dell'ordinamento della rilevanza di una situazione di fatto non comporta soltanto l'attribuzione di nuovi diritti, come spesso ripete una certa retorica, ma anche l'imposizione di nuovi doveri, per la semplice ragione che i diritti di qualcuno, se hanno una consistenza giuridica e non solo *flatus vocis*, saranno anche, per logica necessità, i doveri di qualcun altro. Si comprende, dunque, come sia stato opportuno non arrivare a giuridificare, cioè a sottoporre a vincoli ed obblighi, ogni relazione affettiva, lasciando invece tutta la fascia dei rapporti che non raggiungano un certo grado di intensità, denotato dalla stabile coabitazione risultante in sede anagrafica[47], nell'ambito della mera libertà, senza diritti e senza doveri. Una diversa soluzione avrebbe rischiato di tradire i caratteri di fondo della civiltà occidentale, per riproporre un assetto in cui ogni contatto sentimentale è interdetto, se non viene subito inserito in uno schema fortemente giuridificato a scopo riparatorio[48].

I profili più problematici dello sforzo definitorio cui si è dedicato il legislatore attengono, però, agli ulteriori elementi che contribuiscono a delimitare la convivenza rilevante per il diritto. La norma riferisce, infatti, il fenomeno a quei rapporti di affettività e di coabitazione, che interessino due sole persone, maggiorenni, non legate da vincoli di parentela o di coniugio[49]. L'esclusione dei minorenni risponde

che si tratta di figure distinte e che per estendere al secondo rapporto la disciplina prevista per il primo è necessaria un'espressa disposizione di legge.

45 Si consideri il caso vagliato da APP. ANCONA, 5 dicembre 2009, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 224 e segg., con nota di SAVI, G., "Quali possibili obbligazioni contrattuali tra ex amanti divenuti genitori?".

46 Il riferimento è a TRIB. FIRENZE, 26 marzo 2015, in www.personaedanno.it .

47 Si consideri che, una volta raggiunto tale assetto, l'applicazione della disciplina della convivenza ai sensi del d.d.l. Cirinnà non sarà una scelta degli interessati ma un effetto legale. Infatti, la dichiarazione anagrafica con la quale si rende nota la situazione di fatto agli uffici preposti, ai sensi del predetto d.p.r. 223 del 1989 cui il d.d.l. rinvia, non può configurarsi in senso negoziale, essendo oggetto di un obbligo presidiato anche dalle sanzioni penali di cui all'art. 76 del d.p.r., 28 dicembre 2000, n. 445, per cui sarebbe semmai più corretto parlare di atto esecutivo con funzione di dichiarazione di scienza. Coerentemente, il d.d.l. non dà alcun rilievo agli eventuali vizi della volontà del convivente dichiarante, mentre il comma 37 espressamente precisa che una dichiarazione falsa non implica l'applicazione della disciplina legale, qualora non sussistano i presupposti fattuali di cui al comma precedente.

48 Come ricorda UNGARI, P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 56, nell'*Ancien Regime* il mero fatto della seduzione, pur in assenza di un fidanzamento, dava luogo ad una pretesa giuridicamente coercibile al matrimonio, secondo la regola "*aut nubat aut dotet aut ad triremes!*"

49 Il riferimento è al comma 36, in cui si richiamano i vincoli di parentela, affinità e adozione, nonché quelli derivanti da matrimonio o unione civile. Ci sembra abbastanza grave l'omessa

con ogni probabilità a quell'esigenza di adeguamento all'odierna realtà sociale, che ha indotto, del resto, anche la disciplina delle unioni civili ad omettere il richiamo all'arcaica figura del minore emancipato, che pure il Codice continua a contemplare ai fini del matrimonio[50]. L'esclusione delle situazioni incestuose o poligamiche risponde, invece, all'esigenza di ribadire pure per la convivenza quei divieti che stanno alla radice di alcuni impedimenti matrimoniali, allo scopo di rimarcare che certe unioni proibite non solo non possono essere matrimoni, ma non possono neppure dare luogo a convivenze legalmente riconosciute[51]. Il punto è che, però, qui si stanno considerando situazioni fattuali che tipicamente attengono proprio alla realtà di chi non ha la possibilità di accedere allo *status* coniugale. La giurisprudenza, infatti, aveva avuto occasione, in peculiari casistiche, di riconoscere, soprattutto ai fini della risarcibilità del danno da morte, la piena rilevanza di determinate convivenze, a prescindere dal rapporto di parentela fra le persone coinvolte[52], o dal vincolo coniugale sussistente tra almeno una di esse ed una terza parte[53]. Pertanto, l'ipotesi di una netta esclusione da ogni considerazione giuridica tra alcune di queste

indicazione del grado di parentela rilevante, in quanto diviene così impossibile comprendere sin dove si estenda l'impedimento e si rischia di vederlo interpretato come riferibile ad ogni rapporto di parentela giuridicamente rilevante, dunque con un'estensione ben maggiore di quella prevista per il matrimonio dall'art. 87 c.c. o per l'unione civile dal comma 4, lettera *c)*, dello stesso d.d.l. Cirinnà: insomma sarebbe, ad esempio, permesso sposarsi, o a seconda del genere unirsi civilmente, con la cugina, ma non convivere *more uxorio* con la stessa! Peraltro, una volta adottata questa discutibile logica di *imitatio matrimonii*, non si capisce perché non si siano inclusi anche gli impedimenti connessi all'interdizione o al delitto.

[50] Alludiamo al combinato disposto degli artt. 84, 90, 165 e 390 c.c.

[51] Si può ricordare come Giustiniano, nel disciplinare la limitata rilevanza successoria del concubinato e della filiazione naturale, avesse però voluto precisare che nel caso, che gli appariva particolarmente odioso, dell'instaurazione di una pluralità di rapporti, ovvero di rapporti proibiti perché incestuosi o per altre ragioni, le donne coinvolte non sarebbero state qualificabili neppure come concubine ed i prodotti di tali unioni non sarebbero stati riconoscibili nemmeno come figli naturali. Riportiamo in proposito le icastiche espressioni della *Novella* 89, *capita* 12.5 e 15, del 1 settembre 539: "*Si vero effusa concupiscentia ei fuerit et alias super alias introduxerit priori concubinas, et multitudinem habuerit mulierum fornicantium (sic enim dicere melius est), et ex eis filios habens moriatur multas simul deserens concubinas, odibilis quidem est iste talis, procul autem hac lege modis omnibus cum talibus filiis et concubinis excludatur. Sicut enim si quis legitimae copulatur uxori, alias superinducere non poterit matrimonio consistente et ex his legitimos procreare, ita neque post agnitam quo diximus modo concubinam et ex illa filios dabimus, si etiam aliquod opus libidinis aliud fecerit, etiam hoc ad successionem eius introduci, si mortuus fuerit intestatus. Nam si non hoc sanciverimus, indiscreta quidem erunt quae mulierum sunt, quam potius aut quam minus amaverit, indiscreta quidem quae filiorum: et nos non damus luxuriantibus, sed pudicis legem. … Ultima siquidem nos pars legis expectat, ut ipsa competentem suscipiat ordinem et enumeremus, qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim vocabimus nuptias) aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus neque habebit quoddam ad praesentem legem participium*".

[52] Si veda TRIB. VENEZIA, 31 luglio 2006, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 5, p. 1331, per il riconoscimento della risarcibilità del danno da morte in un caso di convivenza incestuosa tra fratello e sorella.

[53] CASS., 7 giugno 2011, n. 12278, in *Giustizia civile. Massimario*, 2011, 6, n. 852, ha equamente suddiviso il risarcimento del danno da morte tra la moglie e l'altra convivente dello stesso uomo, mentre CASS., 16 giugno 2014, n. 13654, in *Foro italiano*, 2014, 7-8, I, p. 2055, il celebre caso *Gucci*, ha condannato la moglie, mandante dell'omicidio del marito, a risarcire anche il danno da morte così provocato alla convivente.

situazioni potrebbe creare problemi di non poco momento, che emergono soprattutto se consideriamo due macrofattispecie di indubbia rilevanza pratica.

Basti pensare, innanzitutto, al caso della persona coniugata ma separata, che avvii una nuova relazione sentimentale, caratterizzata anche dalla stabile coabitazione, nelle more del procedimento di divorzio: come ognun vede, si tratta di una situazione tutt'altro che infrequente, e che non ci sembra peraltro suscitare nell'attuale realtà sociale nessuna forma di riprovazione. Invero, parrebbe davvero paradossale che un effetto dell'entrata in vigore della legge Cirinnà finisca per essere quello di privare della sua rilevanza giuridica, sinora pacificamente riconosciuta, una delle ipotesi più classiche di famiglia di fatto. Si obbietterà che il problema appartiene al passato, in quanto le ultime riforme che hanno degiurisdizionalizzato separazioni e divorzi[54] ed abbreviato il periodo di tempo che deve intercorrere tra i due passaggi[55] lo avrebbero in sostanza già risolto. Sarebbe, però, agevole replicare che tali riforme possono produrre i loro effetti soprattutto nelle situazioni non conflittuali, mentre in caso di contenzioso i tempi della nostra giustizia civile rendono tutt'altro che anomala una situazione in cui, prima di conseguire la libertà di stato, si debba attendere un periodo non lontano da quello punitivo che era previsto dall'originaria disciplina del divorzio. Una drastica riduzione dei tempi, oltre che con le riforme processuali ed organizzative che esulano da quanto interessa in questa sede, si sarebbe invero potuta ottenere con la generalizzazione del divorzio immediato, che elimini *in toto* uno dei due procedimenti attraverso cui deve passare la crisi coniugale, ipotesi che è stata accantonata con riguardo al matrimonio[56], ma viene ora riproposta con riferimento allo scioglimento dell'unione civile[57]. Non sembra dunque così peregrino interrogarsi sui dubbi di legittimità costituzionale di un sistema che discrimina, verrebbe da dire al contrario, i coniugati nel confronto con gli uniti, costringendo solo i primi a subire, in caso di crisi familiare, la duplicazione del procedimento, con tutte le sue onerose conseguenze esistenziali ed economiche.

L'altra fattispecie che ci sembra particolarmente significativa, nel contesto di una società sempre più multiculturale, è quella delle famiglie degli immigrati provenienti da Paesi in cui la poligamia è legale[58]. Benché in altri ordinamenti occidentali si stia

[54] Si allude agli artt. 6 e 12 del d.l., 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l., 10 novembre 2014, n. 162.

[55] Il riferimento è alla l., 6 maggio 2015, n. 55.

[56] In occasione dell'approvazione della predetta legge 55 del 2015, quelle disposizioni del relativo d.d.l. che si proponevano di introdurre anche il divorzio diretto sono state stralciate per andare a formare un nuovo d.d.l., n. 1504 bis, il cui esame in Commissione, propedeutico alla prima lettura del Senato della Repubblica, risulta iniziato il 1 marzo 2016.

[57] Il riferimento è al comma 24 del d.d.l. Cirinnà.

[58] Vengono in rilievo essenzialmente i numerosi Paesi afro-asiatici, da cui originano la gran parte delle correnti migratorie che stanno interessando oggi la nostra società, nei quali il diritto islamico, che sul punto si rifà anche alla tradizione veterotestamentaria, consente la poliginia, purché il marito abbia i mezzi per mantenere tutte le mogli e non si superi il limite massimo tendenziale di quattro spose (cfr. *Corano*, 4,3). Dobbiamo però accennare anche a società che conoscono modelli familiari ulteriori, come la poliandria, che era la norma a Ceylon e nel Tibet, prima di esservi proibita

ponendo anche il problema di una loro piena accettazione in termini di validità[59], ci limiteremo in questa sede alla considerazione del quadro italiano, nel quale ad essere in discussione non è tanto la qualificazione giuridica degli stessi in termini di invalidità, anche se non di inesistenza, quanto piuttosto la problematica degli effetti riflessi che tali matrimoni invalidi, appunto in quanto esistenti, possono avere su altri piani, come quelli delle successioni[60] o delle regole di ingresso nel territorio nazionale[61], in cui prevalgono spesso logiche diverse da quelle che presiedono al

rispettivamente dagli inglesi nel 1860 e dai cinesi nel 1950, e lo è tuttora presso alcune genti dell'Amazzonia, oppure la poliginandria, o matrimonio di gruppo, attestata presso alcuni popoli del Nepal, della Siberia e dell'Oceania (cfr. STARKWEATHER, K.E., HAMES, R., "*A Survey of Non-Classical Polyandry*", in *Human Nature*, 2012, pp. 149-172).

59 Negli Stati Uniti pende in grado di appello, dopo un parziale successo in primo grado (U.S. DISTRICT COURT UTAH, 13 dicembre 2013, *2:11-cv-0652-CW, Brown vs. Buhman*) il ricorso di un esponente del Mormonismo, religione che ammette la poligamia, contro le leggi che la criminalizzano. Il dibattito si è quindi ampliato, coinvolgendo la questione dell'immigrazione islamica ed il confronto con l'orientamento giurisprudenziale, recentemente affermatosi in via definitiva (U.S. SUPREME COURT, 26 giugno 2015, *14-556, Obergefell vs. Hodges*), che, richiamando anche i precedenti sull'illegittimità del divieto dei matrimoni interrazziali (U.S. SUPREME COURT, 12 giugno 1967, *388 U.S. 1*, *Loving vs. Virginia*), ha legittimato pure quelli omosessuali: cfr. FAUCON, C.F., "*Marriage Outlaws: Regulating Polygamy in America*", in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2014, 22:1, pp. 1-54.

60 CASS., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giustizia civile*, 1999, 10, p. 2695, con nota di DI GAETANO, L., "I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica", ha riconosciuto la rilevanza a fini successori del matrimonio contratto da un italiano in Somalia secondo il diritto locale, rigettando le argomentazioni in senso contrario proposte dai parenti del *de cuius*, secondo i quali sarebbe stato inaccettabile riconoscere valore a tale coniugio, retto da un diritto che ammette la poligamia. Parrebbe che la vicenda sia stata una sorta di tardiva derivazione di quella pratica del madamato, assai diffusa in epoca coloniale (ed immortalata da PUCCINI, G., *Madama Butterfly*, prima rappresentazione Milano, 17 dicembre 1904), che vedeva l'europeo stipulare con l'indigena quello che costei considerava un matrimonio secondo le sue tradizioni, salvo poi abbandonare senza problemi la donna ed i figli meticci, una volta terminato il servizio in colonia, giacché per l'ordinamento superiore tale unione non aveva mai avuto alcun valore. Si consideri peraltro che, quando il regime fascista intervenne per reprimere una prassi sin troppo tollerata in epoca liberale e ritenuta lesiva del prestigio della razza, per cui con il r.d.l., 19 aprile 1937, n. 880, i "rapporti di indole coniugale tra cittadini e sudditi" furono configurati come reato, la giurisprudenza dovette porsi dei problemi per certi aspetti analoghi a quelli che ci pone oggi la definizione legale della convivenza. Infatti, la tipicità del reato non era integrata da rapporti con prostitute o domestiche, che non mettevano a repentaglio la distinzione dei ruoli su base razziale, ma solo da quelli connotati in termini di coabitazione e di *affectio maritalis*, in quanto "la legge penale in tema di madamismo non intende reprimere i congressi con le indigene come tali … a tutela della stessa dignità della razza colpisce di sanzione quelle relazioni non tanto saltuarie, quanto improntate obbiettivamente alla rappresentazione di un matrimonio di fatto" (APP. ADDIS ABEBA, 3 gennaio 1939, in *Razza e civiltà*, 1940, 5-6-7, p. 551), anche perché nei rapporti occasionali era assai ridotto il pericolo del meticciato, in quanto "nei contatti di natura transeunte oltretutto, l'italiano si premunisce di norma, sicché è ben difficile che procrei" (APP. ADDIS ABEBA, 13 dicembre 1938, in *Il diritto razzista*, 1940, 1, p. 38). Per un'ampia rassegna di questa giurisprudenza cfr. BACCO, F., "Il delitto di madamato e la lesione al prestigio di razza. Diritto penale e razzismo coloniale nel periodo fascista", in *Il diritto di fronte all'infamia del diritto: a 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di GARLATI, L., VETTOR, T., Milano, 2009, pp. 85-120.

61 CASS., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro italiano*, 2013, 9, I, p. 2519, ha sposato la linea di netto contrasto al fenomeno della poligamia sancita dall'art. 29, comma 1 *ter*, del d.lgs., 25 luglio 1998, n.

diritto di famiglia *stricto sensu*[62]. Ad ogni modo, la coabitazione poligamica non è vietata, né ci sembra ipotizzabile, almeno nel nostro ordinamento[63], un intervento dell'autorità che imponga con la forza la separazione di fatto delle parti dell'unione proibita. Appare, pertanto, poco convincente che a tali situazioni venga negata una qualificazione come convivenze, e quindi ogni rilievo per il diritto. Sarà dunque soprattutto in questi casi, come *a fortiori* in quelli dei separati non ancora divorziati, che la giurisprudenza verrà probabilmente sollecitata a porsi il problema dell'elaborazione di uno statuto della convivenza di mero fatto, magari differenziato, da collocare in qualche modo a fianco di quello della convivenza di diritto regolata dalla nuova normativa.

Un altro dubbio potrebbe porsi con riguardo al rapporto fra la stessa convivenza di diritto ed il matrimonio omosessuale celebrato all'estero. Com'è noto, infatti, il disegno di legge Cirinnà nasce anche come risposta ad una situazione che aveva visto molte coppie dello stesso sesso ricorrere al cosiddetto turismo matrimoniale per ottenere quella giuridificazione del loro rapporto che veniva negata loro in Italia. Il legislatore si è quindi posto lo specifico problema della sistemazione di tali posizioni ed una delle norme più significative del progetto di legge ci sembra proprio quella che demanda la costruzione di un meccanismo di conversione di tali matrimoni stranieri in unioni civili[64] ad un successivo decreto legislativo, la cui redazione implicherà la soluzione di delicati problemi di diritto internazionale privato e di diritto europeo[65]. Peraltro, la medesima norma ha anche una sua immediata portata precettiva nella parte in cui sancisce la sussistenza di un rapporto di analogia fra matrimonio e unione civile[66], così fornendo la chiave di volta per la

286, come inserito dal d.lgs., 3 ottobre 2008, n. 160, arrivando sino al punto di respingere la domanda di ricongiungimento familiare presentata dal figlio per la madre, con la motivazione che altrimenti si sarebbero trovate a convivere in Italia entrambe le donne che il padre del richiedente aveva sposato in Marocco.

62 Si ricordi come da tempo la giurisprudenza considera il matrimonio omosessuale contratto in altro Paese europeo titolo valido per la concessione del permesso di soggiorno al coniuge extracomunitario, a prescindere dall'inammissibilità della trascrizione del matrimonio stesso o della sua invalidità ai fini del diritto familiare interno: cfr. TRIB. REGGIO EMILIA, 13 febbraio 2012, in *Foro italiano*, 2012, 10, I, p. 2727, cui si è allineato il MIN. INTERNO, circ. 26 ottobre 2012, prot. 8996; nonché in seguito TRIB. PESCARA, 15 gennaio 2013, in www.articolo29.it, e TRIB. VERONA, 5 dicembre 2014, in www.certidiritti.org. Del resto, una diversa soluzione avrebbe comportato anche una violazione degli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani: cfr. CEDU, 23 febbraio 2016, n. 68453/13, caso *Pajic vs. Croatia*.

63 In Francia alcuni discutibili interventi in tal senso sono stati, invece, tentati: cfr. GAULLIER, P., "*La décohabitation et le relogement des familles polygames. Un malaise politique émaillé d'injonctions contradictoires*", in *Recherches et Prévisions*, 2008, pp. 59-69.

64 Il riferimento è al comma 28, lettera *b)*.

65 Si tratterà di valutare se e come la conversione legale di un rapporto matrimoniale in uno unionale possa dirsi coerente con le implicazioni che la libertà di circolazione dei cittadini comunitari ha anche in materia di famiglia: cfr. TOMASI, L. *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea. Tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, CEDAM, Padova, 2007. A breve la materia sarà, inoltre, interessata dal Regolamento, approvato dalla Commissione Europea il 2 marzo 2016 (*COM2016 107 final*), sul diritto internazionale privato delle *registered partnerships*.

66 Il comma 28, nell'indicare i rapporti suscettibili di conversione, si riferisce a "matrimonio, unione civile o altro istituto analogo", così esplicitando il rapporto di analogia che sussiste tra i due istituti,

soluzione di molte delle questioni che si potrebbero porre con riguardo alle discrepanze fra le due discipline, che sono state determinate da una serie di rinvii costruiti con una tecnica legislativa a dir poco approssimativa[67], oltre che da alcuni malcelati imbarazzi dei redattori del testo[68].

Resta, però, il problema della rilevanza di tali matrimoni stranieri nel periodo intercorrente fra l'entrata in vigore della legge Cirinnà e quella del divisato decreto legislativo. La giurisprudenza maggioritaria sinora li aveva considerati non trascrivibili, ma non inesistenti né contrastanti con l'ordine pubblico, ed insomma potenzialmente rilevanti per l'ordinamento italiano, almeno in casi particolari[69],

mentre al contratto di convivenza è dedicata un'autonoma norma di diritto internazionale privato, il comma 64. Peraltro, nel prossimo futuro occorrerà domandarsi se, ai fini del Regolamento europeo menzionato alla nota che precede, per *registered partnerships* italiane dovranno intendersi le unioni civili, i contratti di convivenza o le convivenze di fatto risultanti a livello anagrafico, oppure tutte queste figure.

[67] La parte del d.d.l. dedicata alle unioni civili è, infatti, costruita con una serie di richiami alla disciplina del coniugio, che vengono realizzati a volte con una riscrittura delle norme codicistiche interessate ed a volte con dei meri rinvii a singoli articoli o intere sezioni, mentre il comma 20 prescrive che le disposizioni extracodicistiche riferite al matrimonio debbano applicarsi anche all'unione civile, a differenza delle disposizioni codicistiche non menzionate e di quelle della l., 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozioni. Questo farraginoso meccanismo presenta però alcune falle: ad esempio, per un mero errore materiale il comma 21 rinvia al capo II del titolo IV del libro II del Codice, in cui non c'è nessuna norma che abbia a che fare col matrimonio, anziché al capo III, in cui è compreso l'art. 599 che contempla anche il coniuge tra coloro che si reputano interposti; similmente il comma 13, con riguardo alle convenzioni patrimoniali, rinvia agli artt. 162, 163, 164 e 166 c.c. considerandoli singolarmente, ma dimentica l'art. 166 *bis* che vieta la costituzione di beni in dote. Ne dobbiamo dedurre che gli artt. 599 e 166 *bis* c.c. non si applicano in via diretta all'unione civile, ma ci sembra che le ragioni di sistematicità, esplicitate anche dal predetto comma 28, ne consentano ed anzi impongano un'applicazione in via analogica. *A fortiori* una soluzione del genere va sostenuta per un'altra norma dimenticata, l'art. 230 *bis* c.c., onde evitare che l'istituto dell'impresa familiare risulti inapplicabile soltanto alle unioni civili, proprio mentre, come si è già ricordato, viene introdotto un art. 230 *ter* c.c., per estenderlo anche alle convivenze di fatto.

[68] Pensiamo al comma 7, che omette tra gli errori rilevanti ai fini dell'annullamento dell'unione civile quello sulle anomalie sessuali, forse con l'*arrière-pensée* che altrimenti le si renderebbero tutte annullabili, oppure al comma 11, che non comprende fra i doveri unionali la fedeltà, forse sentita come inadeguata per rapporti che si percepiscono ancora come trasgressivi e tendenzialmente promiscui. Consideriamo altresì il comma 23, che non annovera fra le cause di scioglimento dell'unione l'inconsumazione, forse perché tale nozione, accolta dal diritto civile solo con la l., 1 dicembre 1970, n. 898, è ancora troppo condizionata dalla formulazione canonistica, in cui il matrimonio si consuma soltanto con la *copula perfecta*, realizzata dai tre concomitanti elementi della erezione, della penetrazione completa secondo natura e della eiaculazione di *verum semen*, definizione che aveva indotto Sisto V, con il breve *Cum frequenter* del 27 giugno 1587, a denegare la validità del matrimonio degli *spadones* (cfr. TURCHI, V., "Considerazioni attuali circa una questione antica. Gli eunuchi, tra storia e diritto", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010, *www.statochiese.it*, pp. 1-26), e che oggi non appare certo facile da conciliare con i rapporti che si vorrebbe regolamentare. Anche in questi casi, però, ci sembra che un richiamo in via analogica ai concetti, magari intesi in modo un po' più moderno, di anomalia sessuale, fedeltà coniugale e consumazione sia sistematicamente necessario, anche alla luce del predetto comma 28.

[69] Tale impostazione risale all'ampia motivazione di CASS., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Diritto della famglia e delle persone*, 2012, 2, p. 696, ed è stata confermata, anche se da differenti prospettive, da APP. MILANO, 16 ottobre 2015, in www.ilcaso.it , ID., 6 novembre 2015, in *Foro italiano*, 2016, 1, I,

precisando al contempo che le coppie omosessuali godono comunque delle tutele loro riconosciute dal diritto vivente in quanto famiglie di fatto[70]. Ora queste due ragionevoli affermazioni rischiano di vedersi poste in contraddizione l'una con l'altra, in quanto, posto che il matrimonio straniero rileva per il diritto interno, anche se in misura imperfetta ed insuscettibile di condurre alla trascrizione o, fino all'emanazione del previsto decreto, alla conversione in unione civile, se ne potrebbe anche dedurre che la sussistenza del vincolo da esso derivante impedisce di considerare integrata la fattispecie della convivenza in senso legale, con una sorprendente eterogenesi dei fini che rischia di prospettare situazioni analoghe a quelle che si sono presentate in alcune similari esperienze straniere[71].

Si potrebbe infine considerare un ulteriore paradosso cui la lettera della definizione normativa di convivenza è suscettibile di dare luogo. Invero il riferimento ad una famiglia anagrafica composta da due sole persone potrebbe far sembrare che si voglia escludere l'ipotesi in cui le persone sono tre o più, semplicemente perché alla coppia si sono aggiunti uno o più figli. Beninteso, un esito così irragionevole potrà certamente essere evitato adottando un approccio interpretativo che non si limiti ad un cieco letteralismo, ma il fatto stesso che un dubbio del genere possa prospettarsi ci sembra spia di un problema di fondo del disegno di legge, che ha, in effetti, tentato di evitare ogni riferimento all'eventualità, invero non così remota quando si parla di rapporti affettivi, della procreazione. Così, anche la parte della normativa dedicata alle convivenze tende, pur senza riuscirvi del tutto, ad omettere ogni richiamo a tale ipotesi[72], il che impedisce peraltro alla riforma di saldarsi con quella

p. 296, con nota di CASABURI, G., nonché CONS. STATO, 26 ottobre 2015, in *Foro amministartivo*, 2015, 10, p. 2498. In proposito si vedano, anche per ulteriori riferimenti: GATTUSO, M., (a cura di), "La trascrizione dei matrimoni: i confini di una domanda di giustizia", in *GenIus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, 2, pp. 76-149; RIZZUTI, M., "Inesistenza e invalidità del matrimonio nella più recente giurisprudenza italiana", in *Actualidad Jurìdica Iberoamericana*, 2015, 3 *ter*, pp. 20-31.

[70] Si veda in proposito CASS., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 2, I, p. 489.

[71] In Francia, prima della *loi*, 12 maggio 2009, n. 526, le unioni omosessuali straniere non venivano riconosciute, ma erano considerate ostative alla stipula del *pacte civil de solidarité*, legislativamente riservata a celibi o nubili, per cui le persone coinvolte potevano trovarsi nella paradossale necessità di *divorcer pour se pacser*. In proposito si veda PIRROU, A., "*Reconnaissance des couples unis civilement à l'étranger: c'est fait!*", in *Libération*, 29 aprile 2009, che segnala come l'adozione della predetta l. 526 sia dipesa anche dalle discrete pressioni del *Foreign Office*, irritato per la situazione in cui erano così venuti a trovarsi alcuni cittadini britannici residenti in Francia. Il problema è stato poi radicalmente superato dalla *loi, 17 mai 2013, n. 404*, che ha aperto il matrimonio alle coppie del medesimo sesso.

[72] L'unico riferimento espresso parrebbe quello del comma 42, che, richiamando l'art. 337 *sexies* c.c. sull'assegnazione della casa familiare, ne prende implicitamente in considerazione il presupposto, che è appunto la tutela dell'interesse dei figli. Peraltro lo stesso comma, nel delineare la disciplina della durata variabile del diritto del convivente superstite sulla casa familiare di proprietà esclusiva del compagno defunto, considera come ragione giustificativa di un allungamento della stessa anche la presenza di figli minori o disabili, ma rifiuta di parlare di figli della coppia e preferisce fare riferimento ai figli "del convivente superstite". Ne deriva l'incongrua conseguenza che la loro esistenza giova al superstite, e quindi pregiudica gli eredi legittimi, anche qualora l'altro genitore non sia il *de cuius* ma un terzo.

che ha recentemente avuto di mira l'unificazione degli *status filiationis*[73]. Tale obiettivo, infatti, non è stato raggiunto in maniera integrale, in quanto continuano ad essere diverse le modalità di costituzione dello *status*, che sorge automaticamente e presuntivamente per i figli matrimoniali, mentre per quelli extramatrimoniali occorre l'atto di riconoscimento, il che vale poi a differenziare anche le modalità di prova e di contestazione dello *status* stesso[74]. Questa soluzione poteva considerarsi una necessità quando l'unica realtà familiare legalmente definibile era il matrimonio, e dovrà esserlo ancora con riguardo ai nati da rapporti occasionali, ma potrebbe non esserlo più con riguardo ai nati da rapporti di convivenza ormai legalmente definiti, per i quali parrebbe dunque ragionevole un'estensione dei meccanismi di costituzione *ope legis* dello *status filiationis*. Com'è evidente, però, tutte queste incertezze dipendono nella sostanza dalla peculiarità di una normativa che ha voluto delineare un regime unitario per le convivenze eterosessuali ed omosessuali, senza poter comunque toccare il delicato tema dell'omogenitorialità, in relazione al quale sarebbe venuto meno il traballante consenso politico all'interno della stessa maggioranza parlamentare[75].

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTARIO, E.: "Honor matrimonii e affectio maritalis", in *Studi di diritto romano*, I, Giuffrè, Milano, 1933, p. 195 e segg.

ALBERTARIO, E.: "L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustinianeo", in *Studi di diritto romano*, I, Giuffrè, Milano, 1933, p. 211 e segg.

ALBERTARIO, E.: "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", in *Studi di diritto romano*, I, Giuffrè, Milano, 1933, p. 229 e segg.

BACCO, F.: "Il delitto di madamato e la lesione al prestigio di razza. Diritto penale e razzismo coloniale nel periodo fascista", in *Il diritto di fronte all'infamia del diritto: a 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di GARLATI, L., VETTOR, T., Milano, 2009, pp. 85-120.

[73] Si allude alla l., 10 dicembre 2012, n. 219, ed al successivo d.lgs., 28 dicembre 2013, n. 154.

[74] Continuano, infatti, ad essere in vigore due distinte discipline: quella di cui agli artt. 231-249 c.c. per i figli matrimoniali e quella di cui agli artt. 250-279 c.c. per quelli extramatrimoniali. Ricordiamo che, anche prima del 2012, proprio questa era la differenza più significativa tra filiazione legittima e filiazione naturale, in quanto le altre distinzioni più odiose erano già state quasi tutte eliminate sin dal 1975.

[75] La più chiara espressione di questa problematicità si rinviene nell'enigmatica chiusa del comma 20, per cui "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione", il che per gli uni significa un richiamo alla lettera di norme che non contemplano l'ipotesi dell'omoparentalità, ma per gli altri implica un rinvio alla giurisprudenza che ha già ammesso in numerosi casi il ricorso all'adozione speciale nell'ambito di coppie omosessuali, coniugate all'estero o semplicemente conviventi in via di fatto: cfr. TRIB. MIN. ROMA, 30 luglio 2014, ID., 22 ottobre 2015, ID., 30 dicembre 2015, nonché APP. ROMA., 23 dicembre 2015, tutte in www.articolo29.it.

BALESTRA, L.: "La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 5, pp. 194-206

BARNI, G.L.: "Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo", in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1949, pp. 131-155.

BIZZOCCHI, R.: *Cicisbei: morale privata e identità nazionale in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

CARNELUTTI, F.: "La figura giuridica del notaro", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1950, p. 921 e segg.

DI GAETANO, L.: "I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica", in *Giustizia civile*, 1999, 10, p. 2695 e segg.

DOGLIOTTI, M.: "Famiglia di fatto", in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, UTET, Torino, 2003, p. 705 e segg.

FAUCON, C.F.: "*Marriage Outlaws: Regulating Polygamy in America*", in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2014, 22:1, pp. 1-54.

FINZI, E.: *Il possesso dei diritti*, Athenaeum, Roma, 1915, ristampato da Giuffrè, Milano, 1968, con prefazione di SALV. ROMANO.

FRANCESCHELLI, V.: "Il matrimonio di fatto: nozione, effetti e problemi nel diritto italiano e straniero", in *Atti del convegno nazionale "La famiglia di fatto": Pontremoli 27-30 maggio 1976*, Luigi Tarantola Editore, Montereggio 1977, p. 345 e segg.;

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979.

GATTUSO, M. (a cura di): "La trascrizione dei matrimoni: i confini di una domanda di giustizia", in *GenIus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, 2, pp. 76-149.

GAULLIER, P. : "La décohabitation et le relogement des familles polygames. Un malaise politique émaillé d'injonctions contradictoires", in *Recherches et Prévisions*, 2008, pp. 59-69.

GAZZONI, F:, "Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. morte dignitosa", in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 277 e segg.

GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, E.S.I., Napoli, 2011.

GIUNTI, P.: "Il matrimonio romano tra res facti e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Giappichelli, Torino, 2013, p. 879 e segg.

GIUSTI, E., VETTORI, F.: "Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia?", in giustiziacivile.com, 22 gennaio 2016.

GUARESCHI, M.: "Fra *canones* e *leges*: Magister Vacarius e il matrimonio", in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Moyen Age - Temps modernes*, 1999, p. 105 e segg.

JEMOLO, A.C.: "La famiglia di fatto", in *Rivista di diritto civile,* 1965, II, p. 398 e segg.

LONGO, G.E.: "*Common Law Marriage* statunitense e matrimonio romano", in *Rivista di diritto civile*, 1967, II, p. 490 e segg.

MENGONI, L.: "Diritto vivente", in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, UTET, Torino, 1990, pp. 445-452.

MONTICELLI, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", in *Notariato*, 2009, p. 174 e segg.

MOSCATI, E., ZOPPINI, A.: *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002; DEL PRATO, E., "I patti di convivenza", in *Familia*, 2002, p. 959 e segg.

OBERTO, G.: "Contratto e regime patrimoniale della famiglia di fatto", in *Trattato del contratto* a cura di ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, VI, pp. 105-402.

PAGLIANTINI, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007.

PALAZZO, A.: *Eros e Jus*, Mimesis, Milano, 2015.

PASTORE, B.: *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova, 2014.

PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, E.S.I., Napoli, 2010.

PIRROU, A. : "Reconnaissance des couples unis civilement à l'étranger: c'est fait!", in *Libération*, 29 aprile 2009.

PROSPERI, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, E.S.I., Napoli, 1980.

PUCCINI, G.: *Madama Butterfly*, prima rappresentazione Milano, 17 dicembre 1904.

RIZZUTI, M.: *La sanabilità delle nullità contrattuali*, E.S.I., Napoli, 2015.

RIZZUTI, M.; "Inesistenza e invalidità del matrimonio nella più recente giurisprudenza italiana", in *Actualidad Jurìdica Iberoamericana*, 2015, 3 *ter*, pp. 20-31.

RODOTÀ, S.: *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

ROMA, U.: *Convivenza e coabitazione*, CEDAM, Padova, 2005.

ROMEO, F.: *Le unioni affettive non matrimoniali*, UTET, Torino, 2014.

SAVI, G.: "Quali possibili obbligazioni contrattuali tra ex amanti divenuti genitori?", in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 224 e segg.

SCALISI, V.: "Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile", in *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 166 e segg.

STARKWEATHER, K.E., HAMES, R.: "*A Survey of Non-Classical Polyandry*", in *Human Nature*, 2012, pp. 149-172.

STELLA RICHTER, G.: *Appunti sulla nozione di matrimonio di fatto*, in *Atti del convegno nazionale "La famiglia di fatto": Pontremoli 27-30 maggio 1976*, Luigi Tarantola Editore, Montereggio 1977, p. 159 e segg.

TOMASI, L.: *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea. Tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, CEDAM, Padova, 2007.

TRIMARCHI, G.A.M.: "L'autonomia privata e la famiglia di fatto: deriva o soluzione?", in *Diritto civile* diretto da LIPARI, N., RESCIGNO, P., Giuffrè, Milano, 2009, I, II, pp. 388-400.

TURCHI, V.: "Considerazioni attuali circa una questione antica. Gli eunuchi, tra storia e diritto", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010, www.statochiese.it, pp. 1-26.

UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Il Mulino, Bologna, 1974.

VOLTERRA, E. : *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940.

VOLTERRA, E.: "Matrimonio (diritto romano)", in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 726 e segg.

VOLTERRA, E.: "Precisazioni in tema di matrimonio classico", in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1975, p. 245 e segg.

ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S., CROME, C., BARASSI, L.: *Manuale del diritto civile francese*, Società Editrice Libraria, Milano, 1907-1909.

ÍNDICE

PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E HIPOTECA INVERSA: LE DISCIPLINE ITALIANA E SPAGNOLA A CONFRONTO

LIFTIME MORTGAGE AND HIPOTECA INVERSA: THE COMPARISON BETWEEN ITALIAN AND SPANISH REGULATIONS

DRA. TIZIANA RUMI
Ricercatore confermato in Diritto privato
Università Mediterranea di Reggio Calabria
tiziana.rumi@unirc.it

RESUMEN: *Lo scritto analizza il prestito vitalizio ipotecario, un nuovo prodotto finanziario, simile al lifetime mortgage inglese, destinato a soddisfare i bisogni sociali e di consumo di persone ultrasessantenni, prive di adeguata liquidità ma proprietarie della casa di abitazione, mettendo a confronto la disciplina italiana (legge n. 44/2015), con la normativa spagnola (Ley n. 41/2007).*

PALABRAS CLAVE: *prodotto finanziario; prestito ipotecario; garanzia ipotecaria; mercato immobiliare.*

ABSTRACT: *The paper analyzes the so called prestito vitalizio ipotecario, a new financial product (similar to the lifetime Mortgage) intended to satisfy the social and consumption needs of over 60 years people lacking adequate liquidity but owning a dwelling house, through a comparison between the Italian regulation (Legge n. 44/2015) and the Spanish Law (Ley n. 41/2007).*

KEY WORDS: *financial product; lifetime mortgage; financial mortgage; real estate market.*

FECHA DE ENTREGA: *15/02/2016* FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

SUMARIO: I. PREMESSA.- II. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO.- III. LA GARANZIA IPOTECARIA E IL MANCATO RIMBORSO DEL FINANZIAMENTO.- IV. LA HIPOTECA INVERSA NELLA LEY 41/2007.- V. PROFILI DI DIFFERENZA TRA PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E HIPOTECA INVERSA.- IV. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

L'esigenza di soddisfare bisogni sociali (personali e di consumo) provenienti da un crescente segmento di popolazione rappresentato da persone in età avanzata (*recte* ultrasessantenni) ha indotto molti legislatori europei a dotarsi, sull'esempio dei paesi anglosassoni, di un nuovo strumento finanziario che realizza forme di credito immobiliare legato alla casa di abitazione[1].

L'istituto, in Italia denominato prestito vitalizio ipotecario, ha trovato ampia diffusione anche in altri paesi di *civil law* come la Francia e la Spagna. Nella prima, infatti, la sua introduzione è avvenuta in occasione della Riforma del diritto delle garanzie, realizzata con l'*Ordonnance* 2006 – 346 del 23 marzo 2006, che ha novellato il *Code de la consommation* nella parte intitolata *Crédit*, inserendo un Capitolo IV, relativo al *Prêt viàger hipothécaire* (nuovi artt. L. 314-1 – L. 314-20 c. cons.), mentre in Spagna si deve alla Ley 41/2007 del 7 dicembre di Riforma del mercato ipotecario l'introduzione della c.d. *hipoteca inversa*.

L'incidenza di questo istituto sulla disciplina del diritto reale di ipoteca e alcune differenze esistenti nei provvedimenti normativi citati appaiono sufficienti a giustificare un confronto tra la recentissima disciplina italiana del p.v.i. e la legge spagnola sulla *hipoteca inversa*.

[1] Ad esempio, in Inghilterra il *lifetime mortgage* è un finanziamento garantito da ipoteca su un immobile di proprietà del mutuatario, che consente a quest'ultimo di convertire parte del valore dell'immobile in contanti per soddisfare esigenze personali/di consumo, senza rinunziare alla propria abitazione e senza dover rimborsare periodicamente il prestito. Difatti, capitale ed interessi vengono capitalizzati periodicamente sul finanziamento originario e pagati alla fine del contratto, ovvero alla morte del mutuatario che fino a questo momento, continuando ad abitare l'immobile, risponderà della manutenzione e dei costi. Negli USA i prodotti più simili a questo sono i *reverse mortgage* (o "mutui al contrario") e, segnatamente, gli *home equity convertion mortgage* (HECM), regolamentati da un programma federale e richiesti da proprietari di immobili medio – piccoli, anche in considerazione degli esigui valori erogabili, ed i *jumbo reverse mortgage* che, viceversa, non prevedono limitazioni sugli importi finanziati e sono appetibili da parte dei proprietari di case di pregio. Per una disamina delle diverse tipologie di prestito vitalizio nel panorama finanziario europeo ed internazionale, cfr. ancora BUZZONETTI P.– PACELLA C., *Il prestito vitalizio*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, pp. 27 ss. Con riferimento al modello anglosassone cfr., altresì, CHESSA F.: "Il prestito vitalizio ipotecario", in *Immobili & proprietà*, n. 5/2006, pp. 305 s. e GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?", in *Corriere del merito*, n. 7/2011, p. 677.

II. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO.

Originariamente la normativa italiana sul p.v.i. era contenuta in un'unica laconica disposizione, rappresentata dall'art. art. 11 – *quaterdecies*, comma 12, d. l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248.

Tale disposizione, infatti, si limitava a definire questa particolare tipologia di credito immobiliare come prestito avente ad oggetto la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte degli intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni compiuti.

L'assenza di una disciplina a corredo di questa definizione ha reso il provvedimento insufficiente a promuovere l'avvio e lo sviluppo della operatività bancaria su questa nuova tipologia di prodotto. Da qui l'opportunità di un ulteriore intervento legislativo volto ad individuare specificamente i diversi profili di questa nuova forma di finanziamento, che non possono essere regolamentati per analogia ai tradizionali mutui ipotecari[2].

A dieci anni di distanza da questo primo provvedimento il nostro legislatore è nuovamente intervenuto in materia con la legge 2 aprile 2015, n. 44 che ha modificato ed integrato[3] la precedente disciplina del p.v.i. rinviando, per la definizione delle regole relative all'offerta dei prestiti vitalizi, ad un successivo decreto del Ministero dello sviluppo economico, sentite l'ABI e le associazioni dei consumatori[4]. La fisionomia e la *ratio* dell'istituto si deducono dalla nuova formulazione del comma 12 dell'art. 11 – *quaterdecies* d. l. 203/2005[5]. Sotto ilprofilo

[2] Cfr. RINALDI R. – VARRATI A.: "Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi", in *Bancaria* n.3/2007, 70 s., cui si riferiscono i periodi riportati tra virgolette.

[3] Come si dirà la nuova disciplina ha inciso su alcuni profili non secondari del p.v.i. e, segnatamente, con riguardo al termine di scadenza per il rimborso (in un'unica soluzione) del finanziamento; all'applicazione di alcune norme di favore dettate per il credito fondiario; alla definizione del regime fiscale applicabile all'operazione; all'individuazione di specifici strumenti a tutela della banca per recuperare prontamente e completamente il proprio credito qualora gli eredi del mutuatario non intendano o non possano accollarselo.

[4] Vedi art. 11 – *quaterdecies*, comma 12 *quinquies*, come modificato dalla legge n. 44 del 2015.

[5] Da questa disposizione emerge che "il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si

soggettivo l'ambito di applicazione di questa particolare tipologia di credito è molto limitato sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda. Possono concedere il mutuo, infatti, soltanto istituti di credito e intermediari finanziari regolarmente iscritti all'elenco dell'art. 106 T.U.B., e ciò al fine di garantire i mutuatari circa la provenienza del finanziamento da soggetti affidabili, in quanto autorizzati ed al contempo sottoposti ai penetranti controlli ed alla vigilanza della Banca d'Italia.

La previsione che attribuisce il potere di erogare il p.v. soltanto ad enti appositamente autorizzati consente, inoltre, di contenere il rischio di fallimento dell'ente finanziatore, rischio in genere gravante su coloro che decidono di usufruire del prestito sotto forma di rendita vitalizia e neutralizzabile soltanto con la sottoscrizione, da parte del mutuatario, di polizze assicurative collegate al finanziamento (sull'esempio di quanto succede nei paesi anglosassoni), con conseguente aggravio dei costi dell'operazione[6].

Dal lato della domanda poi, possono richiedere il prestito soltanto i soggetti/persone fisiche di età superiore a sessant'anni (soglia più bassa della precedente fissata a sessantacinque anni) che siano in grado di garantire il finanziamento con ipoteca di primo grado sull'immobile residenziale (comma 12 – *quater*).

Dalla definizione di p.v.i. non emerge la finalità consumeristica dell'operazione, a differenza di quanto prevede, ad esempio, la disciplina francese sul *prêt viager hypothécaire*[7], con la conseguenza di non escludere del tutto che il finanziamento sia diretto all'attività di impresa, svolta magari in forma individuale o di microimpresa, dal soggetto richiedente o dai suoi aventi causa[8], o che il finanziamento avvantaggi l'eventuale terzo datore di ipoteca sull'immobile residenziale dell'anziano che, non avendo raggiunto i sessantanni di età, non possa direttamente accedere al p.v.i.[9]

Lo scopo sotteso all'operazione in commento viene comunemente rinvenuto nell'esigenza di *smobilizzare* una parte della cospicua ricchezza impegnata ancora oggi in immobili nella maggior parte dei paesi europei, tra cui l'Italia[10], per far fronte ai

compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.

6 Cfr. CHESSA F.: "Il prestito vitalizio ipotecario", cit., p. 307

7 Cfr. art. L. 314 – 2 *code de la consommation* per il quale "A peine de nullité, le prêt viager hypothecaire ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle".

8 In quest'ottica si può giustificare, come vedremo, l'estensione al p.v.i. della speciale disciplina contenuta all'art. 39, 4° comma, t.u.b.

9 Così GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario", cit., p. 678. Allo stato, tuttavia, le condizioni contrattuali degli operatori del credito italiani che hanno introdotto il p.v.i. (Euvis S.p.A., Deutsche Bank, Monte dei Paschi di Siena e, più di recente, Banca Popolare di Milano, Barclay's, Cassa di Risparmio di S. Miniato, Cassa di Risparmio di Rimini ecc.) escludono alcuni impieghi del prestito tra cui il finanziamento di attività produttive o professionali dei mutuatari.

10 Da una recente indagine è emerso che il portafoglio delle famiglie italiane risulta generalmente composto da casa, contanti e depositi bancari. In particolare, da una scomposizione della ricchezza netta è emerso che nel 2010 l'84% delle attività reali totali (abitazioni, terreni, fabbricati non

bisogni specifici degli anziani[11] la cui domanda di liquidità è in forte crescita dato il progressivo invecchiamento della società e la crisi dei sistemi pensionistici[12].

La duttilità di questo strumento si apprezza al confronto con altri istituti come la vendita di nuda proprietà dell'immobile, i mutui tradizionali, la cessione del quinto della pensione, le fidejussioni personali dei genitori per aiutare i figli che sottoscrivono un mutuo. Il p.v.i., infatti, non priva l'anziano della proprietà dell'abitazione; non prevede un limite di età massima per il soggetto finanziato, né obblighi di rimborso rateale; non rappresenta una forma di anticipazione di liquidità che il sottoscrittore si ritrova a scontare da subito, con minori flussi di cassa dal mese successivo, a causa della trattenuta del quinto della pensione; non espone i genitori ai rischi di consistenti perdite patrimoniali che si paventano nelle ipotesi in cui i medesimi abbiano prestato fidejussione a favore dei figli sottoscrittori di un mutuo e, pertanto, si presenta particolarmente indicato quando è necessario procurarsi un'importante somma di denaro, non vi sia la capacità di rimborso necessaria e al tempo stesso non si voglia rinunciare alla proprietà dell'immobile[13].

Le motivazioni che inducono gli anziani a chiedere il p.v.i. possono essere le più varie. Tra queste primeggia l'esigenza di aiutare i figli, esigenza che si traduce, ad esempio, nell'aquisto per loro conto della casa di abitazione, nel consolidamento dei loro debiti, nell'offerta di un supporto economico che consenta ai figli di rendersi economicamente indipendenti, mentre secondarie si presentano le finalità del mutuatario di integrare il proprio reddito e di estinguere con questo nuovo finanziamento i debiti pregressi.

Sotto questo profilo emerge la differenza tra il nostro sitema e quello anglosassone

residenziali ecc.) è rappresentato dalle abitazioni. La ricchezza in abitazione è quindi pari a oltre 4.950 miliardi di euro, circa 200 mila euro per famiglia. Cfr. MATTEI U. (a cura di): *Il risparmio immobiliare privato Bene comune certezza*, Bancaria, 2013, p. 13.

[11] In questo senso anche BRUCKER V. M.: "Le prêt viager hypothécaire", in *JCP*, *La semaine Juridique – Edition notariale et immobiliere*, n. 19 dell'11 mai 2007, p. 35, per la quale "Ce nouvel outil a donc un champ d'application très delimité, en raison de son objectif: il s'agit de permettre aux particuliers à l'âge avancé de transformer du solide en liquide… C'est en tout cas le sens voulu et l'utilisation souhaitée par le législateur".

[12] Per queste considerazioni vedi anche FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie reali", in *Notariato*, n.4/2006, p. 501, nonché, FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica", in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2006, pp. 1191 s.

[13] Cfr. BUZZONETTI P. – PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, cit., pp. 21 ss. i quali evidenziano l'inopportunità del ricorso a questa tipologia di finanziamento quando il mutuatario dispone di altre alternative (ad es. è proprietario di una seconda casa che potrebbe vendere o affittare per ricavare la liquidità necessaria) o in ipotesi di piccoli prestiti (inferiori a 30.000 euro), in quanto i costi notarili per stipulare il p.v. diventano troppo elevati in rapporto all'entità del finanziamento al punto da non giustificare l'operazione, o, ancora, se il mutuatario non abbia alcun interesse a trasmettere la propria casa agli eredi, perché potrebbe ricavare dalla vendita della nuda proprietà più di quanto riceverebbe con il p.v. e, infine, se il richiedente il prestito debba trasferirsi in casa di cura per lunghi periodi di tempo e per fronteggiare i costi dell'assistenza sia costretto a locare l'abitazione. Tale soluzione non sarebbe, infatti, compatibile con il p.v. garantito da ipoteca immobiliare perché la casa data in locazione perde valore.

dove il ricorso al p.v. da parte dell'ultrasessantacinquenne è funzionale, principalmente, a migliorare la sua qualità di vita (cura della propria casa e del giardino, possibilità di andare in vacanza) e solo in minima parte a consolidare altri debiti o ad aiutare la famiglia[14].

Quanto a struttura, il p.v.i. è, innanzitutto, un contratto di finanziamento (nelle variabili del mutuo, dell'apertura di credito, dell'erogazione periodica di denaro o nella combinazione delle tre formule anzidette)[15] a medio e lungo termine, e comunque di durata non inferiore a 18 mesi[16]. Ciò si deduce dal riferimento contenuto al comma 12- *ter*, agli artt. 15 ss. D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 relativo alla disciplina delle agevolazioni tributarie (esenzione dalle imposte di registro, di bollo, ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative) per le operazioni di credito a medio e lungo termine. Il comma 3° del citato art. 15 considera tali le concessioni di credito di durata contrattuale superiore a 18 mesi. Gli enti che effettuano queste operazioni saranno tenuti a corrispondere un'imposta sostitutiva in misura dello 0,25% dell'ammontare complessivo dei finanziamenti riferibili all'acquisto della prima casa di abitazione e delle relative pertinenze. Fuori da questa ipotesi l'aliquota si applicherà in ragione del 2% dell'ammontare dei suddetti finanziamenti[17].

In considerazione del fatto che il p. v. i. viene, di regola, rimborsato in un'unica soluzione al momento della morte del mutuatario, la nuova legge (come quella del 2005) consente al finanziatore la capitalizzazione annuale di interessi e spese, con evidente deroga alla più recente disciplina sul divieto di anatocismo[18]. Tale capitalizzazione è, però, esclusa in ipotesi di rimborso anticipato del prestito rispetto alla scadenza, secondo modalità concordate con il finanziatore al momento della

[14] Vedi, ancora, BUZZONETTI P.– PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, cit., p. 40.

[15] Cfr. GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario", cit., p. 679.

[16] Ovviamente il p.v.i. ha una durata convenzionale (es. 20 – 30 anni) o comunque pari alla vita dei mutuatari. In ogni caso il mutuatario, previo accordo con il mutuante, ha diritto a rimborsare il prestito anticipatamente. Si pone in questo caso il problema di eventuali penali. Posto che il comma 12 *bis* non fa riferimento all'applicazione del primo comma dell'art. 40 t.u.b. dove si prevede un compenso omnicomprensivo per l'estinzione anticipata del credito è ragionevole ritenere che nel disciplinare i profili contrattuali il Ministro dell'Economia e delle Finanze detterà regole specifiche sul compenso spettante alla banca, come ha fatto il legislatore francese che all'art. L314 – 10 c. cons. fr., in caso di *remboursement anticipé,* riconosce alla banca il diritto di esigere un'indennità non superiore ad un ammontare fissato, secondo modalità determinate, con decreto in *Conseil d'Etat.*

[17] Cfr. artt. 17 e 18 D.P.R. n. 601/1973.

[18] Ed infatti la L. 11 agosto 2014, n. 116, di conversione del D. L. n. 91/2014 ha eliminato l'art. 31 del medesimo D.L. che, dopo l'intervento legislativo n. 147/2013 volto ad escludere definitivamente la pratica anatocistica, aveva surrettiziamente reintrodotto la legittimità dell'anatocismo sostituendo il 2° comma dell'art. 120 t.u.b. con la seguente previsione: "Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione, con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni disciplinate ai sensi del presente Titolo…". In argomento cfr., da ultimo, GRIFFO D.: "Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita", in *Contratti*, n. 5/2015, pp. 507 ss. Per un esame dei *revirement* giurisprudenziali si rinvia alla ricognizione di CAVONE F.: "L'anatocismo nell'evoluzione giurisprudenziale", in *Corriere giuridico,* n. 5/2013, pp. 706 ss.

sipulazione del contratto (comma 12 - *bis*), nonché, riteniamo, in ipotesi di risoluzione del contratto di finanziamento che opera, in virtù del richiamo all'art. 40 comma 2 t.u.b., in caso di inadempimento dell'obbligo di rimborso anticipato da parte del mutuatario [19]. Alla morte del soggetto finanziato quale momento che segna il *dies* del rimborso si fanno equivalere gli atti di alienazione dell'immobile e la costituzione di diritti reali di godimento o di garanzia a favore di terzi.

Il p.v.i. comporta dei costi fissi iniziali (perizia dell'immobile, spese notarili, di istruttoria, di assicurazione obbligatoria sulla casa) che vengono dedotti dall'importo del finanziamento e dei costi variabili perché connessi alla durata del finanziamento[20]. La stessa entità del debito alla scadenza non è predeterminabile al momento della conclusione del contratto, dipendendo da fattori di incertezza come la durata della vita del finanziato, l'evoluzione dei tassi di interesse nel tempo, le dinamiche del mercato immobiliare che nel medio/lungo periodo possono risentire delle variazioni dei prezzi degli immobili residenziali ecc., tutti fattori che potrebbero determinare il rischio di *cross-over* del finanziato, o meglio dei suoi eredi (puri e semplici ed ignari del mutuo) costretti a rimborsare un prestito di gran lunga più elevato del valore dell'immobile concesso in garanzia[21].

[19] Sarebbe, questa, una soluzione omogenea a quella operante in materia di credito fondiario che ha ricevuto, di recente, l'avallo della giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 3 marzo 2015, n. 4230, in *Diritto & Giustizia*, 2015, p. 40, con nota di Caputo. Nel caso di specie la S.C. - dopo aver ribadito che il divieto di anatocismo ex art. 1283 c. c. si applica anche alle operazioni di credito fondiario considerando che la struttura di tale forma di finanziamento ha perso quella connotazione pubblicistica dell'attività svolta dai soggetti finanziatori, nella quale risiedevano le ragioni della sottrazione al divieto in parola - ha precisato che la risoluzione del contratto di mutuo non autorizza il superamento del limite di cui all'art. 1283 c.c. Tale risoluzione, infatti, "obbligherebbe il mutuatario inadempiente al pagamento integrale delle rate già scadute e alla immediata restituzione della quota di capitale ancora dovuta, ma non al pagamento degli interessi conglobati nelle semestralità a scadere, dovendosi invece calcolare, sul credito così determinato gli interessi di mora ad un tasso corrispondente a quello contrattualmente pattuito, se superiore al tasso legale, secondo quanto previsto dall'art. 1224, comma 1, c. c..

[20] Il meccanismo di calcolo di questo prestito prevede diverse fasi. Innanzitutto si incarica una società qualificata ed indipendente di effettuare una perizia sull'immobile al fina di determinarne il reale valore di mercato. Quindi si prendono in considerazione l'età e la tipologia dei richiedenti (maschi, femmine, coppie) e in base a questi parametri si determina il *loan to value* (LTV), un coefficiente percentuale che moltiplicato per il valore risultante dalla perizia rilascia il valore massimo di prestito erogabile. Ovviamente ciò non preclude al cliente di richiedere un importo minore, ma sufficiente alle proprie esigenze, per contenere il costo degli interessi futuri. Così BUZZONETTI P. – PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, cit., p. 13.

[21] Tale rischio, prima dell'entrata in vigore della legge in commento gravante sul soggetto finanziato, poteva essere arginato in due modi. Innanzitutto, attraverso la determinazione del "loan to value: quanto più bassa era l'entità originaria del finanziamento in relazione al valore dell'immobile, tanto minore era il rischio di *cross – over*, oppure dando facoltà al debitore di stipulare una garanzia assicurativa, accessoria al finanziamento, contro il rischio di *default*. Sul punto cfr. CERINI D.: "Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione", in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, n.2/2006, pp. 516 ss. Sulle garanzie assicurative supplementari si sono manifestate, da parte della dottrina francese, non poche perplessità. Si ritiene, infatti, che queste sarebbero inutili e senza effetto dal momento che l'ammontare del debito viene da principio commisurato al valore del

A tal riguardo è opportuno evidenziare che la nuova disciplina ha eliminato il suddetto rischio: il nuovo comma 12 – *quater*, infatti, ha previsto che *l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute*. Sebbene la legge non specifichi il rimedio eventualmente applicabile qualora l'ammontare del debito superi il ricavato della vendita dell'immobile sembra ragionevole ritenere che il finanziatore non possa pretendere un importo superiore a quello ottenuto dalla vendita del bene. Si tratta di una soluzione simile a quella individuata dall'art. L314 – 9 c. cons. fr. dove si prevede che il debito nei confronti del finanziatore non può eccedere il valore dell'immobile come stimato al momento della scadenza del finanziamento (c.d. *plafonnement de la dette*) e, quindi, il rischio di *cross-over* viene allocato sul finanziatore[22].

III. LA GARANZIA IPOTECARIA E IL MANCATO RIMBORSO DEL FINANZIAMENTO.

Caratteristica peculiare del p.v.i. è quella di essere garantito da ipoteca di primo grado sull'immobile. E' evidente l'analogia con il credito fondiario[23] destinatario, come è noto, di una disciplina privilegiata rispetto a tutte le altre forme di mutuo[24].

bene dato in garanzia e che, in genere, i creditori sono soliti coprirsi dal rischio di improvvisa svalutazione del mercato immobiliare e da quello di una maggiore longevità del finanziato rispetto alla prospettiva di vita allo stesso riconosciuta, erogando un prestito vitalizio (comprensivo di capitale e interessi) di gran lunga inferiore al valore del bene dato in garanzia. Così BRUCKER V. M.: "Le prêt viager hypothécaire", cit., 36. Nei Paesi anglosassoni tale rischio è gestito attraverso polizze assicurative e mediante una speciale garanzia definita "*no negative equity* (Nneg). In questo modo il cliente è sicuro che l'importo massimo dovuto alla scadenza del contratto (capitale e interessi) non potrà superare il valore di realizzo dell'abitazione data in garanzia. Così RINALDI R.– VARRATI A., *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, cit., p. 66.

[22] Tale regola viene parzialmente derogata in caso di rimborso (totale o parziale) anticipato su richiesta del finanziato perché quest'ultimo dovrà restituire l'intero debito maturato alla richiesta di rimborso, indipendentemente dal valore dell'immobile, nonché pagare al finanziatore un'indennità (art. L314-10 c. cons. fr.).

[23] Questa tipologia di mutuo, regolata dagli artt. 38 – 41 T.U.B., necessita per la sua configurabilità di una pluralità di elementi: il finanziamento deve essere di durata a medio e a lungo termine, ovvero superiore a diciotto mesi; la garanzia deve essere un'ipoteca di primo grado su beni immobili; l'ente finanziatore deve essere necessariamente una banca; l'importo del mutuo non deve superare una determinata soglia. Cfr. BALESTRA L.: "Mutuo fondiario e limiti di finanziabilità", in *Fallimento*, 2014, p. 412. L'attuale regolamentazione del credito fondiario è frutto di una evoluzione storica dell'istituto originariamente disciplinato dal testo unico delle leggi sul credito fondiario (r.d. 16 luglio 1905, n. 646) composto da un centinaio di articoli volti a realizzare l'obiettivo di conciliare gli interessi di sicurezza e remunerazione dei finanziatori con quella di durata del prestito e di contenimento dei costi dei mutuatari. A tal fine era stato elaborato lo strumento delle cartelle fondiarie (titoli di credito che venivano collocati sul mercato solo da istituti a ciò autorizzati) cui corrispondevano le diverse operazioni di mutuo. Si veniva a creare, così, una vera e propria corrispondenza tra ogni operazione di impiego del denaro (concessione di mutuo) ed ogni operazione di provvista, corrispondenza che garantiva la stabilità degli istituti di credito. A partire dagli anni '70 inizia un lento processo di erosione che conduce a ridurre progressivamente le differenze tra mutuo ipotecario ordinario e mutuo fondiario (d. l. 13 agosto 1975, n. 376, conv. In l.

Del credito fondiario, per espressa previsione di legge, sono applicabili al p.v.i., oltre all'art. 40, comma 2° t.u.b., anche il precedente art. 39, commi 1,2,3,4 e 7 che introduce una serie di vantaggi per l'istituto finanziatore, in deroga sia alla disciplina dell'ipoteca che alla revocatoria fallimentare. Il rinvio all'art. 40, 2° comma, t.u.b. consente di equiparare, sotto il profilo degli effetti, l'inadempimento del mutuatario che sia venuto meno all'impegno di rimborsare anticipatamente il prestito, all'inadempimento del finanziato che, avendo ricevuto il credito fondiario, per ben sette volte abbia ritardato di pagare eseguendo la prestazione fuori dal periodo temporale stabilito dalla norma (ovvero tra il trentesimo ed il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata), e di qualificarlo come inadempimento *di non scarsa importanza* ai sensi dell'art. 1455 c. c., in quanto la norma richiamata, in siffatte ipotesi, legittima il mutuante a richiedere la risoluzione del contratto.

Ma il profilo più interessante è dato, senza dubbio, dalla disciplina del'ipoteca che il p.v.i. mutua dal credito fondiario, e che costituisce il perno di questa nuova forma di prestito ipotecario non finalizzato.

16 ottobre 1975, n. 492; d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7; l. 6 giugno 1991, n. 175; d. lg. 14 dicembre 1992, n. 481). Ma è l'introduzione del t.u.b. a modificare completamente lo scenario. L'esercizio di tale credito non è più riservato ad Istituti specializzati (vengono meno i profili di specialità sotto il profilo soggettivo), non è quindi collegato in nessun modo a particolari forme di raccolta del risparmio e, ciononostante, mantiene alcuni privilegi del precedente regime tra cui il consolidamento breve delle ipoteche e l'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti effettuati dal mutuatario (v. TARZIA G.: "Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa", in *Fallimento.*, n. 2/2013, pp. 214 ss.). Sul punto cfr., *ex multis*, FALCONE G.: "Riflessioni sulla nozione di finanziamento negli artt. 38 ss. del D. Lgs. n. 385 del 1993: Il credito fondiario come contratto", in *Dir. Fall.*, 1999, I, pp. 659 ss.; BOZZA G.: "Il credito fondiario nel nuovo testo unico bancario", Padova, 1996; TARDIVO C. M.: "Il credito fondiario nella nuova legge bancaria", Milano, 1995.

[24] Si parla oggi di "specialità debole" per indicare che essa è ormai circoscritta ai soli profili oggettivi (modalità tecniche di esercizio del credito, oggetto del credito fondiario costituito soltanto da "finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili). Vedi BOATTO S.: "Sub art. 38", in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, tomo I, Torino, 2013, pp. 346 s. Sulla controversa figura del mutuo fondiario il dibattito dottrinale ha ricevuto, di recente, nuova linfa dopo un *set* di pronunce della Suprema Corte, l'ultima delle quali datata 27 dicembre 2013, n. 28662, che ha escluso la nullità del contratto di credito fondiario, stipulato solo per estinguere pregresse esposizioni debitorie del mutuatario, per violazione dell'art. 38 t.u.b. , e segnatamente, del limite di finanziabilità ivi previsto. Sul punto, per una ricostruzione delle problematiche sottese all'applicazione dell'art. 38 citato e, più in generale, alla disciplina del credito fondiario cfr., PAGLIANTINI S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", in *Contratti*, n. 5/2014, pp. 439 ss., nonché *ibidem*, D'AMICO G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", 450 ss. che critica le (diverse) tesi sulla nullità del contratto di mutuo fondiario muovendo dall'idea che l'art. 38 non sia una norma "imperativa" nel senso tradizionale del termine (ovvero della obbligatorietà di un contenuto negoziale), ma piuttosto una norma "delimitativa" della fattispecie alla quale ricollegare la disciplina (più favorevole alla Banca) che caratterizza il mutuo fondiario. In questa logica, l'operazione di finanziamento concesso alla società mutuataria per estinguere i debiti preesistenti, non può essere qualificata credito fondiario ed essere destinataria della relativa disciplina "speciale" in quanto "la Banca *non assume alcun (nuovo) rischio*: anzi essa *riduce il rischio preesistente, […]* acquisisce (per il credito che sorge in relazione al "nuovo" finanziamento) una garanzia che prima non aveva.

Tale disciplina si presenta differente (sempre nell'ottica di un bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti) rispetto a quella rinvenibile nel codice civile. Ai sensi dell'art. 39 t.u.b., infatti, si consente alla Banca - in deroga a quanto previsto dall'art. 2839, 2° comma, n. 2, c.c.[25] - di eleggere domicilio, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, presso la propria sede per consentire agli istituti finanziatori, provvisti di una presenza capillare sul territorio, di poter gestire in modo più efficiente i singoli rapporti di credito[26]. Il secondo comma dell'art. 39 tub prevede l'ipotesi in cui la stipulazione del contratto di mutuo e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, nel senso che il perfezionamento e l'esecuzione del rapporto di finanziamento si realizzano con la modalità del doppio contratto. In questo caso il conservatore dei registri immobiliari che iscrive ipoteca al momento della stipulazione del contratto di mutuo dovrà annotare a margine di tale iscrizione sia l'avvenuta erogazione del finanziamento in base alla quietanza rilasciatagli dal beneficiario del prestito, sia la variazione del tasso di interessi concordata dalle parti. Vi è, dunque, la possibilità di fissare il tasso definitivo con il quale il mutuo verrà ammortizzato in un momento successivo all'iscrizione ipotecaria, e, soprattutto, si consente alla garanzia già iscritta di estendersi anche agli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa.

E' evidente la deroga al principio di specialità dell'ipoteca sancito dagli artt. 2809, 1° comma, c. c. (laddove stabilisce che l'ipoteca deve essere iscritta per una somma determinata di denaro) e 2839, n. 5, c. c. (nella parte in cui prevede che la nota di iscrizione deve indicare gli interessi e le annualità che il credito produce) il cui obiettivo è sostanzialmente quello di fornire una cautela contro l'instabilità dei mercati.

L'art. 39, comma 3, Tub stabilisce poi che Il credito della banca relativo a finanziamenti con clausole di indicizzazione è garantito dall'ipoteca iscritta a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per effetto dell'applicazione di dette clausole. L'adeguamento dell'ipoteca si verifica automaticamente se la nota d'iscrizione menziona la clausola di indicizzazione. In questo caso, quindi, il credito per interessi derivante dal finanziamento viene determinato *per relationem* attraverso le clausole di indicizzazione e viene collocato nel medesimo grado dell'ipoteca già iscritta. E' evidente, anche qui, la deroga al principio di *specialità* dell'ipoteca (art. 2855, comma 2, c. c.) in quanto si prevede la prelazione ipotecaria dei mutui indicizzati (per capitale ed interessi) sempre che la nota di trascrizione contempli la clausola di indicizzazione[27].

[25] Tale norma prevede che la banca, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, deve eleggere domicilio nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari a sua volta individuato ex art. 2827 c. c. in base al luogo in cui si trova l'immobile.

[26] Sul punto cfr. SEPE M.: "Sub art. 39", in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2012, 447, nonché BOATTO S.: "Sub art. 39", in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo I, a cura di C. Costa, Torino, 2013, 372.

[27] Sul punto, anche in ordine alla disciplina del credito fondiario previgente al t.u.b., cfr. BOATTO S.: "Sub art. 39", cit., 374 ss.

Quanto, infine, all'applicazione al p.v.i. dell'art. 39, 4° comma, t.u.b. [28] vale la pena evidenziare che, nell'ipotesi di p.v.i., il problema dell'esenzione dell'ipoteca dalla revocatoria fallimentare comunque non si pone quando il destinatario del finanziamento sia un consumatore o, al più, un imprenditore individuale non soggetto alla procedura fallimentare.

Espressione di un certo *favor* per il finanziato è, poi, l'estensione al beneficiario del p.v.i. del 7° comma dell'art. 39 t.u.b. che concerne i diritti di scritturato e gli emolumenti ipotecari nonché i compensi spettanti al notaio. Al fine di incentivare il ricorso a questo strumento di finanziamento, infatti, gli atti e le formalità ipotecarie vengono considerati *ex lege* come un'unica operazione e gli onorari notarili vengono ridotti alla metà. Ma è con riguardo al mancato rimborso del prestito che la nuova disciplina del p.v.i. presenta qualche particolarità rispetto sia alla normativa interna sul credito fondiario che al modello francese di p.v.i. Il nuovo comma 12 - *quater* prevede, infatti, che *Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso.*

L'art. 41 del t.u.b. disciplina il procedimento esecutivo sui beni ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari prevedendo il diritto della banca finanziatrice di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale su tali beni anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore con ciò riconoscendo, secondo l'interpretazione più corretta, all'istituo di credito un mero privilegio processuale, dovendo comunque l'ente finanziatore chiedere, per ottenere pieno e concreto riconoscimento delle proprie pretese, l'ammissione del credito fondiario al passivo fallimentare nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Ne consegue che il bene verrà venduto all'asta e l'aggiudicatario (o l'assegnatario nella diversa ipotesi di assegnazione in proprietà), che non eserciti la facoltà (prevista dal 5° comma dell'art. 41 t.u.b.) di subentrare al debitore nel contratto di finanziamento sarà tenuto a versare direttamente alla banca la parte corrispondente al suo credito, mentre la somma ricavata dall'esecuzione in eccedenza rispetto alla quota spettante all'istituto di credito verrà attribuita al fallimento.
Nell'ipotesi del p.v.i., la particolarità è che l'immobile deve essere venduto dal finanziatore (anche attraverso il meccanismo dell'asta pubblica) necessariamente ad un valore pari (o superiore) a quello di mercato (accertato da un perito indipendente) e le somme ricavate dalla vendita saranno impiegate per estinguere il

[28] In dottrina, tuttavia, si è evidenziato il contrasto tra l'art. 39, 4° comma, t.u.b. e l'art. 67, 4° comma l. fall., in quanto, mentre la prima norma si limita ad esentare da revocatoria le ipoteche a garanzia dei finanziamenti quando sono state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento, il 4° comma dell'art. 67 l. fall. vi esclude le operazioni di credito fondiario in generale, e, quindi, anche le ipoteche iscritte nei dieci giorni che precedono la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, con implicita abrogazione del 4° comma dell'art. 39 t.u.b. Cfr. SANGIOVANNI V.: "Le particolarità fallimentari del credito fondiario", in *Fallimento*, n.10/2011, pp. 1149 s.

credito derivante dal finanziamento. Anche in questa ipotesi, tuttavia, si tiene conto della possibile eccedenza del ricavato della vendita rispetto a quanto necessario per estinguere il credito e si prevede che tale eccedenza sia riconosciuta al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa[29].

Non è previsto, invece, a differenza di quanto avviene nel modello francese (art. L. 314-13 c. cons.)[30], che, in caso di mancato rimborso del prestito da parte del mutuatario, dei suoi eredi e aventi causa, il finanziatore possa vedersi attribuita la proprietà dell'immobile mediante decisione del giudice o in virtù di un patto commisssorio, che in ipotesi viene ammesso nonostante l'immobile costituisca la residenza principale del debitore[31].

Al fine di favorire la circolazione degli immobili residenziali che, ipotecati, garantiscono il p.v.i., il legislatore, considerando le difficoltà del finanziatore a vendere tali beni al valore di mercato, ha previsto un meccanismo che consente di abbassare progressivamente il loro prezzo. Infatti, trascorso un anno da quando il creditore avrebbe potuto alienare l'immobile senza che la vendita abbia avuto luogo, il valore del bene viene decurtato del 15% per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile o, in alternativa, il finanziatore potrebbe, d'accordo con l'erede, incaricare quest'ultimo di vendere l'immobile entro dodici mesi dal conferimento dell'incarico. Sempre nella medesima ottica di agevolare l'acquisto di tali beni, il nostro legislatore ha, poi, stabilito che *nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'art. 2652, primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto.*

[29] Per l'analoga soluzione nel modello francese, cfr. art. L 314-9 c. cons. ai sensi del quale "Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers".

[30] *Tale disposizione al 2° comma stabilisce che* "A défaut et nonobstant les règles applicables en matière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le créancier hypothécaire peut à son choix: - poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, auquel cas la dette est plafonnée au prix de la vente; - ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissoire alors même que celui – ci constituait la résidence principale de l'emprunter".

[31] La norma in commento, infatti, deroga alla nuova disciplina sulle garanzie reali introdotta in Francia con l'*Ordonnance* 346 del 2006, la quale, "purché non si tratti dell'immobile ove il debitore risiede, consente al creditore di domandare in giudizio l'assegnazione dell'immobile ipotecato a titolo di pagamento (nuovo art. 2458 *code civil*), e permette di inserire nell'atto costitutivo dell'ipoteca volontaria la clausola commissoria (nuovo art.2459 *code civil*). In entrambe le ipotesi l'immobile deve essere stimato da un perito, nominato di comune accordo o designato dal giudice; se il valore del bene eccede la garanzia, il creditore versa al debitore l'eccedenza (nuovo art. 2460 *code civil*). Così CHIANALE G.: *L'Ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 6, sec. ed., Utet, Torino, 2010, p. 32. Attenta dottrina, tuttavia, ha evidenziato come la novellata disciplina d'oltralpe sulle garanzie reali non abbia sancito l'ammissibilità del patto commissorio vero e proprio, ma piuttosto il ritorno (…) dell'antica (e mai abbandonata) formula del "patto marciano, che non a caso -…- ha da sempre rappresentato una delle soluzioni (alternative) maggiormente praticate per non incorrere nel divieto della *lex commissoria*. Così D'AMICO G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in AA. VV., *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2013, 598.

L'acquirente, quindi, potrà opporre il proprio acquisto, sia nei confronti di terzi in buona fede che abbiano acquistato beni immobili o mobili registrati dall'erede o dal legatario apparente e ciò sebbene, in deroga a quanto prevede l'art. 2652 n. 7 c. c. e più in generale al principio della pubblicità sanante[32], la trascrizione della domanda giudiziale di contestazione dell'acquisto non sia eseguita tempestivamente, ovvero entro i cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto *mortis causa* impugnato; sia nei confronti dei legittimari pretermessi che abbiano trascritto, successivamente ai terzi acquirenti, le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima, e ciò anche fuori dall'ipotesi prevista al n. 8 dell'art. 2652 c. c.[33], ovvero anche se la trascrizione della domanda giudiziale di riduzione per lesione di legittima sia avvenuta prima che siano decorsi dieci anni dall'apertura della successione.

IV. LA HIPOTECA INVERSA NELLA LEY 41/2007.

La Ley 41/2007 del 7 dicembre, che ha modificato la Ley 2/1981 del 25 marzo, *de regulación del Mercado hipotecario*, disciplina, nella sua prima disposizione addizionale (da ora DAP), la c. d. *hipoteca inversa*[34]. Si tratta di un *producte hipotecari* che permette agli individui in età avanzata di ottenere un credito bancario per far fronte ai propri

[32] In base a questo principio, infatti, la trascrizione dell'acquisto dal falso erede o dal falso legatario, decorsi cinque anni, viene (nei confronti degli acquirenti di buona fede) ad assumere una efficacia sanante del titolo mancante o invalido. Sul punto si rinvia in particolare a GABRIELLI G.: *La pubblicità immobiliare*, *Trattato Sacco*, vol. 4, Utet, Torino, 2012, pp.143 ss. dove anche un confronto fra le norme degli artt. 534 u. c. e 2652, n. 7, c.c., e già prima PUGLIATTI S.: *La trascrizione*, in *Trattato Cicu – Messineo*, XIV, tomo 2, Giuffré, Milano, 1989, pp. 477 ss.

[33] La norma, infatti, tutela i terzi in buona fede che hanno acquistato diritti a titolo oneroso in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione solo se quest'ultima sia stata eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione, consentendo, diversamente, ai legittimari di poter far salve le proprie pretese.

[34] L'espressione *hipoteca inversa*, impiegata per identificare il nuovo istituto, si presenta alquanto fuorviante. Se nella prassi per *hipoteca inversa* si intende un'operazione di senso contrario a quello che abitualmente caratterizza l'ipoteca ordinaria (nel senso che si riceve anticipatamente il denaro che si otterrà dalla vendita della casa di abitazione, mentre nell'ipotesi dell'ipoteca vera e propria ci si rivolge ad un istituto di credito per ottenere in prestito una somma necessaria ad acquistare un'abitazione e si garantisce il rimborso del mutuo con l'immobile gravato dalla garanzia), giuridicamente l'*hipoteca inversa* non è affatto assimilabile al diritto reale di ipoteca (sebbene nasca con l'iscrizione nel Registro ipotecario e si estingua per le stesse cause previste per le altre ipoteche) ma è un contratto di prestito garantito da ipoteca, in virtù del quale il proprietario dell'immobile oggetto di garanzia riceve da un istituto di credito una rendita (periodica o *una tantum*) determinata da vari fattori, e alla sua morte gli eredi faranno fronte al pagamento del debito o l'ente creditizio procederà ad escutere la garanzia. Cfr., tra gli altri, FERRANDIZ GABRIEL J.R.: "Derecho Hipotecario", *Anales IX* 2007 – 2008, 46. Per uno studio approfondito sull'istituto cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ H.: *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

bisogni quotidiani, in particolare nelle ipotesi di soggetti privi di prestazioni pensionistiche o, al più, titolari di pensioni minime[35].

La finalità è, anche qui, essenzialmente sociale: dare risposta alla necessità sempre più avvertita dalla crescente popolazione anziana di aumentare la propria capacità economica per far fronte ai bisogni esistenziali e di consumo incrementando, con questo denaro, le rendite provenienti da altre fonti[36]. Perché si costituisca la *hipoteca inversa* è necessario che il credito sia garantito mediante ipoteca su un bene immobile che rappresenti la residenza abituale del richiedente (*vivienda habitual*) e sempre che concorrano i seguenti requisiti: a) che il richiedente e i beneficiari che questi può designare siano persone di età uguale o superiore ai 65 anni o affetti da *dependencia severa* o *gran dependencia*[37], b) che il debitore disponga dell'importo del prestito o

[35] Cfr. MORENO H. S., "La hipoteca inversa en la LLei 41/2007 del mercat hipotecari", in *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 10, 2009, p. 45. L'autore rileva che, prima della sua regolamentazione giuridica, la *hipoteca inversa* era già presente nella pratica bancaria e veniva destinato ad un gruppo determinato di soggetti: il richiedente il prestito doveva essere proprietario dell'abitazione e avere più di 70 anni; doveva risiedere abitualmente in questa abitazione che, a sua volta, doveva essere un bene soggetto a tassazione e situato in una zona urbana.

[36] I dati statistici hanno evidenziato che a dicembre 2008 la pensione media in Spagna si attestava sui 725,23 euro e che rispetto alla media europea la spesa per le pensioni in Spagna sia sensibilmente più bassa che nel resto d'Europa (solo il 9% del PIB) mentre la percentuale di abitazioni di proprietà (83 %) è di gran lunga superiore rispetto alla media europea (60%). Tutti fattori che hanno creato le condizioni per il proliferare di diversi meccanismi volti a migliorare la qualità di vita delle persone in età avanzata, tra i quali rientra la *hipoteca inversa*. Così ancora MORENO H. S., "La hipoteca inversa", cit., p. 46.

[37] Per stabilire se il richiedente il prestito si trovi in una situazione di *dependencia severa* o *gran dependencia*, occorre far ricorso alla Ley 39/2006 del 14 dicembre, concernente la *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.* L'art. 2.2 della citata legge definisce la dependencia come lo stato di carattere permanente in cui si trovano le persone che, per ragioni derivanti dall'età, l'infermità o l'incapacità, e legate alla mancanza o alla perdita di autonomia fisica, mentale, psichica o sensoriale, necessitano dell'attenzione di altra o altre persone o di aiuti importanti per realizzare le attività fondamentali della vita quotidiana o, nel caso di persone con incapacità psichiche o infermità mentale, di altri sostegni per la propria autonomia personale. Il successivo art. 26.1, poi, stabilisce tre gradi di "dipendenza", moderata, severa e grande, ma la Ley 41/2007 si applica qualora ricorra uno degli ultimi due. La dipendenza di I grado, o *moderada*, implica che la persona necessiti di aiuto per realizzare varie attività fondamentali della vita quotidiana, almeno una volta al giorno o necessita di aiuto discontinuo o limitato per la sua autonomia personale. La dipendenza di II grado o *dependencia severa*, si ha quando la persona necessita di aiuto per realizzare varie attività essenziali della vita quotidiana due o tre volte al giorno, ma non necessita del supporto permanente di un accompagnatore, mentre quella di III grado o *gran dependencia* si verifica quando la persona necessita di aiuto per realizzare varie attività essenziali della vita quotidiana diverse volte al giorno e, a causa della sua perdita totale di autonomia fisica, mentale, psichica e sensoriale, necessita del supporto indispensabile e continuo di un'altra persona. Sul punto cfr. FERRANDIZ GABRIEL J. R.: "Derecho Hipotecario", cit., 51 s. Vale la pena precisare che mentre il progetto di legge considerava richiedenti gli anziani ultrasessantacinquenni e le persone affette da *dependencia*, consentendo alla Ley di avere un ampio ventaglio di possibilità applicative, la versione finale della Ley 41/2007 ha limitato l'ambito soggettivo di applicazione alle persone affette da *dependencia* severa o grande, nonostante la proposta di emendamento n. 58 che prevedeva l'inclusione di tutte le persone affette da qualunque situazione di *dependencia* o *discapacidad*. Cfr. QUESADA SÁNCHEZ A. J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 81, 2009, p. 141.

credito mediante erogazione periodica o unica, c) che il rimborso del debito sia esigibile esclusivamente dal creditore e che la garanzia sia escutibile nel momento in cui muore il mutuatario o, se così è convenuto in contratto, quando morirà l'ultimo dei beneficiari, d) che l'abitazione ipotecata sia un bene tassabile e assicurato contro i danni secondo i termini ed i requisiti stabiliti negli art. 7 e 8 della Ley 2/1981, del 25 marzo, di Regolamentazione del Mercato Ipotecario[38].

L'ambito soggettivo di applicazione è, poi, integrato, dal lato dell'offerta, dal comma 2° della DAP in cui si afferma che le ipoteche a cui si riferisce la normativa potranno essere concesse soltanto dagli enti creditizi o dagli enti assicurativi autorizzati ad operare in Spagna, senza pregiudizio dei limiti, requisiti e condizioni che agli enti assicurativi imponga la propria normativa di settore. Non risulta disciplinato, invece, il regime di trasparenza e commercializzazione dell'ipoteca inversa, per il quale anche la normativa spagnola, come quella italiana, rinvia ad un successivo intervento del Ministro dell'economia e dell'Industria.

Trattandosi, tuttavia, di un'importante operazione finanziaria per le ricadute patrimoniali che la stessa può determinare sul mutuatario e sui suoi eredi, la legge spagnola ha previsto nel 4° comma della DAP che tutti gli enti legittimati a concedere *hipoteca inversa* dovranno offrire servizi di consulenza gratuita (*asesoriamento independiente*) ai richiedenti questo prodotto creditizio, tenendo in considerazione la loro situazione finanziaria ed i rischi economici che derivano dalla sottoscrizione di questo prodotto finanziario.

La scadenza contrattuale per la restituzione del finanziamento è fissata anche qui al momento della morte del debitore o, se lo prevede il contratto, al momento della morte dell'ultimo dei beneficiari. In tali ipotesi gli eredi del debitore ipotecario saranno di fronte ad un bivio: potranno cancellare il prestito, per come pattuito, pagando al creditore il capitale più gli interessi nel frattempo maturati[39], oppure potranno decidere di non effettuare alcun rimborso ed in tal caso il creditore *sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia*[40].

E' possibile, peraltro, che il debitore ipotecario, dopo aver ricevuto il prestito, abbia volontariamente alienato il bene ipotecato, con la conseguenza di vedersi richiedere dal creditore il rimborso anticipato del prestito o credito garantito (soluzione analoga a quella prevista dagli ordinamenti italiano e francese), a meno che (e qui sta la differenza) il debitore proceda *a la sustitución de la garantía de maniera suficiente*.

I commi 7 – 9 della DAP concernono, poi, i benefici fiscali e notarili ricollegati alla sottoscrizione di una *hipoteca inversa*, mentre del tutto peculiari si presentano i commi 10 e 11 che chiudono il provvedimento in esame. Il primo di essi, infatti, prevede la

[38] Così la "*Disposición adicional primera. Regulación relativa a la hipoteca inversa*", comma 1, lett. a – d, della Ley n. 41/2007.
[39] Cfr. DAP, comma 5, Ley 41/2007
[40] Così la DAP, comma 6, dove si aggiunge che "*A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*".

possibilità che si costituiscano *hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante*, con la precisazione, però, che queste ipoteche non saranno applicabili i commi precedenti della DAP. Il comma 11, invece, completa la disciplina della *hipoteca inversa*, prevedendo che per quanto non previsto dalla DAP, potranno applicarsi all'istituto le norme già esistenti nella legislazione che siano con esso compatibili.

V. PROFILI DI DIFFERENZA TRA PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO E HIPOTECA INVERSA.

Passando in rassegna la legislazione spagnola sulla *hipoteca inversa* emergono importanti elementi di divergenza con la nuova disciplina italiana del p.v.i. Sotto il profilo soggettivo si evidenzia immediatamente il suo più ampio ambito di applicazione rispetto alla normativa interna. Difatti, dal lato della domanda, la Ley 41/2007 considera due figure: il richiedente ed i beneficiari[41].

Entrambi, secondo l'art. 1, lett. a) DAP, devono essere persone fisiche di età uguale o maggiore di 65 anni o affetti da *dependencia severa* o *gran dependencia*. Sorvolando sui problemi relativi alla previsione di un elevato limite di età dei beneficiari dell'*hipoteca*[42] ed alla individuazione della situazione di *dependencia severa* o *gran dependencia* quale requisito alternativo per ottenere il prestito[43], resta fermo che l'ambito soggettivo di operatività di questa regola si prospetta abbastanza esteso perché può includere tra i beneficiari non solo i figli/familiari del richiedente che abbiano i suddetti requisiti di età o di *dependencia* ma anche terzi che non hanno i requisiti per chiedere personalmente il prestito e che, magari, possono essere

[41] Sebbene la Ley si riferisca al richiedente singolarmente inteso, non sembra ci siano ostacoli ad ammettere che due anziani, abitualmente conviventi nella stessa abitazione, ottengano *hipoteca inversa*. Entrambi saranno considerati richiedenti/debitori. Peraltro, il riferimento contenuto nella norma a richiedenti e beneficiari consentirebbe di risolvere, comunque, il problema con la designazione di un coniuge come richiedente e dell'altro come beneficiario, in caso di morte del primo. Nello stesso senso MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 52.

[42] Evidenzia MORENO, H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 49, che limitare l'età dei beneficiari di *hipoteca inversa* ai 65 anni rappresenta un ostacolo alla presunta funzione sociale della Ley, poiché la finalità dell'istituto è quella di dare risposta alle necessità della terza età che statisticamente non cominciano a 65 anni ma prima. Non a caso negli USA l'età minima per poter essere beneficiari di *hipoteca inversa* è pari a 62 anni, mentre in Inghilterra è pari a 55 anni ed in Francia non è prevista un'età espressa.

[43] Mentre l'*Avantprojecte de llei* considerava beneficiarie in generale le persone affette da *dependencia*, includendo un ventaglio molto ampio di possibilità, la Ley 41/2007, richiamandosi alla Ley 39/2006 de *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, finisce per considerare soltanto due delle tre ipotesi di *dependencia* previste da quest'ultima normativa e, segnatamente, la *dependencia severa* e la *gran dependencia*, lasciando fuori altre forme di assenza di autonomia o di incapacità considerate minori. Peraltro, la nuova disciplina tace sulla circostanza che la persona affetta da *dependencia* perda questa condizione dopo la costituzione dell'*hipoteca inversa*. Così MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 50.

proprietari di altra/e abitazioni[44]. Si tratterebbe, in questo caso, di un contratto a favore di terzo[45] che, proprio per il fatto di escludere qualunque responsabilità dei terzi beneficiari circa il rimborso del prestito (a meno che non si siano assunti questo impegno per contratto), aggrava la posizione degli eredi del richiedente/ipotecante[46].

Sebbene la legge non specifichi che il richiedente debba coincidere con l'ipotecante, tale coincidenza si può desumere dal fatto che l'immobile ipotecato sia l'abitazione abituale del richiedente e dalla circostanza che l'art. 5.2 DAP della Ley 41/2007, quando considera causa di risoluzione anticipata del contratto l'alienazione dell'abitazione si riferisce al debitore ipotecante[47].

Dal lato dell'offerta, poi, la *hipoteca inversa* può essere concessa sia dagli enti creditizi (banche, casse di risparmio, cooperative di credito, istituti finanziari di credito), che da enti assicurativi autorizzati ad operare in Spagna. Anche sotto questo profilo è evidente la maggiore estensione soggettiva della normativa spagnola rispetto a quella italiana che circoscrive l'area dei soggetti concedenti il prestito ai soli istituti di credito ed intermediari finanziari regolarmente iscritti all'elenco di cui all'art. 106 T.U.B.

In termini oggettivi, la *hipoteca inversa*, come il prestito vitalizio ipotecario, si caratterizza per il fatto che il richiedente ottiene somme di denaro periodiche o in unica soluzione, stipulando contratti di finanziamento (nelle variabili del mutuo, dell'apertura di credito, dell'erogazione periodica di denaro o nella combinazione delle tre formule anzidette) garantiti da *hipoteca*, con la particolarità che per tutta la durata della sua vita il richiedente non avrà alcun dovere giuridico di rimborsare periodicamente il prestito come avviene, invece, in caso di ipoteca ordinaria.

La Ley 41/2007, però, non si pronuncia sulla destinazione delle rendite, presupponendo che il richiedente o i beneficiari le destineranno per affrontare le spese quotidiane e migliorare la loro qualità della vita[48]. In questo senso la

[44] Sul punto in senso critico ancora MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 51, per il quale la Ley 41/2007 avrebbe dovuto definire il termine beneficiari ed includere tra questi, per es., i familiari del richiedente fino al 4° grado per consanguineità o affinità.

[45] Così SERRANO DE NICOLÁS A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, n. 2, 2008, p. 44. Dalla circostanza che il beneficiario non è parte contraente deriva, altresì, che non è richiesta la sua capacità a contrarre ma solo quella a ricevere ed acquistare diritti.

[46] E' bene precisare che i beneficiari sono terzi anche nel contratto di ipoteca perché la qualifica di ipotecante spetta solo al proprietario dell'abitazione. Sul punto cfr. FERRANDIZ GABRIEL J. R., *Derecho Hipotecario*, cit., p. 55.

[47] In questo senso ANGUITA RIOS R. M., "Régulatión relativa a la hipoteca inversa, según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre", in *Diario La Ley*, n. 6875, p. 10. Secondo SERRANO DE NICOLÁS A., "Régimen jurídico", cit., p. 43, la non coincidenza tra debitore ipotecario e ipotecante si verificherebbe nell'ipotesi in cui questi ultimi siano comproprietari, in comunione *pro indiviso*, della casa di abitazione.

[48] In considerazione di ciò e al fine di evitare un impiego del prestito estraneo alla finalità sociale sottesa alla Ley 41/2007, la dottrina spagnola evidenzia l'opportunità di inserire in contratto una

legislazione spagnola, come pure quella italiana, si distinguono dalla normativa francese che, all'art. L. 314-2 *code cons.*, sanziona con la nullità testuale il prestito ipotecario qualora le rendite siano destinate a finanziare un'attività professionale. Perplessità ha poi destato nella dottrina spagnola la limitazione della disciplina all'ipotesi che il bene ipotecato costituisca la casa di abitazione o la residenza abituale del richiedente, quantunque il comma 10 della DAP ammetta la possibilità di costituire *hipoteca inversa* su qualunque altro immobile diverso dalla residenza abituale del richiedente, con una chiara differenza di regime perché a questa *hipoteca inversa* non si applicheranno i commi 1-9 della DAP.

Sulla limitazione della disciplina speciale alla (ipoteca costituita sulla) casa di abitazione la dottrina spagnola ha manifestato molte perplessità[49], fino ad avanzare interpretazioni correttive della lettera della legge. Si è proposto, ad es., di intendere la limitazione dell'*hipoteca inversa* alla casa di abitazione solo esclusivamente nell'ipotesi in cui il richiedente fosse proprietario della sola residenza abitativa e non anche nel caso in cui avesse più immobili.

Ciò al fine di non disincentivare il ricorso a questa figura in considerazione del fatto che l'ipotecante farà di tutto per non gravare di pesi il luogo dove abita. Peraltro, si è evidenziato che limitare l'operatività delle nuove regole alla *hipoteca inversa* costituita sulla residenza abituale (nozione non giuridica ma originata dalla prassi commerciale), genera problemi in ipotesi di cambio di residenza del debitore ipotecante (ad es. per ragioni di *dependencia*, vecchiaia o di malattia che rendono necessario il suo ricovero in case di cura), di separazione o divorzio ecc., per evitare i quali al legislatore spagnolo sarebbe bastato precisare che in casi del genere l'immobile ipotecato non perde comunque la qualifica di residenza abituale.

Perché l'immobile sia considerato casa di abitazione è necessario che costituisca la residenza abituale del debitore ipotecante al momento della costituzione dell'ipoteca. Se così non fosse, perché ad es. il richiedente costituisce *hipoteca inversa* su un altro immobile di sua proprietà, saremmo di fronte ad una *hipoteca inversa* di secondo livello, nominata ma non tipizzata[50], cui si applicheranno solo il comma 11 della DAP e la DA Quarta della Ley 41/2007, con conseguente esclusione dei benefici fiscali e delle riduzioni degli onorari notarili.

Altre questioni attengono alla esigibilità del pagamento del debito da parte dell'ente creditizio. La morte del debitore o dell'ultimo dei beneficiari, costituendo un

clausola di stile alla francese, come d'altronde prevede la *Disposición adicional quarta* della Ley in commento. Così MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 55.

[49] In senso critico cfr. ZURITA MARTIN I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 707, 2008, 1281; MARTÍN PÉREZ J. A.: "La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes. (Especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)", in *International Journal of Land Law & Agricultural Science*, n. 5, 2011, p. 27; JMENEZ CLAR A. J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social"*, Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 13, 2009, p. 107.

[50] Cfr. SERRANO DE NICOLÀS A.: "Régimen jurídico", cit., p. 38.

avvenimento futuro ed incerto nel tempo, opera come condizione sospensiva dell'esigibilità, da parte del creditore, della restituzione del prestito. Ma l'obbligazione non si estingue quando muore il debitore in quanto è solo con l'accettazione dell'eredità che gli eredi si pronunceranno sulla cancellazione o meno del debito.

Poiché il diritto di accettare l'eredità, in base all'art. 461.12.1 c.c. cat. si prescrive in 30 anni[51], termine considerevole che lascerebbe troppo nell'incertezza i creditori, questi ultimi hanno a disposizione la domanda giudiziale di cui all'art. 461.12.2 c.c. cat. affinché il giudice fissi un periodo massimo di due mesi perché l'erede si pronunci.

A complicare le cose si aggiunge, poi, la possibilità che l'erede non sia stato specificamente designato al momento della morte del debitore o che si tratti di un parente sconosciuto. In ogni caso l'inadempimento dell'obbligazione garantita è risolto con l'esecuzione dell'immobile gravato e, se necessario, con l'aggressione del patrimonio personale del debitore o dei suoi eredi (art. 1911 c.c. e 105 LH).

Tuttavia, per evitare questa conseguenza penalizzante per gli eredi, la Ley 41/2007 si allontana da questo regime generale e stabilisce una limitazione per il creditore che potrà soddisfarsi soltanto sui beni dell'eredità. Di conseguenza se l'erede, proprietario ed al contempo debitore ipotecario, decidesse di non cancellare il prestito e il risultato della esecuzione sull'immobile non fosse sufficiente a coprire totalmente il debito, dato che la Ley limita la sua operatività ai beni dell'eredità, i creditori si troverebbero nell'impossibilità legale di escutere il patrimonio personale del debitore, come se l'accettazione dell'eredità da parte di quest'ultimo fosse avvenuta con beneficio di inventario[52].

Così operando la Ley 41/2007 introduce un'eccezione legale al principio di responsabilità universale del debitore (art. 1911 c. c. cat.) ma, sotto questo profilo, garantisce gli enti creditizi più di quanto non facciano la legge francese e quella italiana sul p.v.i. L'art. L. 314-9 c. cons.[53] come pure il comma 12 *quater*[54] dell'art. 11

[51] L'art. 461.12 *código civil catalán* recita al comma 1 che "El derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia caduca a los treinta años de la muerte del causante, e al comma 2 che "Las personas interesadas en la sucesión, incluidos los acreedores de la herencia o del llamado, pueden solicitar al juez, una vez haya transcurrido un mes a contar de la delación a su favor, que fije un plazo para que el llamado manifieste si acepta o repudia la herencia. Este plazo no puede exceder de los dos meses".

[52] Alle stesse conseguenze si giunge in caso di successione legittima dello Stato, in mancanza di eredi, trattandosi di accettazione dell'eredità necessariamente beneficiata (art. 442.12.1 c.c. cat.).

[53] "La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme.
Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers.
En cas d'aliénation du bien, la valeur de l'immeuble est égale à la valeur indiquée dans l'acte de cession sous réserve des dispositions de l'article L. 314-14".

quaterdecies d.l. n. 203/2005 come modificato dalla legge 44/2015, stabiliscono, infatti, a tutela degli eredi del debitore, che il creditore non possa pretendere somme maggiori di quelle ricavabili dalla vendita del solo immobile ipotecato, escludendo, quindi, che il creditore possa soddisfarsi mediante la vendita forzata di altri beni dell'eredità.

La Ley 41/2007 si presenta meno garantista per gli eredi anche sotto altri profili. E' possibile, infatti, che il debitore istituisca erede universale una persona, ma preveda un legato dell'immobile ipotecato a favore di un'altra. Una volta accettato il legato, l'art. 427.28.2 c.c.cat. prevede che se il debitore lega una cosa pignorata o ipotecata, il pagamento del debito garantito da pegno o ipoteca e la cancellazione di questi diritti sono a carico degli eredi[55].

Si produce, così, una dissociazione tra la responsabilità reale (del legatario) e la responsabilità personale (dell'erede). Se per volontà propria l'erede non cancella il debito, resterà esclusa la sua responsabilità personale, ma i creditori potranno dirigersi contro i beni dell'eredità in possesso dell'erede che non è stato beneficiato dell'immobile ipotecato. Qualora, invece, l'erede paga il debito e cancella l'ipoteca potrà, poi, rivalersi contro il legatario del bene ipotecato, surrogandosi nella garanzia del creditore. Se, infine, è il legatario a cancellare l'obbligazione, pagando il debito garantito con la cosa legata, in quanto non lo ha fatto l'erede, il legatario si surrogherà nei diritti del creditore contro l'erede[56].

Altra differenza rispetto alla disciplina italiana concerne l'ipotesi in cui il richiedente venda l'immobile ipotecato a terzi con conseguente possibilità che il creditore dichiari la risoluzione anticipata del credito. Il comma 5.2 DAP prevede, infatti, che in casi del genere la risoluzione anticipata del prestito sia esclusa se il debitore ipotecario sostituisce la garanzia con un'altra sufficiente.

Ma in cosa consiste la garanzia sufficiente? Secondo parte della dottrina spagnola, la garanzia sufficiente sarebbe costituita da un nuovo immobile destinato a divenire residenza abituale del debitore affinché il regime speciale previsto dalla Ley sia applicabile. A ragionare diversamente ovvero offrendo in garanzia un altro immobile, ad es. una seconda casa del richiedente, si verificherebbe la novazione estintiva dell'*hipoteca inversa* per il mutamento dell'oggetto su cui ricade la garanzia[57], con la conseguenza che il creditore perderebbe il grado di ipoteca qualora il nuovo

[54] Tale disposizione, infatti, precisa che "L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute".

[55] Nel testo spagnolo si legge, infatti, che "Si el causante lega una cosa empeñada o hipotecada, el pago de la deuda garantizada por la prenda o hipoteca y la cancelación de estos derechos corren a cargo del heredero".

[56] Così prevede il comma 3 dell'art. 427.28 *código civil catalán* che recita: *"Si el legatario paga la deuda garantizada con la cosa legada porque no lo ha hecho el heredero, aquel queda subrogado en el lugar y los derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.*

[57] In questo senso ANGUITA RÍOS R. M.: "Régulatión relativa a la hipoteca inversa", cit., p.16 e MORENO H. S.: "La hipoteca inversa", cit., p. 67.

immobile offerto in garanzia fosse già gravato da un'altra ipoteca. Ma se la garanzia sufficiente potrebbe essere indistintamente (una garanzia) reale o personale resta, comunque, l'effetto negativo di escludere l'applicazione della Ley 41/2007, nonché il pregiudizio per il creditore che riceve in garanzia un bene già gravato da ipoteca di primo grado.

Tali conseguenze sono, invece, categoricamente escluse dalla legislazione italiana sul p.v.i. dove il debitore/mutuatario non può evitare la risoluzione anticipata del prestito sostituendo la garanzia originaria con una nuova ed il creditore risulta maggiormente tutelato dalla previsione che i finanziamenti ipotecari debbano essere necessariamente garantiti da ipoteca di primo grado sulla casa di abitazione[58].

IV. CONCLUSIONI.

Alla luce di quanto detto è possibile formulare alcune considerazioni conclusive concernenti sia i rapporti tra la Ley 41/2007 e disciplina italiana del p.v.i., sia le potenzialità applicative dell'istituto esaminato.

Indubbiamente la disciplina spagnola sull'*hipoteca inversa* dà maggiore risalto alla finalità sociale dell'istituto, ma si presenta meno garantista di quella interna sia nei confronti degli eredi del debitore ipotecario, in quanto il creditore/mutuante rimasto insoddisfatto dalla vendita dell'immobile ipotecato, potrà ancora aggredire gli altri beni presenti nell'eredità; sia nei confronti degli enti creditizi che hanno concesso il prestito, i quali potranno vedersi sostituita la garanzia originaria con una nuova.

Con riguardo alla idoneità di questa nuova forma di finanziamento a svilupparsi nella prassi bancaria è stato opportunamente messo in luce che il contesto economico di mancanza di liquidità da parte delle entità finanziarie e la considerevole restrizione della concessione di prestiti ipotecari ostacola il consolidarsi della nuova figura ipotecaria che al momento non risulta un'operazione attrattiva per le banche.

A ciò va aggiunta la crisi del mercato immobiliare che si ripercuote negativamente sull'andamento del prestito ipotecario, dato che la casa di abitazione costituisce la garanzia fondamentale del prestito e che mentre l'abitazione perde valore il debito andrà aumentando con il passare del tempo[59]. Per converso, tuttavia, è possibile annoverare tra i fattori favorevoli all'incremento di questo prodotto finanziario sia la circostanza che in Spagna, come del resto in Italia, gli anziani ultrasessantacinquenni proprietari di case di abitazione costituiscono la stragrande maggioranza dei titolari di immobili residenziali e che tale categoria di soggetti è destinata a crescere in

[58] Cfr. il comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* d. l. n.203/2005.
[59] In questo senso MARTÍN PÉREZ J. A.: "La hipoteca inversa", cit., 26 ss.

considerazione del fatto che le persone maggiori di 65 anni, con il passare del tempo, saranno sempre di più e con grandi speranze di una vita. E se è vero che *l'hipoteca inversa* non è l'unico prodotto finanziario che permette di trasformare gli immobili in rendite, è altresì vero che rispetto ad altre operazioni simili (*hipoteca pensión, vivienda pensión, censo vitalicio*), l'*hipoteca inversa* presenta un migliore trattamento fiscale in quanto la rendita percepita dall'anziano non è tassata. Peraltro, l'anziano conserva il possesso e la proprietà dell'immobile, potendo continuare a vivere nella casa di abitazione e trasmettere ereditariamente questo bene, nonostante i pesi[60].

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ H.: *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ANGUITA RIOS R. M.: Régulatión relativa a la hipoteca inversa, según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, in *Diario La Ley*, n. 6875.

BALESTRA L.: "Mutuo fondiario e limiti di finanziabilità", in *Fallimento*, 2014.

BOATTO S.: "Sub art. 38", in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, tomo I, Torino, 2013.

BOATTO S.: "Sub art. 39", in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo I, a cura di C. Costa, Torino, 2013.

BOZZA G.: Il credito fondiario nel nuovo testo unico bancario, Padova, 1996.

BRUCKER V. M.: "Le prêt viager hypothécaire", in *JCP*, *La semaine Juridique – Edition notariale et immobiliere*, n. 19 dell'11 mai 2007.

BUZZONETTI P.– PACELLA C.: *Il prestito vitalizio*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010.

CAVONE F.: "L'anatocismo nell'evoluzione giurisprudenziale"*,* in *Corriere giuridico,* n. 5/2013.

CERINI D.: "Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione", in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, n.2/2006.

CHESSA F.: "Il prestito vitalizio ipotecario", in *Immobili & proprietà*, n. 5/2006.

[60] Sul punto cfr. HERRANZ GONZÁLEZ A.: "Hipoteca Inversa y figuras afines", Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n.49 del 21.3.2006, 6, per il quale il maggiore inconveniente dell'*hipoteca inversa* è costituito dal fatto che abitualmente non ha natura vitalizia e, pertanto, il richiedente deve specificare al momento della conclusione del contratto se intende ottenere una rendita vitalizia, opzione che presuppone una maggiore tranquillità per il contraente, ma comporta rendite minori e maggiori costi di contrattazione.

CHIANALE G.: *L'Ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 6, sec. ed., Utet, Torino, 2010.

D'AMICO G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in AA. VV., *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

D'AMICO G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", in *Contratti*, n. 5/2014.

FALCONE G.: "Riflessioni sulla nozione di finanziamento negli artt. 38 ss. del D. Lgs. n. 385 del 1993: Il credito fondiario come contratto", in *Dir. Fall.*, 1999, I.

FERRANDIZ GABRIEL J.R.: "Derecho Hipotecario", *Anales IX* 2007 – 2008, 46.

FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica", in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2006.

FIORENTINI F.: "La riforma francese delle garanzie reali", in *Notariato*, n.4/2006.

GABRIELLI G.: *La pubblicità immobiliare*, *Trattato Sacco*, vol. 4, Utet, Torino, 2012.

GIGLIOTTI G.: "Il prestito vitalizio ipotecario: un reverse mortgage all'italiana?"*,* in *Corriere del merito*, n. 7/2011.

GRIFFO D.: "Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita", in *Contratti*, n. 5/2015.

HERRANZ GONZÁLEZ A.: "Hipoteca Inversa y figuras afines", Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n.49 del 21.3.2006, 6.

JMENEZ CLAR A. J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social"*, Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 13, 2009, p. 107.

MARTÍN PÉREZ J. A.: "La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes. (Especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)", in *International Journal of Land Law & Agricultural Science*, n. 5, 2011, p. 27;

MORENO H. S., "La hipoteca inversa en la LLei 41/2007 del mercat hipotecari", in *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 10, 2009.

PAGLIANTINI S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", in *Contratti*, n. 5/2014.

PUGLIATTI S.: *La trascrizione*, in *Trattato Cicu – Messineo*, XIV, tomo 2, Giuffré, Milano, 1989.

QUESADA SÁNCHEZ A. J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", in *Revista del Ministero de Trabajo e Inmigración*, n. 81, 2009, p. 141;

RINALDI R. – VARRATI A.: "Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi", in *Bancaria* n.3/2007.

SANGIOVANNI V.: "Le particolarità fallimentari del credito fondiario", in *Fallimento*, n.10/2011.

SEPE M.: "Sub art. 39", in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2012.

SERRANO DE NICOLÁS A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, n. 2, 2008.

TARDIVO C. M.: *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 1995.

TARZIA G.: "Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa", in *Fallimento.*, n. 2/2013.

ZURITA MARTIN I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 707, 2008.

ÍNDICE

GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

BODIES OF COMPOSITION FOR THE CRISIS OF OVER-GEARING

MARIA CRISTINA CERVALE
Assistant Professor of Private Law
Università degli Studi di L'Aquila
mariacristina.cervale@univaq.it

RESUMEN: *L'attuale contesto economico rende sempre più frequente l'indebitamento degli operatori, imprenditori e non imprenditori. Ciò rende necessario prevedere delle procedure giuridiche "nuove" rispetto al passato, capaci di risolvere e superare le "crisi da sovraindebitamento del debitore". In tali procedure, un ruolo molto importante è attribuito ad organismi composti da professionisti, come avvocati, dottori commercialisti, notai. Nascono così gli "organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento" che collaborano con il giudice per eliminare i debiti accumulati dal debitore e tutelare i creditori non ancora soddisfatti.*

PALABRAS CLAVE: *Debitore, Sovraindebitamento, Crisi.*

ABSTRACT: *The current economic contest makes the gearing more and more frequent for operators, entrepreneurs and those who are not entrepreneurs. This makes necessary to provide some legal procedures that have to be "new", compared to the past: they have to be able to resolve and to get over the "crisis from over-gearing of the debtors". In these procedures, a very important role is given to bodies made of professionals, such as lawyers, accountants, notaries. In this way born the "bodies of composition for the crisis of over-gearing", which cooperate with the judge in order to remove the accumuluted debts from the debtor and to protect the unpaid creditors.*

KEY WORDS: *Debtor, Over-gearing, Crisis.*

FECHA DE ENTREGA: *20/05/2016* FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

SUMARIO: I. LE PROCEDURE CONCORSUALI DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO.- II. GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO.- III. IL REGOLAMENTO RECANTE I REQUISITI DI ISCRIZIONE NEL REGISTRO DEGLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI E PROBLEMATICHE APPLICATIVE.- IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I. LE PROCEDURE CONCORSUALI DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO.

Il discorso sulle imprese e sui servizi alle imprese coinvolge, oltre alla disciplina giuridica dei profili organizzativi e dell'attività produttiva svolta, anche la regolamentazione della fase più delicata della crisi, dello stato di insolvenza, delle situazioni di sovraindebitamento.

Il profilo patologico insito nella difficoltà economica non transitoria destinata ad incidere sul futuro dell'impresa e, in termini ancor più generali, del sistema economico, ha sempre trovato per l'imprenditore commerciale il proprio referente normativo nella legge fallimentare del 1942 (r.d. 16 marzo 1942, n. 267). Tuttavia, come è noto, la citata legge è stata oggetto di una riforma tale che, da un lato, ha delimitato e circoscritto l'ambito di operatività del fallimento (si pensi ai requisiti oggettivi richiesti dal novellato art. 1, l.f.) e, dall'altro, ha attribuito spazio a forme alternative di soluzione della crisi: si pensi all'impulso dato al concordato preventivo con la formula del concordato preventivo cd. in bianco (art. 161 l.f.), agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l.f.) o, ancora, alle transazioni fiscali (art. 182 *ter* l.f.). Tuttavia, la normativa finora citata riguarda essenzialmente l'imprenditore commerciale medio-grande, sia individuale che collettivo, e non prende invece in considerazione il piccolo imprenditore, l'imprenditore agricolo o anche il debitore non necessariamente imprenditore: per costoro la composizione della crisi è rimasta affidata esclusivamente agli strumenti del diritto processuale civile e, in particolare, all'esecuzione forzata individuale.

La tendenza del legislatore attuale ad incoraggiare il ricorso a strumenti alternativi di soluzione delle crisi da sovraindebitamento che non siano destinati soltanto all'imprenditore commerciale, ha portato all'emanazione della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (recante "Disposizioni in materia di usura e di estorsione nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento"), successivamente modificata dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (recante ulteriori misure urgenti per la crescita)[1].

[1] Per un inquadramento generale delle tematiche relative al sovraindebitamento dei debitori civili, si rinvia al contributo di: AA. VV.: *Composizione delle crisi da sovraindebitamento* (a cura di DI MARZIO F., MACARIO F. y TERRANOVA G.), Giuffrè, Milano, 2012, con particolare riferimento a TERRANOVA G.: "La composizione delle crisi da sovra indebitamento: uno sguardo d'insieme", pp. 7 ss e DI MARZIO F.: "Una procedura per gli accordi in rimedio al sovraindebitamento", pp. 15 ss. Inoltre,

Il quadro normativo che ne consegue, pertanto, prevede l'introduzione di tre nuove procedure concorsuali, destinate ai debitori non assoggettabili a fallimento:

l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, in cui la crisi viene superata mediante un piano predisposto dal debitore, accettato dalla maggioranza dei creditori ed omologato dall'autorità giudiziaria (art. 10 ss);

il piano del consumatore, riservato soltanto al consumatore che si trovi in stato di sovraindebitamento, in cui il piano predisposto dal debitore viene omologato e reso effettivo dal giudice senza bisogno di accettazione da parte dei creditori (art. 12 *bis* ss);

la procedura di liquidazione (giudiziaria) del patrimonio del debitore (art. 14 *ter* ss.), per la quale è previsto anche il beneficio della esdebitazione (art. 14 *terdecies*) [2].

In particolare, la citata legge 3/2012, all'art. 6, primo comma, prevede che: "al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi. Con le medesime finalità, il consumatore può anche proporre un piano che, assicurato il pagamento dei titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c., preveda scadenze e modalità di pagamento dei creditori e indichi le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti…". Nel secondo comma del citato art. 6, è precisato, poi, sia il concetto di sovraindebitamento[3] sia

PERRINO M.: "La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)", *Giust. civ.*, 2014, pp. 435 ss.; MANENTE D.: "Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili", *Dir. fall.*, 2013, I, pp. 562 ss.; BATTAGLIA R.: "I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della L. n. 3/2012", *Fall.*, 2013, pp. 1436 ss; DONZELLI R.: "Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2013, I, pp. 613 ss.; LO CASCIO G.: "La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione)", *Fall.*, 2012, p. 1021 ss.

[2] Il debitore, persona fisica, è ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti a determinate condizioni. In particolare, il debitore deve aver cooperato al regolare ed efficace svolgimento della procedura; non deve aver ritardato lo svolgimento della procedura; non deve aver beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti la proposizione della domanda; non deve aver ricevuto condanne passate in giudicato per uno dei reati previsti dall'art. 16; deve aver svolto nei quattro anni di cui all'art. 14 *undecies* un'attività produttiva di reddito adeguata alle proprie competenze e situazioni di mercato; deve aver soddisfatto, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione (art. 14 *terdecies*).

[3] Il sovraindebitamento costituisce un presupposto oggettivo per l'assoggettabilità a tali procedure e può consistere tanto in uno stato di insolvenza (definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni) quanto in una crisi finanziaria (rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni). In proposito, si veda: FERRI G.: "Lo stato di insolvenza", *Riv. not.*, 2015, pp. 1149 ss.; CAMPOBASSO G.F.: *Diritto commerciale*, 3, *Contratti Titoli di credito Procedure concorsuali*, UTET, Torino, 2014, p. ss.

quello di consumatore[4], nel senso che: "per sovraindebitamento si intende la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente; per consumatore, si intende il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta", con ciò stabilendosi un evidente richiamo alla nozione di consumatore resa qualche anno prima dal codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

Pertanto, il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre "un accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti sulla base di un piano che, assicurato il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c. e delle altre disposizioni contenute in leggi speciali, preveda scadenze e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, indichi le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti e le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni" (art. 7, primo comma).

E' espressamente previsto, inoltre, che possano avvalersi della procedura di accordo per la composizione della crisi anche gli imprenditori agricoli (art. 7, comma 2 *bis*), notoriamente esclusi dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali[5].

Del resto, il legislatore è persuaso della bontà di tali strumenti di risoluzione della crisi da sovraindebitamento e ne persegue l'attuazione, a tal punto che ha integrato l'art. 480 c.p.c., riguardante la forma del precetto, prevedendo espressamente che: "Il precetto deve altresì contenere l'avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato da un giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i

[4] La Corte di cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla nozione di consumatore e sull'incidenza che la stessa può avere per l'ammissione al piano del consumatore. In tal senso, il Supremo Collegio ha chiarito che la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni di impresa o professionali, potendo il soggetto-consumatore anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore. Ciò in quanto l'art. 6, comma secondo, lett. b), esige soltanto una specifica qualità dell'insolvenza finale, "in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta del piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale… » (Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, *Dir. e giust.*, 2016). In dottrina: MONTINARO R.: "Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore", *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, pp. 781 ss.; FALCONE G.: "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. comm.*, 2015, pp. 132 ss.

[5] Possono accedere a tali procedure, pertanto, i debitori non soggetti ad altre procedure concorsuali fuorchè quelle disciplinate dalla legge 3/2012. Rientrano, quindi, nell'ambito di applicazione della citata normativa, oltre all'imprenditore agricolo, anche i consumatori ed i professionisti. Vi rientrano altresì gli imprenditori commerciali, individuali e collettivi, che non abbiano superato le soglie di fallibilità previste dall'art. 1, comma secondo, legge fallimentare.

creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore".

II. GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO.

Il legislatore ha quindi introdotto tre nuove procedure concorsuali, destinate ai debitori che non possono accedere alle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare. Tali nuove procedure sono concepite come un beneficio concesso al debitore indebitato, al fine di consentirgli di regolare contestualmente i rapporti con tutti i creditori ed ottenere, a determinate condizioni, l'esdebitazione delle passività[6].

In tutte e tre le procedure è previsto l'intervento, la funzione e l'ausilio di un organismo di composizione della crisi, di cui all'art. 15 della citata legge n. 3/2012. I compiti e le funzioni attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere svolti anche da un professionista o da una società di professionisti in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 e successive modificazioni, ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato.

L'ausilio di tali professionalità diviene un momento necessario in quanto "la proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma…" (art. 8, primo comma, l. 3/2012): la formulazione della proposta presume quindi competenza e professionalità che soltanto un organismo indipendente e qualificato può garantire.

Da un punto di vista procedurale, la proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento è depositata presso il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore. Il consumatore deposita la proposta di piano presso il tribunale del luogo ove ha la residenza. In alternativa alla proposta per la composizione della crisi, il debitore in stato di sovraindebitamento, per il quale non ricorrono le condizioni di inammissibilità previste dall'art. 7, comma secondo, lettere a) e b), può chiedere la liquidazione di tutti i suoi beni al tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore[7]. In tutte le ipotesi, quindi, il debitore in

[6] Solo il debitore, pertanto, può proporre una procedura da sovraindebitamento: i creditori non sono legittimati a richiederne l'apertura e nemmeno è attribuito al tribunale il potere di iniziativa d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero. Per la conversione di una procedura di composizione della crisi in una procedura di liquidazione del patrimonio è riconosciuta anche ai creditori la legittimazione a presentare la domanda (art. 14 *quater*).

[7] L'art. 7, secondo comma, lettere a) e b), della legge 3/2012, prevede che la proposta di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti "non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore: a) è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo; b) ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli artt. 14 e 14 *bis*…". In dottrina, per quanto riguarda gli aspetti processuali, si rinvia a DURELLO L.: "Profili processuali per la composizione della crisi da sovraindebitamento", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 651 ss.;

stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi di cui all'art. 15 con sede nel circondario del tribunale competente, un accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti sulla base di un piano che preveda scadenze e modalità di pagamento, garanzie ed eventuale liquidazione dei beni (secondo il già citato art. 7).

Tale proposta deve essere presentata a cura dell'organismo di composizione della crisi all'agente della riscossione ed agli uffici fiscali territorialmente coinvolti (art. 9, primo comma); inoltre, nel caso di piano del consumatore, alla proposta deve essere allegata "una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi" (art. 9, comma 3 *bis*).

Ancora, nel caso di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, l'organismo di composizione della crisi ha molteplici competenze: esso riceve la dichiarazione di consenso alla proposta da parte dei creditori, ai fini del raggiungimento dell'accordo (art. 11); se l'accordo è raggiunto, l'organismo trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi espressi e sulle percentuali raggiunte (art. 12, primo comma); riceve le eventuali contestazioni dei creditori e trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché una attestazione definitiva sulla fattibilità del piano (art. 12, primo comma). Ulteriori attività dell'organismo sono previste negli articoli successivi in merito al piano del consumatore. In particolare, va segnalato come in tale ambito l'organismo di composizione della crisi "risolve le eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigila sull'esatto adempimento dello stesso" (art. 13, secondo comma). Anche nella procedura di liquidazione del patrimonio è previsto l'intervento dell'organismo di composizione della crisi che redige una relazione particolareggiata nella quale espone le cause dell'indebitamento, le ragioni dell'incapacità del debitore ad adempiere le obbligazioni assunte e, più in generale, esprime un giudizio sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata avanti l'autorità giudiziaria a corredo della domanda (art. 14 *ter*, comma terzo).

Inoltre, l'organismo di composizione della crisi assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e di esecuzione dello stesso (art. 15, comma quinto); ha competenza a verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati e ad attestare la fattibilità del piano (art. 15, comma sesto).

III. IL REGOLAMENTO RECANTE I REQUISITI DI ISCRIZIONE NEL REGISTRO DEGLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI E PROBLEMATICHE APPLICATIVE.

BALESTRA L.: "Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, pp. 593 ss.

Da una lettura della normativa emerge, allora, la rilevanza del ruolo e della funzione svolti dagli organismi di composizione della crisi, disciplinati espressamente dall'art. 15 della citata legge n. 3/2012: una unica disposizione che ne regola, però, tutti gli aspetti non solo funzionali ma anche organizzativi, ponendone in rilievo lo stretto legame con gli ordini professionali.

Tali organismi possono essere costituiti da enti pubblici dotati dei requisiti di indipendenza e professionalità. Inoltre, gli organismi di conciliazione costituiti presso le Camere di commercio, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro tenuto presso il Ministero della giustizia.

L'art. 15, al comma terzo, rinvia ad un successivo regolamento di attuazione volto a disciplinare le condizioni per l'iscrizione, la formazione dell'elenco e la sua revisione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché la determinazione dei compensi e dei rimborsi spettanti agli organismi a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura. Tale regolamento è stato adottato con il decreto del Ministro della giustizia (di concerto con il Ministro dello sviluppo economico ed il Ministro dell'economia e delle finanze) del 24 settembre 2014 n. 202 che, all'art. 1, istituisce il "registro degli organismi autorizzati alla gestione della crisi da sovraindebitamento" e stabilisce i requisiti e le modalità di iscrizione nel medesimo registro. Il registro è articolato in due sezioni: la sezione A riguarda gli organismi iscritti di diritto, la sezione B riguarda gli altri organismi.

Così, all'interno dell'organismo di gestione della crisi viene individuato un "gestore della crisi" di cui è curato l'elenco, ossia "la persona fisica che individualmente o collegialmente svolge la prestazione inerente alla gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore" (art. 2, d.m. 202/2014). E' prevista, inoltre, la figura dell'"ausiliario" ossia del soggetto "di cui si avvale il gestore della crisi per lo svolgimento della prestazione inerente la gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore". E' previsto anche un "responsabile" della tenuta del registro, chiamato a verificare i requisiti di qualificazione professionale dei gestori della crisi iscritti negli elenchi di cui alle sezioni A e B (art. 4, comma quinto).

Tra i requisiti necessari per l'iscrizione nel registro dei "gestori della crisi", è previsto il possesso della laurea magistrale, o di titolo di studio equipollente, in materie economiche o giuridiche. Tale previsione ha creato, nell'immediato, problemi interpretativi e ha posto questioni giuridiche subito sottoposte all'esame della giurisprudenza.

Infatti, in forza di tale disposizione (art. 4), non possono essere iscritti nei registri dei gestori della crisi i professionisti in possesso del solo diploma di ragioniere, ancorchè iscritti, come disposto dal decreto legislativo 28 giugno 2005, n. 139, alla sezione A dell'ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili perché alla data

del 31 dicembre 2007 erano già inseriti nell'albo dei ragionieri e periti commerciali (art. 61, comma quarto, d. lgs 139/2005).

La questione è stata oggetto di particolare attenzione da parte degli ordini professionali competenti e, in proposito, appare rilevante citare il recente orientamento giurisprudenziale espresso dalle corti amministrative[8].

Più in particolare, la rilevata sovrapponibilità tra le funzioni che in via generale la legge ritiene rientrare nella competenza dei ragionieri commercialisti e quelle che il decreto ministeriale attribuisce agli organismi di gestione della crisi - peraltro concernenti fattispecie meno complesse atteso che riguardano debitori non assoggettabili a procedure concorsuali o addirittura consumatori - comporta che, in assenza di una puntuale previsione ad opera di una norma equiordinata alla legge n. 139/2005, l'introduzione, in sede regolamentare, di una previsione restrittiva in danno dei ragionieri commercialisti e delle competenze che la legge riconosce agli stessi, si riveli illegittima. Pertanto, la riconosciuta omogeneità tra le funzioni ordinariamente svolte dai ragionieri commercialisti, pur se sprovvisti della laurea magistrale in discipline economiche o giuridiche, e quelle richieste per essere inseriti nell'elenco dei gestori delle crisi da sovraindebitamento, determina la illegittimità della previsione restrittiva sancita dal citato art. 4 del decreto del Ministero della giustizia n. 202/2014.

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La problematica sottoposta al vaglio giurisprudenziale conferma l'attualità del tema e la sensibilità avvertita dagli operatori verso soluzioni della crisi dell'impresa meno conformi al dato tradizionale.

Ma, aldilà delle vicende giudiziarie, che pure possono caratterizzare la materia e che attendono ancora decisioni definitive, in conclusione appare evidente come il legislatore attuale, per far fronte alle crisi delle imprese, prediliga rimedi più snelli e rapidi rispetto a quelli del passato. In tale contesto, gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento, così come, in alternativa, i professionisti nominati dal tribunale per le stesse funzioni (avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili, notai), costituiscono una valida alternativa ed un significativo esempio di proficua collaborazione tra il mondo delle imprese e il mondo delle professioni, sempre pronto a fornire un sostegno adeguato e qualificato anche nelle ipotesi di crisi e sovraindebitamento.

Certo, tale scelta non rappresenta una assoluta novità, se pensiamo alla provenienza ed al ruolo svolto all'interno delle tradizionali procedure concorsuali dal curatore

[8] Si intende far riferimento alla sentenza del Tar Lazio, sez. I, 4 novembre 2015, n. 12459, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

fallimentare o dal commissario giudiziale. Tuttavia, conferma la convinzione che le professioni liberali possano apportare, con competenza e responsabilità, un prezioso ausilio agli operatori commerciali, in una economia caratterizzata da dinamiche non sempre prevedibili dove, a volte, diventa difficile evitare situazioni di abuso e di approfittamento della parte contrattualmente più debole.

BIBLIOGRAFÍA

BALESTRA L.: "Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, pp. 593 ss.

BATTAGLIA R.: "I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della L. n. 3/2012", *Fall.*, 2013, pp. 1436 ss.

CAMPOBASSO G.F.: *Diritto commerciale*, 3, *Contratti Titoli di credito Procedure concorsuali*, UTET, Torino, 2014, p. ss.

DI MARZIO F.: "Una procedura per gli accordi in rimedio al sovraindebitamento", in AA. VV.: *Composizione delle crisi da sovraindebitamento* (a cura di Di Marzio F., Macario F. y Terranova G.), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 15 ss.

DONZELLI R.: "Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2013, I, pp. 613 ss.

DURELLO L.: "Profili processuali per la composizione della crisi da sovraindebitamento", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 651 ss.

FALCONE G.: "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. comm.*, 2015, pp. 132 ss.

FERRI G.: "Lo stato di insolvenza", *Riv. not.*, 2015, pp. 1149 ss.

LO CASCIO G.: "La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione)", *Fall.*, 2012, p. 1021 ss.

MANENTE D.: "Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili", *Dir. fall.*, 2013, I, pp. 562 ss.

MONTINARO R.: "Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore", *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, pp. 781 ss.

PERRINO M.: "La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)", *Giust. civ.*, 2014, pp. 435 ss.

TERRANOVA G.: "La composizione delle crisi da sovra indebitamento: uno sguardo d'insieme", in AA. VV.: *Composizione delle crisi da sovraindebitamento* (a cura di Di Marzio F., Macario F. y Terranova G.), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 7 ss.

ÍNDICE

DERECHO AL HONOR Y PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

RIGHT OF HONOUR AND LEGAL PERSONS UNDER PUBLIC LAW

DRA. ALMA M. RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
alma.guitian@uam.es

RESUMEN: *De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español, el Tribunal Supremo en la sentencia 408/2016 de 15 de junio ha negado a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho al honor reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española y en el artículo 7.7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen. Por el contrario, ha sostenido que cualquier persona jurídica de Derecho Privado es titular de tal derecho. Por consiguiente, las entidades jurídico-públicas no pueden reclamar la tutela de su reputación por medio de un procedimiento preferente y sumario y además necesariamente tienen que acreditar los daños patrimoniales y no patrimoniales.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho al honor, Personas Jurídicas de Derecho Privado, Personas Jurídicas de Derecho Público.*

ABSTRACT: *According to the case-law of the Spanish Constitutional Court, the Supreme Court in STS 408/2016 of 15 June has denied legal entities under Public Law the right of Honour, which is derived from art. 18.1 of the Spanish Constitution and from art. 7.7 of the Organic Law 1/1982, of 5 May, for the Civil Protection of Honour, Personal and Family Privacy and Image. Conversely, it has been accepted that any legal person under Private Law is holder of said right. Therefore legal entities under Public Law cannot claim the protection of their good reputation by the means of preferential and summary proceedings and besides they have to necessarily prove pecuniary and non-pecuniary losses.*

KEY WORDS: *Right of Honour, Legal Persons under Private Law, Legal Persons under Public Law.*

FECHA DE ENTREGA: *01/07/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *15/05/2016.*

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Las personas jurídicas de derecho público no son titulares de derechos fundamentales con carácter general.- 3. Las personas jurídicas de Derecho Público sólo poseen prestigio, dignidad y autoridad moral.- 4. Las personas jurídicas de Derecho Privado son titulares del honor en cuanto derecho fundamental.- 5. Tutela civil del prestigio de las personas jurídicas de Derecho Público.

1. Recientemente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español ha dictado la sentencia de 15 de junio de 2016 (JUR 2016, 136189). Dicha sentencia, cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto, tiene gran relevancia en cuanto el Pleno de la Sala 1ª ha establecido como doctrina jurisprudencial que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares del derecho fundamental al honor recogido en el artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE 1978). En el presente artículo se tratarán diversas cuestiones que suscita la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas, precisamente al hilo de la argumentación sostenida por la citada decisión judicial. Es útil precisar que cuando se habla de personas jurídicas de Derecho Público se hace referencia tanto al Estado como a aquellas entidades con personalidad, encuadradas en la organización estatal, formando parte de la misma en uno u otro sector (comunidades autónomas, corporaciones locales, organismos autónomos…).

Los hechos del caso son los siguientes: El Ayuntamiento de Sobrescobio (Asturias) interpone una demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por parte de Don José Daniel, en virtud del artículo 18.1 CE 1978 y de la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, pidiendo que se declare que las manifestaciones llevadas a cabo por aquel han vulnerado tales derechos y que se le condene a pagar una indemnización de 12.000 euros.

En concreto, en el año 2010 el citado Ayuntamiento había solicitado ante la Conserjería de Industria y Empleo del Principado de Asturias la concesión de determinado manantial para el aprovechamiento del agua mineral-natural del mismo. Cuando se somete tal petición a información pública, D. José Daniel presenta un escrito de alegaciones a la Conserjería con el siguiente contenido: "En distintas alegaciones hemos denunciado que la tramitación del expediente es una verdadera chapuza, que tendrá las correspondientes consecuencias en los tribunales. No tenía estudio de impacto ambiental, ni informe de sanidad y se falsificó la autorización de carreteras". El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda del Ayuntamiento y contra dicha sentencia interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirma la desestimación de la demanda entendiendo que no hay lesión del derecho al honor en cuanto las alegaciones de D. José Daniel se

llevaron a cabo ante la Conserjería de Industria, dentro de la tramitación de un expediente y del periodo previsto para alegaciones, no extendiéndose dichas alegaciones a otros foros distintos y siendo realizadas por persona que creía afectados sus derechos con la concesión. Interpuesto por el Ayuntamiento recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, el Tribunal Supremo no ha lugar al mismo.

Para el Tribunal Supremo es claro que la cuestión central a resolver se centra en la titularidad del derecho fundamental al honor por parte de las personas jurídicas de Derecho Público, a pesar de que el Ayuntamiento también alega en su demanda la vulneración de la intimidad y de la propia imagen. De acuerdo con lo dispuesto en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia, es indudable que las personas jurídicas no son titulares del derecho fundamental a la intimidad [tal y como se desprende de la doctrina establecida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 124/1985 de 17 de octubre (RTC 1985, 124) y 69/1999 de 26 de abril (RTC 1999, 69)], ni tampoco del derecho a la propia imagen (que es definido de forma constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como representación gráfica de la figura humana). Invoca su propia doctrina, recogida en la STS 824/2011 de 15 de noviembre (RJ 2012, 755), para sustentar que debe examinarse de oficio la cuestión relativa a si las personas jurídicas de Derecho Público son o no titulares del derecho al honor del artículo 18.1 CE 1978: esto es, la falta de legitimación *ad causam* para interponer un proceso puede conocerse de oficio en cuanto incide en el orden público procesal y los efectos de las normas jurídicas no han de quedar a voluntad de los particulares.

2. Un primer tipo de argumento por el que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares del derecho al honor consagrado en el artículo 18.1 CE 1978 se apoya en la jurisprudencia constitucional que afirma que, como regla general, esta clase de entidades no son titulares de derechos fundamentales, con ciertas excepciones en las que más adelante me detengo.

Que el Tribunal Supremo fundamente su decisión en la doctrina del Tribunal Constitucional tiene todo su sentido si se atiende a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

En numerosas ocasiones determinadas personas jurídico-públicas han acudido al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo alegando la lesión de un derecho fundamental. A ello ha contribuido, sin duda, el artículo 162.1.b) CE 1978, que mantiene que las personas jurídicas ostentan legitimación para solicitar el

amparo ante la violación de un derecho fundamental siempre que invoquen un interés legítimo y, con ello se abre, al menos como posibilidad inicial, el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas (CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35º, p. 73). Ahora bien, es cierto que ello no implica, en absoluto, la aceptación automática de tales entes como titulares de los derechos fundamentales, ya que legitimado es aquel que, o bien posee un interés propio (es titular del derecho lesionado), o bien posee un interés legítimo (no es titular pero ostenta un interés suficiente para la defensa de un derecho fundamental ajeno).

a) Tanto la doctrina constitucional [por todas la STC 195/2015 de 21 de septiembre (RTC 2015, 195) (fundamento jurídico 3º)] como la propia doctrina científica han puesto de relieve la incompatibilidad entre el concepto de derecho fundamental y el concepto de persona jurídica de Derecho Público. Por consiguiente, el problema de la titularidad de los derechos fundamentales por esta clase de personas jurídicas está ligado en principio con el significado y el origen de los derechos fundamentales. Estos nacen en el Estado Liberal para garantizar a los individuos una esfera de libertad frente a los abusos del poder público. Su objetivo es la tutela de un ámbito de intereses de carácter individual en que el Estado tiene prohibido entrometerse. Pero ha de puntualizarse que en el momento actual tal fundamento sufre una cierta quiebra, ya que la libertad de los individuos está también en peligro por ataques procedentes de entidades u otros particulares con gran poder social y económico, frente a los que aquellos se hallan en una situación de inferioridad análoga a la que se encuentran frente al Estado. A lo anterior se añade el hecho de que por la evolución del Estado Liberal al Estado Social de Derecho los derechos fundamentales han pasado de ser protegidos frente al poder público a concebirse como derechos y libertades imprescindibles para la propia vida del Estado (véase más extensamente RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 78-79).

La sentencia del Tribunal Supremo aquí analizada, como he apuntado, recoge la opinión de cierta doctrina científica para fundamentar su negativa a indemnizar el derecho al honor del Ayuntamiento recurrente: En la propia lógica de los derechos fundamentales se halla la idea de que entre gobernantes y gobernados hay una situación de desequilibrio a favor de los primeros, que poseen potestades y privilegios para la obtención del interés general (idea que adopta la sentencia, aunque no lo diga de forma expresa, de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 143) . Tal posición de supremacía de los gobernantes, según el Tribunal Supremo, ha de compensarse a favor de los gobernados por medio de las garantías que constituyen en sí mismos los derechos fundamentales.

A mi juicio tampoco podría reconocerse a una administración pública la titularidad de derechos fundamentales ante una vulneración procedente de otra organización administrativa, ya que no cabe sostener que una organización administrativa se

encuentre frente a otra en una situación que ponga en peligro su esfera de intereses más importantes, de forma análoga a la que se encuentra una persona física frente al poder público. Esta se trataría de una cuestión ligada con la organización administrativa y el control de unas organizaciones sobre otras. En las relaciones entre administraciones no rigen, pues, los derechos fundamentales sino normas de organización cuyo fin consiste en la delimitación de competencias (DÍAZ-LEMA, J.M.: "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", *Revista de la Administración Pública*, núm. 120º, 1989, p. 116). Cuando una administración lesiona las competencias de otra administración, la vía a seguir por la afectada no es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sino los instrumentos adecuados de que dispone; sostener la opinión contraria implicaría desvirtuar la naturaleza de los derechos fundamentales y del propio recurso de amparo.

Tampoco, en mi opinión, podrían reconocerse derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas cuando actúen sometidas al Derecho Privado (aunque a este extremo concreto tampoco se refiere la sentencia del Tribunal Supremo comentada). Aun en forma privada, la Administración no se halla en la misma situación que una persona física porque sigue gozando de ciertos privilegios y además no existe una actividad pura de la Administración en cuanto siempre está ligada su actuación a un fin público, al interés general.

b) La regla general, sostenida por la doctrina constitucional, de que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares de los derechos fundamentales encuentra ciertas excepciones.

El primer bloque de excepciones hace referencia, más que a derechos fundamentales, a garantías objetivas del proceso. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (que es mencionado por la sentencia del Tribunal Supremo) o el principio de igualdad del artículo 14 CE, en cuanto, en un caso y en otro, es muy dudoso que las personas jurídico-públicas deban carecer de ciertas garantías procesales.

En un principio el Tribunal Constitucional atribuye de forma indiscriminada el artículo 24.1 CE a las personas jurídico-públicas y también al propio Estado. Pero con posterioridad ha sido más restrictivo, en coherencia, claro, con su negativa a reconocer con carácter general la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de este tipo. De modo que en la actualidad, según dicho tribunal, ha de distinguirse entre la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la defensa de sus actos y potestades administrativas. De acuerdo con la STC 164/2008 de 15 de diciembre (RTC 2008, 164), si la pretensión de la tutela judicial recae sobre sus intereses legítimos, que son aquellos derivados de su actividad no administrativa o pública, puede reconocerse a las personas jurídico-públicas la titularidad del artículo 24.1 CE en toda su extensión (también STC 311/2006 de 23 de octubre (RTC 2006, 311). Pero cuando el objeto de la tutela judicial es la defensa de los actos de la Administración Pública derivados en ejercicio de sus potestades administrativas, la protección del citado artículo ha de quedar restringida a no padecer indefensión en

el proceso (en este sentido STC 175/2001 de 26 de junio (RTC 2001, 175) y sobre el tema consúltese DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos*, cit., p. 144).

En cuanto al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha negado a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho a la igualdad en la ley, esto es, el derecho a no ser discriminadas, de modo que las entidades públicas no pueden considerarse como titulares del derecho fundamental a la no discriminación del artículo 14 CE, derecho que se cimienta en la dignidad de la persona. Pero, en cambio, sí ha reconocido el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, al vincular el Tribunal Constitucional este derecho con la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (al respecto véase ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 280, y la doctrina constitucional allí citada).

No obstante, se ha señalado por alguna voz doctrinal que, aun compartiendo la idea general de que las personas jurídico-públicas no deben gozar de la titularidad de derechos fundamentales, debería revisarse quizás tal doctrina constitucional restrictiva en cuanto a los artículos 24.1 y 14 CE en la medida en que cada vez hay mayor número de entidades públicas con cierta independencia respecto al Estado y en las que a veces participan particulares (sociedades mixtas, empresas participadas, etc.) (GÓMEZ MONTORO, A.: "Titularidad de derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derechos fundamentales y su protección*, Tomo III (M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDO), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 56).

El segundo bloque de excepciones implica el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a algunos tipos de personas jurídico-públicas en cuanto dicho reconocimiento se considera preciso para el cumplimiento de los fines perseguidos por dichas personas jurídicas. Los ejemplos que cita el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada son la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE a las universidades públicas, la libertad de información (art. 20.1.d CE) a los entes públicos de radiodifusión y la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE) a las iglesias y entidades religiosas de naturaleza jurídico-pública. En estos tres casos qué duda cabe de que por medio de estos derechos las entidades públicas pueden recabar para sí mismas ámbitos de libertad de los que pueden disfrutar, o sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos (sobre la cuestión véase extensamente ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos*, cit., pp. 292-296). Sin embargo, muy claramente, señala ahora la STS de 16 de junio de 2016 que entre estas excepciones no se encuentra la titularidad del derecho al honor: "(…) No cabe sostener sensatamente que la consecución de los fines característicos de las personas jurídicas de Derecho Público requiera reconocerles la titularidad del derecho fundamental al honor, para garantizar así su existencia e identidad".

La sentencia objeto del presente trabajo acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) para corroborar la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional español cuando sienta la regla general de que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares de derechos

fundamentales. Así, en el fundamento de derecho 5º de la sentencia se cita abundante jurisprudencia del TEDH sobre el significado de la expresión "organización no gubernamental" del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Dicho precepto indica qué sujetos pueden demandar ante el TEDH por violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en dicho Convenio o en sus Protocolos: cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares. El TEDH ha definido las organizaciones gubernamentales como "personas jurídicas que participan en el ejercicio del poder público o que gestionan un servicio público bajo el control de las autoridades (…)" (Radio France y otros c. Francia [(dec.) nº 53984/00, CEDH (RCL 1999, 1190 y 1572) 2003-X]). Y, en concreto, respecto a los entes públicos territoriales, se les ha negado la posibilidad de que interpongan una demanda ante los órganos del CEDH, pues, con independencia de su grado de autonomía, ejercen poder público y, por consiguiente, sus actos u omisiones conllevan la responsabilidad del Estado conforme al Convenio (por ejemplo, así se afirma en el caso Ayuntamiento de Mula c. España (dec.), nº 55346/00 CEDH 2001-1, citado en Granitul, SA c. Rumania 22 de marzo 2011 (JUR 2011, 85390).

En el caso concreto de la sentencia analizada, la mención a mayor abundamiento del CEDH y de la jurisprudencia emanada de su órgano de garantía (TEDH) es suficiente para dejar claro que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en relación con la negación de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Público es conforme con el parámetro impuesto por el artículo 10.2 CE. Según este precepto "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismas materias ratificadas por España" [según SAIZ ARNAIZ, A.: "Artículo 10.2 Constitución. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 199, sólo el artículo 10.2 CE y una decidida opción por el TC en favor de la jurisprudencia del TEDH pueden explicar la importancia que esta última doctrina tiene en la actividad del TC español, que por otra parte no se ha preocupado nunca de explicar teóricamente su utilización, aceptándola sin más como una consecuencia impuesta de modo natural por el citado precepto constitucional].

3. El segundo argumento mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo ahora analizada para negar que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares del honor como derecho fundamental del artículo 18.1 CE es que, según la doctrina constitucional, aquellas no poseen más que dignidad, prestigio y autoridad moral. De nuevo queda aquí plenamente justificado que el Tribunal Supremo acuda al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución. El análisis de los diferentes textos normativos reguladores del derecho al honor en el ordenamiento

jurídico español conduce a concluir la falta de claridad de los mismos acerca de la admisión o no de la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas. Y sin duda esta falta de claridad en los textos normativos explica, en buena medida, que las soluciones recogidas en la doctrina del Tribunal Constitucional se hayan situado en un primer plano a la hora de resolver la citada cuestión y que en la práctica conformen el auténtico Derecho Positivo sobre la titularidad del derecho al honor (en este sentido GÓMEZ MONTORO, A.: "Titularidad de derechos", cit., p. 42).

El artículo 18.1 CE consagra el derecho al honor de manera genérica sin hacer referencia alguna a sus titulares ("Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"). Tampoco es claro el texto de la ley que desarrolla tal precepto, LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que no ha explicitado los titulares de tales derechos, ya que la determinación de los sujetos de derechos no es un mero desarrollo del derecho sino un dato previo que recibe el legislador del texto constitucional. En tal ley orgánica no hay un precepto que afirme o niegue la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas, si bien es cierto que pudiera deducirse de algunos de sus preceptos que su ámbito de aplicación se circunscribe a la persona física al utilizar ciertas expresiones como "persona" (art. 2), "vida íntima de las personas" (arts. 7.1 y 7.2)… Pero a la vez es una idea extendida que tal ley ha sido redactada pensando en la intimidad y que los derechos al honor y a la intimidad han de recibir un trato diferente en cuanto a su titularidad.

Esta sentencia del Tribunal Supremo ahora analizada remite a tres sentencias del TC, STC 107/1988 de 8 de junio (RTC 1988, 107), 51/1989 de 22 de febrero (RTC 1989, 51) y 121/1989 de 3 de julio (RTC 1989, 121). Dichas sentencias deducen de una expresión utilizada en la primera de ellas, y que luego se reitera en las dos posteriores, que las personas jurídicas de Derecho Público no tienen derecho al honor como derecho fundamental. La citada expresión es la siguiente:

"Es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública".

Las tres sentencias del TC coinciden en los hechos (persona que lleva a cabo unas declaraciones aparentemente constitutivas de delito de injurias graves contra una clase determinada del Estado), en el sujeto pasivo del delito (una institución pública

o una clase determinada del Estado: La Administración de Justicia y el Ejército) y en la argumentación dada por el TC para el fallo (el ofensor es absuelto en virtud del ejercicio legítimo de su libertad de expresión en cuanto que las declaraciones se refieren a materias y personas de interés público y las críticas son generales e impersonales, no dirigidas a personas concretas).

Tanto doctrina científica mayoritaria como parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretaron en su día que con la citada expresión el TC estaba excluyendo a todas las personas jurídicas (tanto privadas como públicas) del ámbito del artículo 18.1 CE [por todos HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, pp. 254-255 y 258 y SSTS 9.2.1989 (RJ 1989, 822), 5.10.1989 (RJ 1989, 6889), 6.6.1992 (RJ 1992, 5007) y 26.3.1993 (RJ 1993, 2396)]. Ahora bien, un sector doctrinal, coincidiendo con la interpretación que hace hoy el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de junio de 2016, mantuvo que el TC en dichas sentencias sólo niega el derecho al honor de las personas jurídico-públicas, pero que guardó silencio acerca de las personas jurídico-privadas (FELIÚ REY, M.I.: ¿*Tienen honor las personas jurídicas?*, *Colección Jurisprudencia Práctica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 16; y PARDO FALCÓN, J.: "Los derechos del artículo 18 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34º, 1992, p. 146).

Un último sector doctrinal sostuvo que el TC sólo subrayaba con tal expresión que el derecho al honor no era predicable de las instituciones públicas y clases determinadas del Estado, pero que no decía absolutamente nada sobre el honor de las personas jurídicas (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS de 15 de abril de 1992", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 29, 1992, pp. 511 y 515). Es verdad que los términos "clase determinada del Estado" e "institución pública" en nada se parecen al concepto de persona jurídica, pero la crítica que puede hacerse a esta última tesis apuntada es su falta de precisión sobre los conceptos "clase determinada del Estado e institución pública". A mi juicio es cierto que los sujetos cuyo honor se lesiona en tales sentencias no pueden calificarse como personas jurídicas: se está, ante órganos (Poder Judicial) o ante partes de órganos (las Fuerzas Armadas, que se integran en la Administración Pública), pertenecientes a la persona jurídica estatal. Estas "clases determinadas del Estado" desempeñan una función pública (no pueden, por ello, ser titulares de derechos fundamentales) y en las ofensas a este tipo de órganos se encuentran en juego otros valores distintos al derecho al honor que reciben protección penal (dignidad, prestigio y autoridad moral de las instituciones del Estado) (sobre toda esta cuestión véase MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en AA.VV.: V*einticinco años de aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 58).

Lo que en cualquier caso creo que ha de afirmarse es que es preciso desrelativizar la importancia de la expresión antes citada incluida en las tres sentencias mencionadas del TC. No representa en cualquier caso un argumento principal por el que el

tribunal otorga el amparo a los recurrentes, es decir, no es más que un mero añadido para reforzar la conclusión a la que quiere llegar, que es el otorgamiento de la tutela de la libertad de expresión a los recurrentes. Cuando el tribunal señala que el honor tiene un significado personalista en el sentido de que es un valor referible a personas individualmente consideradas no está contraponiendo, en mi opinión, persona física a persona jurídica, sino que se está refiriendo a persona individualizada, concreta. Esto es, el ataque al honor debe consistir siempre en una lesión concreta y singular, y todas las declaraciones que hacen los recurrentes en dichas sentencias se refieren a críticas genéricas e impersonales.

Siguiendo, pues, un determinado modo de interpretar las anteriores sentencias del TC, la sentencia ahora analizada del TS afirma que las personas jurídicas de Derecho Público sólo poseen prestigio, autoridad moral y dignidad, que son valores que tienen protección penal. Menciona, a modo de ejemplo, los artículos 496 y 504 del Código Penal: El primero de ellos se refiere a las injurias graves a las Cortes Generales o a una asamblea legislativa de Comunidades Autónomas o a sus Comisiones. El segundo tipifica como delito las calumnias, injurias y amenazas graves al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, al Consejo de Gobierno y a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, además de regular las injurias y amenazas a Ejércitos, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En tales preceptos el bien jurídico protegido no es el honor, al no estar ubicados en el Título XI ("Delitos contra el Honor") sino en la sección 1ª del Capítulo III del Título XXI del Código Penal actual ("Delitos contra las Instituciones del Estado": artículos 492 a 505).

4. El tercer argumento que esgrime el Tribunal Supremo para negar el derecho al honor de las personas jurídicas de Derecho Público en cuanto derecho fundamental es que en dos pronunciamientos anteriores el Tribunal Constitucional ha afirmado con claridad que las personas jurídicas de Derecho Privado son titulares del derecho al honor del artículo 18.1 CE. Y además señala que dicha referencia exclusiva en tales pronunciamientos a las personas jurídico-privadas no es un "lapsus calami" del máximo intérprete del texto constitucional: es decir, en dichas sentencias ni ha habido un olvido ni una falta de atención por parte del TC al no mencionar a las personas jurídico-públicas como titulares de dicho derecho.

El primer pronunciamiento en el que afirma que una persona jurídico-privada es titular del derecho al honor del artículo 18.1 CE es la STC 139/1995 de 26 de septiembre (RTC 1995, 139), en la que una sociedad mercantil es acusada en un reportaje periodístico de sobornar a la Guardia Civil con el objeto de transitar sin permiso y sin tarjetas, de extraer arenas de las dunas y de encubrir todas las actividades ilegales, numerosas, en sus empresas. Tras esta sentencia vuelve a dictar una segunda [STC 183/1995 de 11 de diciembre (RTC 1995, 183)], que se limita a reproducir los fundamentos de derecho de la anterior. Se ha mantenido por la

doctrina que es necesario esperar a que se dicten aún nuevos casos posteriores para comprobar si dicha línea de reconocimiento se ha consolidado o no (GÓMEZ MONTORO, A.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del TC español)", Cuestiones constitucionales. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2º, 2000, pp. 64-65). Pero ningún caso más, de momento, se ha dictado.

Realizaré algunos comentarios sobre la STC 139/1995. La relevancia de la sentencia radica, en primer lugar, en que enumera los criterios que, con carácter general, permiten predicar un derecho fundamental de una persona jurídica: los fines de la entidad y la naturaleza del derecho fundamental. En relación con los fines, cabe afirmar que no sólo deben reconocerse a una persona jurídica aquellos derechos que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines, sino también aquellos otros que protejan la existencia y la identidad del ente y que permitan, por tanto, de forma indirecta, el libre desarrollo de su actividad. El segundo criterio, al que queda subordinado el de los fines, es la naturaleza del derecho fundamental en juego, "en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta" (fundamento jurídico 5º). Ambos criterios constituyen sólo pautas generales y es labor del TC determinar en futuras sentencias si cada derecho fundamental puede predicarse de las personas jurídicas.

La segunda razón de la importancia de la STC 139/1995 es que el TC entra ya a dilucidar si el derecho al honor es predicable o no de las personas jurídicas en virtud de su naturaleza. Según mantiene el tribunal la definición del concepto de honor no se halla en ninguna rama del ordenamiento jurídico ya que es un concepto jurídico indeterminado. La clarificación del concepto exige acudir a fuentes extralegales y, en concreto, el TC acoge la definición del diccionario de la Real Academia Española, que asocia el concepto de honor a la buena reputación. El mantenimiento de un concepto objetivista del honor, en cuanto estima de los demás o reputación, es el argumento principal del tribunal para fundamentar la idea de que el honor, por su naturaleza, es un derecho predicable de las personas jurídicas. Además, se trata de un derecho necesario para la salvaguarda de la identidad de la persona jurídica y, por tanto, para la realización de sus fines (extensamente sobre la sentencia RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: "Derecho al honor y persona jurídica", en AA.VV.: Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y otras cuestiones (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 67 y ss.).

Hay otras dos apreciaciones interesantes que lleva a cabo la STS de 15 de junio de 2016 en relación con la doctrina sentada en la STC 139/1995. Ya mantuve hace algún tiempo que una conclusión que podía extraerse de esta última sentencia es que, si la sentencia de modo explícito ha afirmado la titularidad del honor de una sociedad mercantil, cabría presumir que tal titularidad podría ser invocada por otras personas jurídico-privadas, cualquiera que sea su estructura y fines (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: "Derecho al honor", cit., p. 72). La sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario lo corrobora ya de forma clara: tal reconocimiento del

derecho al honor no sólo es aplicable a las sociedades mercantiles, sino también a partidos políticos, sindicatos, fundaciones, e incluso a sociedades mercantiles públicas, entre ellas las municipales, citando varias sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo, en las que se afirmaba la titularidad del honor del artículo 18.1 CE respecto a cada una de estas clases de personas jurídicas de Derecho Privado.

La segunda apreciación de relevancia, según la sentencia analizada, es la ligazón que hace la STC 139/1995 entre la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 CE por las personas jurídico-privadas y el derecho de asociación del artículo 22.1 CE. Efectivamente, tal y como se ha mantenido por la doctrina científica, en el origen de toda persona jurídica está, en casi todos los supuestos, el ejercicio de un derecho fundamental (el de asociación o el de fundación), cuya garantía no puede limitarse a la protección del derecho a la creación de tal ente (dimensión de carácter individual) sino que debe extenderse también al nuevo ente fruto del ejercicio de tal derecho, al que ha de tutelarse mediante el reconocimiento de derechos fundamentales propios para la consecución de sus fines como tal persona jurídica (GÓMEZ MONTORO, A.: "Titularidad de derechos", cit. p. 53). Según la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada, la conexión sistemática del derecho al honor con el derecho fundamental de asociación establecida por el Tribunal Constitucional no es válida ni se mantiene en pie cuando se trata de personas jurídicas de Derecho Público.

Efectivamente, si bien las personas jurídico-privadas deben tener ciertos derechos porque en su origen está el ejercicio de un derecho fundamental, lo contrario ha de afirmarse respecto a las personas jurídicas de Derecho Público, cuyo origen se encuentra de forma exclusiva en un acto de un poder público. La persona jurídico-pública, además, no es un instrumento para el ejercicio de derechos (que en última instancia beneficia, claro, a las personas físicas miembros de la misma), sino que su creación obedece a principios diferentes como los de descentralización, eficacia y flexibilidad en la organización administrativa (GÓMEZ MONTORO, A.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65º, 2002, p. 105).

5. Por último, el Tribunal Supremo acaba señalando en su sentencia que la negación de la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 CE a las personas jurídicas de Derecho Público no implica en absoluto que éstas tengan la puerta cerrada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la vía del artículo 1902 del Código Civil, es decir, por la norma básica reguladora de la responsabilidad civil extracontractual ("El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado").

Ahora bien, que las personas jurídicas de Derecho Público no sean titulares del honor en cuanto derecho fundamental tiene una serie de consecuencias, que

también apunta el propio Tribunal Supremo, y que consisten en la pérdida de dos tipos de ventajas, de carácter procesal y sustantivo.

En primer lugar, la LO 1/1982 de 5 de mayo contempla en su artículo 9 que la tutela judicial del derecho al honor puede recabarse o por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE. Este último precepto señala, a su vez, dos vías procesales específicas de protección de los derechos fundamentales: Primera, ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, segundo, en su caso, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. La posibilidad de un procedimiento preferente y sumario se materializó pronto en su día por la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (en concreto la Sección III de esta ley recogía la garantía jurisdiccional civil). Pero en la actualidad la sección civil (artículos 11 a 15) se ha derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, y el artículo 249.1.2º de ésta señala que se ventilarán por el juicio ordinario las demandas de tutela del honor, pero su tramitación tendrá en todo caso carácter preferente (LÓPEZ ORELLANA, M.: "Normas procesales de protección de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: V*einticinco años de aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 321 ss.).

La segunda vía de tutela excepcional frente a las lesiones del derecho al honor de que no dispondrían las personas jurídicas de Derecho Público es la posibilidad de plantear recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es muy significativo que en países donde existe recurso de amparo, como son Alemania y España, la polémica acerca de la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas haya sido mucho más extensa y apenas se haya planteado en países que carecen de esta vía cualificada, como Francia o Portugal (GÓMEZ MONTORO, A.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", en AA.VV.: *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 389, nota de pie de página 7).

Por último, entre las ventajas sustantivas que también pierden las personas jurídicas de Derecho Público al no gozar de la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 CE está la prevista en el artículo 9.3 LO 1/1982. De acuerdo con este precepto "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima" y "La indemnización se extenderá al daño moral (…)". Con dicho precepto se quiebra una de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil, que es la exigencia de la acreditación del daño.

Aunque ha sido y es una cuestión discutida, a mi juicio hay que entender, con la doctrina más solvente, que la presunción del citado artículo sólo abarca el daño moral, aunque no parece ser éste el criterio que se maneja en su momento en la

discusión parlamentaria durante la tramitación de la LO 1/1982 (por todos ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en AA.VV.: V*einticinco años de aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 284). Desde luego el tenor literal del precepto suscita dudas en cuanto menciona la expresión "perjuicio" sin distinguir, y en cuanto afirma que la indemnización "también" se extiende al daño moral (luego parece presuponer que se indemniza el daño patrimonial). De hecho, la famosa y ya citada STC 139/1995 de 26 de septiembre, primera que reconoce el derecho al honor a una sociedad mercantil en cuanto derecho fundamental, afirma que el artículo 9.3 LO 1/1982 abarca ambos tipos de daños y que tal presunción es aplicable a las personas jurídico-privadas.

Pero dos razones podrían esgrimirse que explican que el objeto de la presunción sea solo el daño moral. Por un lado, la dificultad probatoria de la existencia y de la cuantificación del daño moral, con los costes tan elevados que llevaría consigo la obtención de información al respecto. Por otro lado, que inicialmente la tutela de ciertos intereses que hoy se protegen mediante acciones civiles indemnizatorias era monopolio del Derecho Penal y, en concreto, la indemnización del daño moral siempre ha estado a caballo entre la sanción penal y la indemnización civil. La presunción del daño moral se justifica en buena medida por esa tutela penal histórica que trae al ámbito del Derecho Civil elementos no propios de este último (MARTÍN CASALS, M.: *El Mercado de las Ideas* (dir. por P. SALVADOR CODERCH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 385).

Por consiguiente, las personas jurídicas de Derecho Público que soliciten una indemnización en virtud del artículo 1902 del Código Civil tendrán que probar el daño que se les ha causado, ya sea el moral o el patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA.

ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en AA.VV.: V*einticinco años de aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS de 15 de abril de 1992", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 29, 1992.

CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35º.

DÍAZ-LEMA, J.M.: "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", *Revista de la Administración Pública*, núm. 120º, 1989.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

FELIÚ REY, M.I.: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, *Colección Jurisprudencia Práctica*, Tecnos, Madrid, 1990.

GÓMEZ MONTORO, A.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del TC español)", Cuestiones constitucionales. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2º, 2000.

GÓMEZ MONTORO, A.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65º, 2002.

GÓMEZ MONTORO, A.: "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", en AA.VV.: *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

GÓMEZ MONTORO, A.: "Titularidad de derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derechos fundamentales y su protección*, Tomo III (M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDO), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.

LÓPEZ ORELLANA, M.: "Normas procesales de protección de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: V*einticinco años de aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en AA.VV.: V*einticinco años de aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MARTÍN CASALS, M.: *El Mercado de las Ideas* (dir. por P. SALVADOR CODERCH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 385.

PARDO FALCÓN, J.: "Los derechos del artículo 18 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34º, 1992.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996.

ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ÍNDICE

LA LLAMADA "PERSONALIDAD PRETÉRITA": DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS Y PROTECCIÓN POST MORTEM DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

THE "BYGONE PERSONALITY": PERSONAL DATA DEATHS AND POST MORTEM PROTECTION OF RIGHTS TO HONOR, PRIVACY AND IMAGE

DRA. PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO
Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática, 2009)
Universidad de León (España)
mpguts@unileon.es

RESUMEN: *Si bien la muerte implica el fin de la personalidad (art. 32 CC), el legislador ha previsto que, más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela post mortem de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo en aras al respeto debido a la persona fallecida (su fama, buen nombre, reputación y estimación personal y social), lo que se traduce en lo que la doctrina jurídica viene denominando, en gráfica expresión, la "protección de la personalidad pretérita".*

Aparte de la clásica tutela penal de la memoria de los difuntos, en el plano civil la protección de la personalidad ya extinguida se articula, de modo principal, por vía de la LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde se confiere legitimación a ciertos sujetos para la defensa de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras la muerte de quien fuera su titular (arts. 4 y 5). Desde una óptica distinta, y configurados el honor, la intimidad y la propia imagen como derechos fundamentales (art. 18 CE), a la tutela civil de los mismos se suma -tras una importante evolución de la doctrina constitucional en este punto- la protección reforzada, a través del recurso de amparo, de la dignidad de las personas fallecidas (art. 10 CE).

En otro orden de cosas -y amén de que la LO 2/1984 permita a los herederos del perjudicado aludido en la información difundida ejercitar el oportuno derecho de rectificación, y de que en sede de propiedad intelectual se contemple la defensa post mortem auctoris de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral de autor (arts. 15 y 16 TRLPI)-, la legislación reguladora de la autonomía del paciente posibilita que, con determinados requisitos y limitaciones, terceras personas -ambiguamente concretadas por la norma- accedan a la historia clínica de un fallecido (art. 18.4

Ley 41/2002); posibilidad ésta que se revela como clara excepción legal a la exclusión general de los datos referidos a personas fallecidas del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos personales (art. 1 LO 15/1999 y art. 2.4 RD 1720/2007), como de forma reiteradísima tiene declarado la Agencia Española de Protección de Datos.

PALABRAS CLAVE: *dignidad de la persona y protección de la personalidad pretérita; defensa civil y constitucional de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen lesionados tras el fallecimiento de su titular; datos de carácter personal de personas fallecidas; acceso a la historia clínica de un fallecido; derecho moral de autor y protección post mortem auctoris.*

ABSTRACT: *While death entails the end of the personality (art. 32 Civil Code), the legislature provided that, beyond the time limit of existence of its holder, fit the post mortem protection of certain extrapatrimonial rights of the same in order to respect due the deceased (his fame, good name, reputation and personal and social estimate), which is what the doctrine comes denominating, in graphic expression, the "protection of the bygone personality".*

Apart from the classic criminal protection of the memory of the dead, in the civil plane the protection of extinct personality is regulated, mainly, in the LO 1/1982 of civil protection of the rights to honor, privacy personal and family and reputation, where legitimacy is granted to certain subjects to defend those rights of personality injured after the death of his former owner (arts. 4-5). From a different perspective, and configured the honor, privacy and self-image as fundamental rights (art. 18 CE), in addition to civil protection -after an important evolution of constitutional doctrine on this point- there is the protection reinforced, through the amparo action, of the dignity of the deceased (art. 10 CE).

In another order of things -not to mention that the LO 2/1984 allows the heirs of the injured party mentioned in the information disseminated timely exercise the right of correction, and that in the field of intellectual property is contemplated the defense post mortem auctoris of some of the powers within the moral copyright (arts. 15-16 TRLPI)-, the legislation regulating patient autonomy enables, with certain conditions and limitations, third party -ambiguously concretized by the precept- access to history clinic deceased (art. 18.4 Law 41/2002); a possibility which is revealed as legal exception to the general exclusion of data relating to deceased persons from the scope of the rules of protection of personal data (art. 1 LO 15/1999 and art. 2.4 RD 1720/2007), as the Spanish Data Protection Agency has declared repeatedly.

KEY WORDS: *personal dignity and protection of the bygone personality; civil and constitutional defense of the rights to honor, privacy and self-image injured after the death of its owner; personal data of dead people; access to medical history of a deceased; moral copyright and protection post mortem auctoris.*

FECHA DE ENTREGA: *12/05/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

SUMARIO: 1. La muerte como fin de la personalidad *vs.* la denominada "personalidad pretérita".- 1.1. *Excursus* previo sobre los efectos jurídicos del fallecimiento en el orden personal y sobre las disposiciones no patrimoniales de la persona para después de su muerte.- 1.2. Notas introductorias sobre el respeto a la memoria de los difuntos, la protección de la "personalidad pretérita" y la proyección particular del llamado "derecho al olvido" respecto de las personas fallecidas.- 2. La protección *post mortem* de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.- 2.1. Defensa *civil* de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras el fallecimiento de su titular.- 2.2. Recurso de amparo y tutela *constitucional* de la "dignidad" de las personas fallecidas.- 2.3. Breve referencia al derecho de rectificación de la información difundida sobre una persona fallecida.- 3. La tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de personas fallecidas.- 3.1. La exclusión general de los datos referidos a un fallecido del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos personales.- 3.2. La posibilidad de acceso a la historia clínica de un fallecido.- 4. Derecho moral de autor y protección *post mortem auctoris.*

1. Así como los arts. 29.1 y 30 del Código Civil español sitúan en el momento del nacimiento con vida el comienzo de la personalidad de las personas físicas, el vigente art. 32 establece que tal personalidad acaba por la muerte: "*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*", reza textualmente ese precepto desde su reforma por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Y en términos prácticamente idénticos, también el art. 211.1-3 del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo, aprobado por Ley 25/2010 de 29 julio) dispone que "*la personalidad civil se extingue con la muerte*".

Desaparecidas de nuestro ordenamiento causas de pérdida de la personalidad que como la esclavitud, la muerte civil, etc. se reconocieran históricamente en tiempos pasados -y que hoy serían claramente contrarias a la dignidad humana (y, por ende, al art. 10 y concordantes de la Constitución Española)-, sólo el hecho físico de la muerte priva a la persona de su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Siendo pues el fallecimiento la única causa de extinción de la personalidad, se tendrá ésta mientras la persona viva y únicamente a su muerte la perderá.

Así, pues, dado que se es persona hasta que se muere, en el momento del fallecimiento desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, extinguiéndose sus relaciones y derechos personalísimos o vitalicios y pasando los patrimoniales a los sucesores (en la que medida en que sean susceptibles de transmisión *mortis causa*, *ex* arts. 657, 659 y 661 CC). Huelga advertir que, puesto que el trascendental hecho de la muerte irradia sus efectos extintivos de la capacidad

jurídica de la persona sobre infinidad de situaciones o ámbitos jurídicos de la misma (ya de orden privado, ya público), excede obviamente del propósito de este estudio, no ya examinar, sino enumerar siquiera, el amplísimo y heterogéneo haz de repercusiones que tiene el fallecimiento tanto en sede familiar (cfr. p.ej. arts. 85, 88, 101.2, 116, 126, 132.2, 133.2, 136.1 y 3, 137.3 y 141 *in fine*, 150 y 152.1, 169.1, 171.2.1º, art. 175.4 y 176.4, 276.3º, 910, 1392.1 y 1415 CC, art. 765.2 LEC 1/2000), como en el plano puramente patrimonial (cfr. arts. 513.1 y 529, 1161, 1595.1 y 2, 1700.3 y 1704, 1732.3, 1738 y 1739, 1742 CC).

Sin embargo, sí considero de interés comenzar realizando un somero recordatorio de algunas de las consecuencias más destacadas de la muerte en la esfera estrictamente *personal*, a efectos de vincular la idea de que el fallecimiento conlleva el fin de aquellas relaciones jurídicas que se fundan y tienen como presupuesto la existencia de la persona misma, con la posibilidad de que ésta haya realizado determinadas disposiciones no patrimoniales para después de su muerte; todo ello, como punto de partida para aproximarnos al específico tema de nuestro estudio, que será -como se anuncia en el propio título del presente trabajo- lo que se ha dado en llamar la "protección de la personalidad pretérita", en expresión acuñada por LACRUZ (LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I-2º, 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23, 107).

1.1. Una de las más inmediatas consecuencias de la muerte es la *conversión en cadáver del cuerpo del fallecido*. Muerta la persona, su cuerpo se transforma en cadáver y pasa así a ser algo cuya naturaleza es configurada jurídicamente como una "cosa" -según entiende la doctrina prácticamente unánime (vid. por todos, DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, II, Civitas, Madrid, 1984, p. 146 -reedición facsimilar, Instituto de Estudios Políticos, 1952)-. Con todo, siendo cierto que el cadáver no puede ya ser calificado como persona y aun admitida su "cosificación" –en palabras de E. ROCA I TRÍAS ("Com. arts. 32 a 34 CC", en *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 232)-, el respeto a la dignidad de la persona fallecida con anclaje último en el art. 10 CE -la "dignidad humana del cadáver" de que habla V. ANGOITIA GOROSTIAGA ("El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos", en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2005, pp. 156 a 165)- conduce a predicar el carácter *extrapatrimonial* del mismo, con la consiguiente exclusión de la libre disponibilidad sobre el cuerpo muerto (o sus partes) y la limitación de las posibilidades de realizar negocios jurídicos que lo tengan por objeto, no siendo admisibles sobre el mismo contratos con prestaciones económicas; todo ello, amén de la protección dispensada en el ámbito penal al cadáver inhumado (*ex* art. 526 CP

[vid. SSTS Sala 2ª 20 enero 2004 [RJ 2004, 3384], 12 diciembre 2007 [RJ 2009, 6614], 29 enero 2013 [RJ 2013, 975] y 20 enero 2016 [RJ 2016, 375]).

Desde esas premisas, debe tenerse en cuenta que *la eventual voluntad que en vida manifestara el fallecido* va a desplegar su eficacia jurídica *post mortem*, aparte de en relación al destino de su patrimonio a través del fenómeno sucesorio, también en cuanto *al futuro destino de su propio cuerpo*. Aun cuando la llamada *pietas* familiar y el respeto a los legítimos sentimientos de los familiares del difunto justifican los tradicionales poderes de disposición de los parientes más próximos respecto a la determinación del destino del cadáver, dichas facultades no pueden configurarse como un auténtico derecho subjetivo al cadáver o sobre el cadáver (SS. AP Alicante 7 julio 1995 [AC 1995, 1280] y 2 julio 2003 [JUR 2008, 159293]). Sobre la voluntad de aquellos habrá de prevalecer la voluntad que, en su caso, hubiere manifestado el causante, la cual, en términos generales, deberá ser respetada y atendida siempre que en ella se exprese una disposición del propio cadáver (entero o de partes del mismo) que no exceda de los límites autorizados por la ley, la moral y las buenas costumbres y se sitúe dentro de las coordenadas del orden público. Así, frecuentemente se tratará de *previsiones acerca de la organización de los funerales y exequias* (modo de inhumación o incineración, forma y lugar de sepultar el cadáver, destino de las cenizas, etc.), aunque también serán posibles disposiciones relativas al destino del cuerpo a *fines científicos, didácticos, médicos, de investigación*, etc. (vid. al respecto, p.ej. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I*, Edisofer, Madrid, 18ª ed., 2009, pp. 473-474; GORDILLO CAÑAS, A.: *Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987, p. 34; ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 115 y ss.).

Si ya a los efectos indicados pueden resultar de utilidad las declaraciones efectuadas a través del llamado "testamento vital" (el documento de *voluntades anticipadas* al que se refieren diversas leyes autonómicas, o documento de *instrucciones previas* contemplado a nivel estatal por el art. 11 de la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), particular relieve cobra dicho documento y el derecho a disponer en vida sobre el destino del propio cadáver o de partes del mismo en el marco de la *extracción y trasplante de órganos*. En efecto, si la propia determinación temporal del advenimiento de la muerte asume particular trascendencia cuando se trata de aprovechar los restos humanos para trasplantes, también este asunto se da la mano con la disponibilidad del propio cadáver con tales fines, admitiéndose la cesión gratuita de piezas anatómicas y órganos (así como de células y tejidos humanos) o el permiso de extracción otorgado por una persona para cuando fallezca.

En este ámbito, la vigente normativa española sobre extracción y trasplante de órganos regula las condiciones y requisitos de la extracción de órganos de fallecidos,

mostrando una preocupación especial por el tema del *consentimiento del donante* –ligado al *testimonio familiar* al respecto-. Pocos son relativamente (o, al menos, deberían ser) los problemas que se plantean cuando el futuro donante *ha manifestado expresamente en vida* (con su tarjeta de donante, mediante documento de instrucciones previas, en la historia clínica, etc.) *su voluntad de que a su fallecimiento su cuerpo sea utilizado con fines terapéuticos*; declaración inequívoca de autorización de la extracción, que no podría ser deformada o suplantada por la decisión en contra de sus familiares (ROMEO CASABONA, C.: "Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos", en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO, Comares, Granada, 2005, pp. 45-47). Pero, además, y salvo que conste la oposición explícita en vida del fallecido –oposición, total o parcial, cuya expresión no necesita ninguna formalidad especial-, es sabido que, en nuestro ordenamiento, la extracción de órganos es lícita y posible *aunque la persona en cuestión no hubiera expresado su voluntad favorable a la cesión*. Esta presunción legal *iuris tantum* de considerar donante a todo aquel que muere aparece ya recogida en el art. 5.2 de la Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, a tenor del cual "la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos *no hubieran dejado constancia expresa de su oposición*". En desarrollo de ese precepto –y corrigiendo en parte su tenor-, dispone asimismo el art. 9.1.a) del vigente Real Decreto 1723/2012, de 28 diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, que la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos (que no científicos) podrá realizarse si se cumple el requisito, entre otros, de que "la persona fallecida de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos" (vid. igual fórmula de presunción del consentimiento, respecto a la donación y obtención de células y tejidos humanos de personas fallecidas, en el art. 8 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio).

Por tanto, a la luz de la citada normativa, una vez producido el fallecimiento de la persona *se presume* su consentimiento a la extracción –a menos que conste su expresa oposición-; sistema del consentimiento presunto del finado que, si bien ha recibido el respaldo mayoritario de la doctrina, no deja de presentar dificultades en su aplicación práctica, sobre todo a efectos de conciliarlo con la preceptiva "consideración" del testimonio familiar [art. 9.1.b) RD 1723/2012] y a fin de "dilucidar hasta qué punto la manifestación en uno u otro sentido de los familiares o allegados del difunto obedece, efectivamente, a *la voluntad o convicciones de quien ha fallecido*, particularmente cuando la misma no se apoya en signos inequívocos o fehacientes, o responde, por el contrario, a la propia voluntad y convicciones de quienes sólo están llamados a prestar su testimonio y no su consentimiento" (ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: "El régimen reglamentario de la extracción", cit., p.

224). Ciertamente, la extracción de los órganos del cadáver no está sometida en rigor a una auténtica "autorización" de la familia del finado y la voluntad "propia" de los familiares al respecto resulta intranscendente, de forma que la consulta a los mismos habría de valorarse *únicamente como modo de recabar información sobre los verdaderos deseos y designios del propio difunto* -papel de los familiares como *fuente de conocimiento* en el proceso de indagación de la voluntad de un eventual donante fallecido a la extracción de sus órganos para trasplante, del que se ha ocupado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 junio 2014 (caso "Petrova *v.* Letonia" [TEDH 2014, 43]), comentada por RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Trasplante de órganos y tejidos. Especial mención a la problemática específica del consentimiento informado", *La Ley*, nº.8430, 27 noviembre 2014-. Sin embargo, a nadie se oculta que esta solución legal es a menudo modulada, disfrazada o, si se quiere, burlada en la práctica clínica y hospitalaria cotidiana donde, según advierten los autores especializados en el tema, es habitual que en los protocolos de actuación de las coordinaciones de trasplantes se conceda "una posición de absoluta centralidad a la familia del donante a lo largo de todo el proceso", lo que conduce a "un sistema de autorización expresa y escrita de los familiares con carácter previo a la extracción de los órganos para trasplante" y desvirtúa el sentido de la valiente opción legislativa por el consentimiento presunto convirtiéndolo en "un procedimiento de consentimiento informado", de manera que "la oposición de los familiares a la extracción de órganos del difunto suele conllevar *de facto* la inaplicación del art. 5 LTO y, a la postre, la imposibilidad de obtención de órganos" (LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 21ª ed., 2015, p. 160; URRUELA MORA, A.: "Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar", en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2005, pp. 337-339, 343-350).

Si anteriormente nos hemos referido a las posibles disposiciones extrapatrimoniales de la persona sobre el destino de su *cadáver* (tanto a efectos de su inhumación, como de donación del mismo a fines científicos o de extracción de órganos para trasplante), conviene ahora recordar telegráficamente la regulación legal del consentimiento para la fecundación *post-mortem* y la inseminación con material reproductor del marido fallecido que establece el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Bajo la rúbrica de "Premoriencia del marido", dispone dicho precepto (modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio) que: "1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, *el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en*

testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad".

En aplicación del segundo párrafo de dicha norma, y según declara al respecto el Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife de 2 junio 2010 (AC 2010/1755), "*la autorización requerida al marido es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aún cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona (art. 32 CC)*, y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales", por lo que "en ausencia de documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canaria", no existe "precepto legal alguno que prevea la posibilidad de la autorización judicial instada por la mujer recurrente" (vid. igualmente el Auto AP Barcelona de 17 mayo 2011 [AC 2011, 1256]; y dictados aún al amparo del art. 9.2 de la primitiva Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida, los asuntos resueltos por los Autos de la AP Valencia de 23 diciembre 2003 [JUR 2004, 164422] y de la AP de A Coruña de 3 noviembre 2000 [AC 2001, 183], este último comentado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Reproducción asistida *post mortem*", *Aranzadi Civil*, nº.8, 2001).

Hemos ofrecido hasta aquí una panorámica general de algunos de los ámbitos no patrimoniales de decisión de la persona en los que ésta puede efectuar disposiciones para después de su muerte - desde las relativas a los funerales, pasando por la donación de órganos para trasplante o donación del cadáver para la ciencia, o las referentes a la conservación de óvulos o esperma o la inseminación *post mortem*-. Seguidamente abordaremos la proyección de tal tipo de previsiones en las principales vertientes de la protección de la personalidad pretérita, entre ellas las concernientes a las acciones *post mortem* de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, o a la legitimación *mortis causa* para el ejercicio de facultades morales incluidas en el derecho de autor. Pero antes de ello quisiera, de

una parte, remitir a la lectura del interesante esbozo que ha realizado F. CAPILLA RONCERO sobre los nuevos campos de operatividad del juego de la autonomía privada en lo personal y a sus reflexiones acerca del notable ensanchamiento que, a resultas de la revolución científica y tecnológica, ha experimentado el ámbito material de la libertad de decisión del individuo en su esfera personal (vid. "Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado", *La Ley*, nº.7675, 18 julio 2011). De otra parte, y especialmente, no me resisto a rescatar la ilustrativa opinión que sobre el significado y la *ratio* última de las mencionadas disposiciones extrapatrimoniales vierte J. DELGADO ECHEVARRÍA ("El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, nº.7675, julio 2011, p. 5): escribe dicho autor que "los ejemplos anteriores muestran como en la experiencia jurídica contemporánea las personas físicas encuentran motivos para disponer para después de su muerte sobre asuntos e incumbencias que les atañen personalmente y que no tienen *prima facie* un contenido patrimonial, bien sea respecto de su cuerpo o sus restos físicos, o bien sea sobre su reputación o su memoria. No son las mismas disposiciones que constituyeron contenido acaso principal de los testamentos cristianos medievales, sino que corresponden a las creencias y preocupaciones extendidas en las sociedades actuales, que, por otra parte, pueden ser muy plurales. Creo que la tendencia a este tipo de disposiciones y previsiones está creciendo, desbordando la definición legal del testamento como acto de disposición de bienes (art. 667 CC), que siempre fue demasiado estrecha. El fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales –destaca DELGADO- no puede ser, simplemente, la propiedad, es decir, en términos constitucionales, el art. 33.1 CE. *El fundamento se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE*), que de este modo se superpone en un plano superior al de la propiedad. *La libertad de disponer para después de la muerte* no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, sólo a las personas físicas), sino en cuanto *persona humana*".

1.2. Que el Derecho proteja plenamente a la persona desde su nacimiento hasta su muerte no significa que sea indiferente *al tiempo precedente y al consecuente* (GARCÍA RUBIO, Mª.P.: "La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y Derecho*, nº.14, diciembre 2013, p. 92). Si el art. 29.2 CC tutela jurídicamente al concebido no nacido -*antes* de ser aún persona y careciendo, por tanto, de la capacidad para ser titular actual de derechos (vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido*, Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2015)-, las emanaciones de la "personalidad" pueden también *transcender a la existencia misma de la persona* y contemplarse jurídicamente tras dejar ésta

de tener tal condición de persona al fallecer (CAPILLA RONCERO, F.: Voz "Persona", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Civitas, 1995, p. 4860).

Así, pues, si bien la muerte implica el fin de la personalidad y, por ende, la extinción de los derechos de la personalidad del fallecido, ello no empece que en determinados supuestos, y más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo con el fin de proteger rasgos, atributos o cualidades de la persona ya desaparecida (vid. las reflexiones que sobre esa suerte de "perdurabilidad y de continuidad histórica, afectiva y espiritual" de la persona, realiza COBAS COBIELLA, Mª.E.: "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión", en *Revista Boliviana del Derecho*, nº.15, enero 2013, pp. 112-129; y "Protección *post mortem* del derecho al honor", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 317-321). Ello se traduce en lo que comúnmente se viene denominando la "protección de la memoria pretérita" (GETE-ALONSO Y CALERA, Mª.C.: "Persona, personalidad, capacidad", en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, I, dir. por GETE-ALONSO, Mª.C. y coord. por SOLÉ RESINA, J., Cizur Menor, Civitas - Thomson Reuters, 2013, p. 96; ROVIRA SUEIRO, Mª.E.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por BUSTO LAGO, J.M./REGLERO CAMPOS, F., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2013, pp. 557, 559; ALONSO PÉREZ, M.: "Daños causados a la memoria del difunto y su reparación", (http://www.asociacionabogadosrcs.org) o "protección de la personalidad pretérita", gráfica locución de la que se hace eco el grueso de la doctrina (vid. entre otros, p.ej. HUALDE SÁNCHEZ, J.: "La personalidad" y "Los derechos de la personalidad", en PUIG Y FERRIOL, L./GETE-ALONSO, Mª.C./GIL RODRÍGUEZ, J./HUALDE, J.: *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 124, 353; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La persona física: comienzo y fin de la personalidad" y "Los derechos de la personalidad", en *Curso de Derecho Civil I*, coord. por P. DE PABLO, Colex, Madrid, 4ª ed., 2011, pp. 349-350, 572; y "Com. art. 32 CC", en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA, R., I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 287; GONZÁLEZ GOZALO, A.: "Com. art. 32 CC", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2013, p. 166; MARTÍN PÉREZ, J.A.: "Com. arts. 657 y 659 CC", en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO, P./ORDUÑA, J./VALPUESTA, R., II, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 250; ECHEVARRÍA DE RADA, T.: "Comienzo y fin de la personalidad", en *Tratado de Derecho Civil*, III, Vol.1, dir. por RAMS ALBESA, J., Madrid, Iustel, 2014, p. 178).

Sobre ese particular, comienza recordando LASARTE que, aunque "una de las constantes antropológicas de la mayor parte de las civilizaciones conocidas reclama honrar la memoria de los muertos,… a decir verdad la protección de la personalidad

pretérita o la honra de nuestros muertos o difuntos ha sido un tema bastante extraño al Derecho, siendo contemplado básicamente por normas religiosas o convenciones sociales de índole extrajurídica" (LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, cit., p. 153).

Asimismo apunta el citado autor (LASARTE, *Principios de Derecho civil I*, 2015, p. 153) que "en Derecho español, hasta tiempos bien recientes, la protección de la memoria de los difuntos prácticamente quedaba limitada al ejercicio de las acciones penales por parte de sus herederos cuando creyeran que los muertos habían sido objeto de injurias o calumnias (cfr. art. 466 CP)". Este artículo, sin embargo, corresponde al primitivo Código Penal de 1973 -al amparo del cual alguna jurisprudencia llegó a aplicar el precepto, no solo para admitir la sucesión procesal en la acción ejercitada por el ofendido, sino en casos de ofensas a personas ya fallecidas antes de iniciarse el proceso penal (SSTS Sala 2ª 3 febrero 1984 [RJ 1984, 716] y 16 marzo 1990 [RJ 1990, 2537], STC 123/1993, de 19 abril [RTC 1993, 123])-; pero tal norma sobre la tutela penal del honor de los difuntos se encuentra hoy derogada y sin homóloga en el vigente Código Penal, dentro de cuyo Título X de su Libro II son los arts. 197 a 201 los que regulan los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, siendo en el Título XI donde se tipifican los delitos contra el honor -calumnia (arts. 205 a 207) e injuria (arts. 208 a 210), con las disposiciones generales comunes a ambos que se recogen en los arts. 211 a 216- (vid. en general, las conocidas reflexiones que sobre el difícil equilibrio entre la tutela penal y la defensa civil del derecho al honor han realizado SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, Mª.T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997; SALVADOR CODERCH, P. -director-: *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; PANTALEÓN PRIETO, F.: "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley*, nº.4033, 10 mayo 1996, pp. 3 y ss.; y "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", *Derecho Privado y Constitución*, nº.10, 1996, pp. 209 y ss.).

Con todo, sin perjuicio de las anteriores consideraciones, en el presente estudio nos interesa dar cuenta especialmente de las principales manifestaciones legales que, aparte de la clásica tutela penal (o administrativa) de la memoria de los difuntos, se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico *civil* en aras a la referida protección de la personalidad pretérita (vid. sobre el tema en el *common law*, DE LAS HERAS VIVES, L.: "La protección civil del honor en el ordenamiento norteamericano", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 540-541). Si algunas de ellas datan de hace ya años y otras de fechas más cercanas, tampoco se puede obviar, aun cuando no vayamos aquí a ocuparnos de ello, que la incidencia en esta materia del vertiginoso desarrollo de la sociedad de la información vendría a suscitar problemas hasta poco tiempo atrás

desconocidos, que reclamarían efectuar reajustes o a reinterpretar el tradicional material normativo, pues -como advierte GARCÍA RUBIO, Mª. P.: "La persona en el Derecho civil", cit., p. 93- "al igual que sucede con otras facetas de la persona, el avance tecnológico y científico plantea nuevos retos que de momento carecen de una clara respuesta jurídica: piénsese, por ejemplo, en *la enorme cantidad de huellas que una persona puede dejar al morir en el llamado entorno digital y en la dificultad de decidir, con las herramientas normativas que hoy tenemos, sobre el destino de todas ellas* (muy ilustrativo al respecto, si bien referido al entorno del *common law*, http://www.standar.co.uk)".

La problemática a la que acaba de aludirse se encuentra en parte relacionada, siquiera tangencialmente, con el denominado "derecho al olvido" en su concreta vertiente digital -vinculada a la irrupción y uso masivo y global de internet y a su potencial "peligrosidad" sobre la privacidad por su inmensa capacidad de conservar y transmitir informaciones (vid. al respecto CASTILLO JIMÉNEZ, C.: "Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información", en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, vol.1, Universidad de Huelva, pp. 35-48; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea*, Madrid, Reus, 2014, pp. 12 y ss.; y el documentado estudio de MOLINA GARCÍA, Mª. J.: "Comprensión jurídica del ejercicio de los Derechos Humanos en Internet: afectación a la libertad, privacidad y seguridad de las personas", *Actualidad Civil*, nº.6, junio 2015, pp. 1-28)- y con los controvertidos límites del archivo y la "conservación" en la Red de datos sobre la persona y de la permanencia de la posibilidad de acceder a los mismos, reproducirlos y divulgarlos públicamente por medios telemáticos (vid. SSTS Sala 1ª 15 octubre 2015 [RJ 2015, 4417] y 5 abril 2016 [RJ 2016, 1006], STS Sala 3ª 14 marzo 2016 [JUR 2016, 59136], comentadas por SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M.: "El "derecho al olvido digital". Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015", *Actualidad Civil*, nº.12, dic. 2015, pp. 1-11; MALDONADO RAMOS, I.: "Sobre el puerto seguro, el derecho al olvido y el derecho a la Historia", *El Notario del siglo XXI*, nº.64, nov.-diciembre 2015, pp. 182-184; y STROIE, I. R.: "¿Es o no Google Spain responsable del tratamiento de datos personales?", *Publicaciones Jurídicas Centro de Estudios de Consumo*, 21 abril 2016, pp. 1-7 [www.uclm.es/centro/cesco]; S. TJUE Gran Sala 13 mayo 2014, C-131/2012 [TJCE 2014/85] -caso "*Google Spain*"-, comentada, entre otros muchos autores, por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº.1, agosto 2014, pp. 251 y ss.; LYCZKOWSKA, K.: "Matando al mensajero Google. Tienes derecho a que lo olviden... salvo que ellos tengan derecho a recordarlo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.10, 2014; MALDONADO RAMOS, I.: "Derecho a la Memoria. Derecho al Olvido", *El Notario del siglo XXI*,

nº.56, julio-ag. 2014; ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.: "Sentencia Google Spain y derecho al olvido", *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, nº.38, oct. 2014, pp. 118 y ss.; VILASAU, M.: "El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº.18, junio 2014, pp. 32 y ss.; GARCÍA DE PABLOS, J.F.: "El derecho al olvido en la red", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº.36, 2014, pp. 12 y ss.; GUASCH PORTAS, V./SOLER FUENSANTA, J.R.: "El derecho al olvido en internet", *Revista de Derecho UNED*, nº16, 2015, pp. 1001-1005; CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Derecho al honor y libertad de expresión. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia italiana", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 503-509 y la bibliografía que ahí se cita; cfr. también el art. 17 del Reglamento europeo 2016/679, de 27 de abril, sobre protección de datos de las personas físicas).

Pero, amén de la referida alusión al derecho al olvido en el concreto contexto virtual, cabe asimismo traer a colación, de forma incidental, que la construcción doctrinal y jurisprudencial del "derecho al olvido" como categoría *general* -el silencio sobre el pasado de las personas (por ejemplo, sobre sus remotos hechos delictivos) sin reabrir o remover al cabo de los años tal pasado ni divulgarlo y recordárselo al público de forma innecesaria, gratuita e injustificada- puede jugar su papel no solo durante la vida de la persona (STS 25 marzo 2013 [RJ 2013, 3682]), sino también *luego de su muerte* (COBAS COBIELLA, "Protección *post mortem* del derecho al honor", cit., pp. 318, 333). Aun partiendo de que, por regla general, "el paso del tiempo debilita el interés general al conocimiento de los hechos pasados o, al menos, la implicación penal en ellos de una concreta persona, carente de habitual proyección pública" [DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia", en DE VERDA, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 100], ello no obsta a que, como excepción, tal derecho al olvido deba ceder -también cuando la persona ha muerto- en los supuestos en que persista un interés general (por ejemplo, un interés histórico, científico, didáctico o social) al conocimiento actual de hechos pasados (DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº.1, agosto 2014, pp. 32-33). De ahí precisamente que, por razón de esa trascendencia *histórica*, la STS 30 diciembre 1989 (RJ 1989, 8880) -comentada por DEL CARPIO FIESTAS, V.: "Divulgación de antecedentes penales y protección del derecho al honor y a la intimidad", *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.1, 2005, p. 18 y ss.- considerase legítimo que en un programa de televisión ("La huella del crimen") se emitiera un capítulo, bajo el título de "*La envenenadora de Valencia*", dedicado a narrar la historia del proceso penal que condujo a la muerte por garrote vil de la última mujer ejecutada en

España; rechazo por el tribunal de la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad de aquélla, fallecida muchos años atrás, que implicó la desestimación de la demanda interpuesta por los familiares de la condenada en defensa de la memoria de la difunta.

2. Con fundamento último en el respeto debido a la persona fallecida (sobre todo, a su fama, buen nombre, reputación y estimación personal y social), la protección de la personalidad ya extinguida (*rectius*, de la *memoria defuncti*) se articula en el plano civil a través de diferentes vías, entre las que sobresale la consagrada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Su propia Exposición de Motivos señala expresamente que "*aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho*". Y el propio Tribunal Constitucional ha bendecido tal declaración legal -por ejemplo, en la Sentencia de 12 noviembre 1990 (RTC 1990, 172) sobre las informaciones periodísticas vejatorias relativas a la vida privada y la honorabilidad profesional de un piloto fallecido en un accidente aéreo-; afirmación que asimismo ha sido reiterada por la jurisprudencia menor -entre otras ocasiones, en la SAP Sevilla 25 septiembre 2007 (AC 2008, 197917) o en el célebre caso "Fundación Gala-Salvador Dalí" que resolviera la SAP Girona 30 marzo 2006 (AC 2006/1622)-. Con todo, según puntualiza al hilo de esa declaración del preámbulo de la LO 1/1982 J.R. DE VERDA Y BEAMONTE ("La protección constitucional del derecho al honor", en DE VERDA, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 54), cabe dudar, sin embargo, de "si lo que aquí se repara es un daño moral por intromisión en el derecho al honor, intimidad o propia imagen de una persona, ya fallecida, *lo que es un poco absurdo*, ya que la muerte extinguió su personalidad (*ex* artículo 32 CC); o si, por el contrario, lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse cuestionado la reputación de un familiar difunto, haberse desvelado datos privados o haberse utilizado la imagen del mismo sin el consentimiento de aquéllos" (vid. las consideraciones que en torno a la tesis que trata de fundamentar la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad en "la relación familiar" realiza COBAS COBIELLA, Mª.E.: "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Algunas notas sobre el tema", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 212 y ss.; cfr. por contraste, el deslinde entre la protección de la memoria del propio fallecido y la protección frente a las ofensas a las personas vivas ligadas a él, que defienden ROVIRA SUEIRO: "Daños a los derechos de la personalidad...", cit., p. 558; y CABEZUELO ARENAS,

A.L.: "Breves notas sobre la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen", *La Ley*, 1999-1, p. 1580).

2.1. A la luz del postulado legal anteriormente transcrito, la mencionada LO 1/1982 posibilita la tutela civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen cuya lesión se hubiere producido tras la muerte de la persona que era titular de los mismos.

Adviértase, como cuestión previa, que el tema que ahora nos ocupa de la protección de la personalidad pretérita del fallecido y, en concreto, el de la defensa y reivindicación de la memoria de quien ya no está se centra en rigor en los supuestos de ofensas *post mortem*; esto es, cuando el titular del derecho en cuestión *ya había fallecido cuando se produjo la lesión* y, por tanto, la afrenta o injerencia ilegítima tuvo lugar *después del fallecimiento* de aquél. Ello no obsta a que la LO 1/1982 establezca similares previsiones, por vía de remisión, para los casos –sustancialmente distintos- en que la ofensa o lesión se produjo *antes de la muerte* del titular del derecho: así, por un lado, cuando el titular del derecho lesionado *hubiere fallecido después de haber ejercitado la acción* de defensa de su derecho, se legitima a determinadas personas para *continuar post mortem* la acción entablada por el titular (art. 6.2) -supuesto de sucesión procesal del que es muestra la citada SAP Sevilla 25 septiembre 2007 (AC 2008, 197917) que estimó la legitimación de la esposa para la continuación del procedimiento que su marido había ya iniciado, poco antes de morir, por intromisión ilegítima en el derecho al honor del mismo-; por otro lado, si el titular del derecho lesionado en vida hubiese *fallecido sin haber podido ejercitar la acción por sí* (o por sus representantes legales), también se permite ejercitarla a esas mismas personas (art. 6.1). No subsistirán, en cambio, las acciones si, producida la lesión antes del fallecimiento, el titular del derecho lesionado pudo ejercitarlas y no lo hizo (ya por indiferencia, inercia, renuncia, perdón,...), al existir en tal supuesto -como explica la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1982- "una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal". De ahí que la SAP A Coruña 27 marzo 2013 (JUR 2013, 186176) denegara legitimación activa a la hermana de la fallecida para ejercitar la acción de protección del derecho a la intimidad de ésta cuando, en vida, la propia ofendida podría haber ejercitado por sí misma tal acción y decidió, en cambio, no interponerla.

Cerrado este breve paréntesis, y hecha la anterior aclaración, son concretamente el art. 4 -modificado por LO 5/2010, de 22 junio (vid. sobre esta reforma, ROVIRA SUEIRO, Mª.E.: "Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?", *Aranzadi Civil-Mercantil*,

nº.8, 2015, Westlaw BIB 2015/4425, pp. 8 a 11)- y el art. 5 de la LO 1/1982 los que posibilitan el ejercicio de acciones para la defensa civil de los referidos derechos de la personalidad *lesionados tras la defunción* de quien fuera su titular -tema, que se completa con la regulación de la indemnización por el art. 9.4, de cuyo estudio detenido se han ocupado, p.ej., YSÁS SOLANES, Mª.: "La protección a la memoria del fallecido en la LO 1/1982", en *Libro Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid, 1988, pp. 789 y ss.; y "Derechos en la esfera moral", en GETE-ALONSO, Mª.C. (dir.)/SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, II, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 868-873; CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Breves notas sobre la protección *post mortem*...", cit., pp. 1577-1586; GARCÍA PÉREZ, C.: *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 118 y ss.; ALONSO PÉREZ, M.: "La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva", en *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo*, I, coord. por GONZÁLEZ PORRAS, J.M./MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles-Universidad de Murcia, 2004, pp. 117-137; HUALDE SÁNCHEZ, J.: "La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido", en *Bienes de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008, pp. 93-148; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, F./BUSTO LAGO, J.M., III, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 5ª ed., 2014, pp. 1378 y ss.-.

A efectos del ejercicio de tales acciones, se encuentran legitimados *ope legis* los tres siguientes grupos de sujetos:

1º. En primer término, aquella persona (física o jurídica) a la que el fallecido hubiere designado *a tal efecto* en su testamento (art. 4.1). Como muestra de la prevalencia que, con buen criterio, otorgó en este punto el legislador español a la autonomía privada del causante, el designado *ad hoc* por el testador puede ser cualquier persona de su confianza, al margen de que ostente o no la cualidad de heredero y ya se encuentre o no dentro de su círculo más cercano de parientes. En caso de que el lesionado hubiere designado varias personas, cualquiera de ellas podrá ejercitar la acción, salvo disposición en contrario del fallecido (art. 5.2).

En el supuesto apuntado de que el ejercicio de la acción corresponda a una *persona jurídica* designada en testamento -legitimación que recientemente ha sido denegada a la Fundación Gala-Salvador Dalí por la STS Sala 1ª 20 junio 2016 (RJ 2016, 2537)-, el art. 4.3 *in fine* de la LO 1/1982 establece como límite temporal -aplicable igualmente al caso de legitimación activa del Ministerio Fiscal, como luego se dirá- la exigencia de que la ofensa al buen nombre o al recuerdo del causante haya tenido lugar en el plazo máximo de ochenta años desde el fallecimiento del afectado.

Producida la lesión dentro de este periodo, comienza a correr el plazo de cuatro años para promover la tutela judicial (art. 9.5).

2º. En segundo lugar, y subsidiariamente, a falta de designación testamentaria o habiendo muerto (o renunciado al encargo) la persona designada, la legitimación para accionar la ostentan los *familiares* del fallecido -no necesariamente herederos del mismo, lo que excluye la tesis de la "transmisión *mortis causa*" (como resalta la SAP Barcelona 24 julio 2013 [AC 2013, 1662] y desarrollan en la doctrina, entre otros, HUALDE, "La protección *post mortem*…", cit., p. 111; y COBAS COBIELLA, Mª. E.: "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 308, 313). Esos familiares son, en concreto, "*el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento*", tal como señala el art. 4.2 LO 1/1982. El precepto, amén de imponer como condición esencial para estar legitimado la *sobrevivencia* al tiempo del fallecimiento de la persona titular del derecho lesionado, enumera dicho elenco de familiares como un *numerus clausus*, quedando pues excluidos otros parientes distintos (primos, tíos, sobrinos, cuñados, etc.), por muy vinculados que se encuentren en los sentimientos y afectos al difunto (vid. ALONSO PÉREZ, M.: "Daños causados, cit., p. 21).

Numerosas son las muestras que ofrece la praxis judicial del ejercicio de las acciones en cuestión por unos u otros de dichos familiares legitimados: así, a título de ejemplo, la STS Sala 1ª 24 junio 1994 (RJ 1994, 5326), sobre la demanda interpuesta *por los padres* de la fallecida, tildada de "drogadicta" en un programa televisivo y diversos medios de prensa escrita (cuando dicha información no era veraz); la STS Sala 1ª 21 diciembre 1994 (RJ 1994, 9775) en el caso de "La Chulapona" -demanda interpuesta *por la hija* de la difunta cantante de zarzuela-; la SAP Madrid 4 febrero 1998 (AC 1998, 4962), también sobre la legitimación activa del *hijo* del afectado, fallecido antes de la publicación satírica de su imagen en un semanario; la ya clásica SAT Madrid 23 julio 1985, que estimó la demanda que, por la publicación en la revista Interviú del reportaje difamatorio sobre "el escándalo de los aviones sabuesos", interpusieron *los hijos* del fallecido ministro de Asuntos Exteriores Alberto Martín Artajo -demandantes a los que el tribunal consideró "*guardianes de la memoria* y reputación de su padre fallecido", en célebre expresión asumida luego por SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 36-37; y ALONSO PÉREZ, M.: "Daños causados, cit., pp. 8 y 13)-; la SAP Guipúzcoa 27 julio 2004 (JUR 2004, 293409), igualmente sobre la acción ejercitada por la *hija* del finado frente a la utilización de la imagen de éste, tanto en los envases de un producto (café) comercializado por la entidad mercantil

demandada, como en los reportajes de TV emitidos en la campaña publicitaria de dicho producto; y la STS Sala 1ª 23 mayo 2003 (RJ 2003, 3593) -acción ejercitada por el *cónyuge*-, en relación a un accidente de circulación a consecuencia del cual el conductor de un vehículo quedó aprisionado, falleciendo pocos días después; accidente cuya retransmisión televisiva se ocupó especialmente de mostrar, morbosamente, el rostro agonizante del fallecido. Demandada la cadena TeleMadrid *por la viuda*, consiguió ésta una indemnización de tres millones de las antiguas pesetas en atención a que los fotogramas relativos al accidentado no podían en modo alguno considerarse accesorios de la noticia principal.

Por terminar este elenco de casos con dos bien recientes, valga hacer mención del resuelto por la STS Sala 1ª 1 junio 2016 (RJ 2016, 2323) -acción ejercitada (infructuosamente) por el *padre* de un recluso contra el periódico que había publicado que la muerte de su hijo se había debido "supuestamente a una sobredosis de droga, a la espera de los resultados definitivos de la autopsia"-; o del asunto objeto de la STS Sala 1ª 20 abril 2016 (RJ 2016, 1343), donde *la hija* del fallecido -que en la guerra civil española había abandonado el ejército republicano y luego había presidido una junta municipal durante el franquismo- interpuso demanda de protección del derecho al honor de su difunto padre contra el autor del libro titulado "*Del mito a la historia: guerrilleros, maquis y huidos en los montes de Cantabria*" (así como contra la Universidad de Cantabria, editora de la obra); demanda que fue desestimada porque, si bien en el libro se calificaba al militar de "*chaquetero*", el Alto Tribunal entendió que tal calificación entraba dentro del ámbito de la libertad de expresión en la investigación histórica.

Interesa ahora advertir, en relación con esa pluralidad de familiares diversos que señala el art. 4.2 de la LO 1/1982, que no hay entre ellos orden alguno de preferencia sino que su legitimación es indistinta y solidaria, de tal forma que *cualquiera de tales parientes* podrá recabar la protección del derecho del fallecido (art. 5.1); opción del legislador de no establecer un orden de prioridad entre unos y otros que ha recibido no pocas críticas doctrinales (entre otras, las de ALONSO, "La protección de la personalidad pretérita...", cit., p. 125; y HUALDE, "La protección *post mortem*…", cit., p. 123).

Al margen de la posibilidad de ejercicio individualizado de la defensa del difunto por cualquiera de los referidos familiares -en cuyo caso YSÁS SOLANES ("La protección a la memoria del fallecido", cit., p. 789) defiende la conveniencia de que los que no hayan ejercitado la acción sean llamados al proceso en cuanto pueda afectarles la resolución recaída-, tampoco faltan casos en que la acción es entablada *conjuntamente* por varios de ellos. Así lo refleja la STS Sala 1ª 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 5908), donde *la viuda y los dos hijos del fallecido* demandaron una indemnización -que fue estimada- por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de su marido y padre, respectivamente, pues en el reportaje periodístico sobre el incendio en que

ocurrió el deceso se publicaba en gran tamaño una foto mostrando el cuerpo semidesnudo de aquél, tendido en el suelo ya sin vida, junto a diversos datos del mismo (nombre y apellidos, edad, profesión, estado civil, etc.); fotografía y datos del difunto que se reputaron innecesarios, prescindibles y desproporcionados para ilustrar e informar de la noticia del incendio y de la muerte de una persona anónima. Asimismo la SAP Cáceres 26 abril 2004 (JUR 2004, 147675) estimó la demanda interpuesta por *la madre y el hermano* de una persona cuya muerte violenta en la vía pública fue objeto de una noticia periodística en la que se identificaba innecesariamente al fallecido señalándose que el mismo era "toxicómano y seropositivo".

3º. En último término, y a falta de todos los sujetos que anteriormente se han mencionado, el ejercicio *post mortem* de las acciones previstas en la LO 1/1982 corresponderá, *ex* art. 4.3, al *Ministerio Fiscal* (vid. SAP Barcelona 24 julio 2013 [AC 2013, 1662]), que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, pero siempre que -como ya se anticipó- no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. Este límite temporal, aunque en línea de principio suele considerarse razonable (ROVIRA SUEIRO: "Daños a los derechos de la personalidad", cit., p. 559), algún autor considera que no hay razones de peso para mantenerlo (piénsese, por ejemplo, en personas verdaderamente célebres e ilustres cuya memoria puede verse ultrajada un siglo después de su muerte), abogando, en consecuencia, por su supresión (YZQUIERDO, "Daños a los derechos de la personalidad", cit., p. 1159).

Conviene además aclarar que, tal como precisa la doctrina (p.ej. ALONSO, "La protección de la personalidad pretérita", cit., p. 126; DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 12ª ed., 2012, p. 343; YZQUIERDO, "Daños a los derechos de la personalidad", cit., p. 1159), el Ministerio Fiscal estará legitimado para accionar sólo "a falta de todos ellos" -según reza textualmente la ley-; es decir, cuando *no exista* ninguna de aquellas otras personas mencionadas con anterioridad por el art. 4 (ni sujetos designados testamentariamente por el causante, ni tampoco parientes legitimados), pero no cuando, existiendo alguno o varios de ellos, no deseen actuar. Aun prevista la legitimación del Ministerio Fiscal con este carácter subsidiario, es opinión unánime el acierto del legislador español al encomendarle la protección de la *memoria defuncti*, puesto que -en palabras de ALONSO PÉREZ, "Daños causados", cit., pp. 12 y 23- "representa el *interés público* en mantener incólume el buen nombre de los que nos precedieron en el curso de la vida".

A modo de colofón de las notas que muy simplificadamente hemos dedicado a la defensa civil *post mortem* de los derechos al honor, la intimidad o la imagen de la persona, conviene dejar constancia de que -según advierte al respecto GARCÍA RUBIO, Mª.P.: "La persona en el Derecho civil", cit., p. 93; y "Los derechos de la

personalidad", en GETE-ALONSO, Mª.C. (dir.)/SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, II, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, p. 616- el importante componente patrimonial que en algunos casos tiene la protección civil de tales derechos *complica la mera idea de tutela de esa suerte de "memoria histórica" de la persona* que subsiste tras la muerte de ésta. A fin de ilustrar esa aseveración y mostrar que no cabe hablar hoy de extrapatrimonialidad *tout court* de los mencionados derechos de la personalidad (tampoco en relación con el fallecido), trae a colación dicha autora "la Sentencia del BGH de 1 diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*), en la que el Alto Tribunal germano tuvo que decidir sobre si, para el Derecho alemán, formaba o no parte de la herencia el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad. La única hija y heredera de Marlene Dietrich demandó a un productor musical que permitió a una empresa el uso del nombre y la imagen de la actriz para una edición especial de un automóvil y autorizó al fabricante de las fotocopiadoras Xerox para que usara el seudónimo "Ángel azul" en un anuncio publicitario. *La demandante alegaba la violación de los derechos de la personalidad de la fallecida*; pedía el cese de las actividades descritas y la compensación por los daños causados, hasta entonces denegados por los tribunales alemanes en casos similares. El BGH tuvo que decidir sobre dos cuestiones fundamentales: (a) *si los derechos de la personalidad, además de proteger valores inmateriales, protegen también intereses económicos*; y (b) *si tales derechos se pueden o no transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular*. El tribunal contestó afirmativamente a ambas cuestiones, resaltando la importancia de la autodeterminación como uno de los valores que sustentan el derecho general de la personalidad y fundamentando en dicho valor el derecho a controlar la explotación comercial de la identidad. Añadió además que el derecho general de la personalidad y sus formas especiales de manifestación sirven primariamente a la protección de intereses no materiales, pero también protegen intereses de la persona que tienen valor económico" (vid. GARCÍA RUBIO: "La persona en el Derecho civil", cit., pp. 105-106; vid. en especial el pormenorizado e interesante comentario a la citada Sentencia de 1999 del BGH que realiza PALAZÓN GARRIDO, Mª. L.: "La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen: consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999, Caso "Marlene Dietrich", *Actualidad Civil*, nº.2, 2003, pp. 495-518).

2.2. Al hilo del relevante supuesto de protección de la "personalidad pretérita" que venimos examinando, y sin perjuicio de la última puntualización que acaba de realizarse, interesa ahora tomar en consideración que, configurados el honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE) como *derechos fundamentales* (vid. por todos, FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por DE CABO, A./PISARELLO, G., 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005), a la tutela civil –y en su caso, penal- de los mismos se suma la protección reforzada que para esta categoría de

derechos se establece constitucionalmente, de modo primordial mediante el planteamiento del *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional, *ex* art. 53.2 CE (vid. al respecto, MONTÉS PENADÉS, V.: "La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Vol.2, dir. por CARBONELL MATEU, J.C/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. y coord. por CUERDA ARNAU, Mª.L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1383; ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985).

Ahora bien, aun partiendo de esa premisa, la cuestión se torna más delicada y adquiere perfiles singulares cuando de la protección constitucional "*post mortem*" de tales derechos se trata. Sobre este particular se pronunció el propio TC en su temprana Sentencia de 2 diciembre 1988 (RTC 1988, 231) -caso "Paquirri", con raíces en la STS 28 octubre 1986 (RJ 1986, 6015) sobre la demanda interpuesta por la viuda del famoso torero por la difusión y comercialización de un vídeo con las últimas imágenes y conversaciones de su marido en la enfermería de la plaza de toros donde tuvo lugar su mortal cogida (vid. el comentario crítico a esta Sentencia del Supremo, de IGARTUA ARREGUI, F.: "Derecho a la intimidad: límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral (Comentario a la STS de 28 octubre 1986)", *CCJC*, nº.12, 1986, pp. 4081-4098; y de PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", *ADC*, 1987-I, pp. 987 y ss.)-. Según declaró tajantemente el Tribunal Constitucional en esta archiconocida Sentencia 231/1988 -entre cuyos comentarios destacan nuevamente los realizados por IGARTUA ARREGUI, F.: "La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona", *La Ley*, 1990-1, pp. 1066-1080; y PARRA LUCÁN, Mª.Á.: "De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", *ADC*, 1989-I, pp. 209 a 223-, fallecido el titular del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, quedaba excluida la posibilidad de acudir en amparo. En tal sentido, puede leerse en su FD 3º que "*una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad según determina el art. 32 del Código Civil,… lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional*, que está encaminada a garantizar un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre *fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo*".

A la precedente Sentencia se remitió también la STC de 15 noviembre 1991 (RTC 1991, 218) -a efectos de evidenciar, en el seno de un recurso de amparo, que *no cabe causar indefensión procesal a un fallecido*, ya que "*de acuerdo al art. 32 CC, con el fallecimiento de su titular desaparece la personalidad y su consiguiente capacidad de gozar de derechos* (STC 231/1988)"-. Pero, ciñéndonos en particular a las afirmaciones de la STC 231/1988 que se han transcrito y su rechazo a la defensa *post mortem* de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen por vía de amparo, interesa recordar que de dichos

pronunciamientos se han hecho eco expresamente en alguna ocasión, tanto nuestras Audiencias Provinciales (vid. SAP Zamora 13 diciembre 2005 [JUR 2006, 32465]), como la Sala 1ª del Tribunal Supremo: por ejemplo, en el ya citado asunto de "La Chulapona" (STS 21 diciembre 1994 [RJ 1994, 9775]); o en el zanjado por la STS 2 julio 2004 (RJ 2004, 5452) a fin de resolver en el caso, en el marco de un proceso de reclamación de la filiación no matrimonial, que había sido ajustada a Derecho la admisión y práctica de la prueba de ADN sobre los restos exhumados del difunto, pese a la oposición de su viuda; prueba biológica de investigación de la paternidad mediante la que resultó acreditado que el difunto era padre de la actora, que fue declarada heredera abintestato de aquél.

Aquella primera doctrina constitucional fue, sin embargo, ulteriormente matizada por el mismo TC, que en su Sentencia de 11 noviembre 1991 (RTC 1991, 214) –y nuevamente en la STC de 25 noviembre 1996 (RTC 1996, 190)- dejó expedita la vía del recurso de amparo admitiendo su interposición "por cualquier persona que invocara no ya la cualidad de legitimado de acuerdo con la LO 1/1982, sino simplemente un *interés legítimo* para obtener el restablecimiento del derecho de que se tratara, interés que sin dificultad se podía reconocer a las personas legitimadas para la defensa de la memoria del difunto" (vid. HUALDE: "La protección *post mortem*…", cit., p. 101; y ampliamente al respecto, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: "El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto", *RdP*, nº.15, 2005, pp. 74-79; y BODAS DAGA, Mª.E.: *La defensa "post mortem" de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 215-222).

Es más, en esa línea de apertura, y con mayor rotundidad, vienen a pronunciarse, ya en la década de los 2000, las posteriores Sentencias del TC de 23 marzo 2004 (RTC 2004, 43) -sobre la colisión entre el honor de un fallecido y la libertad científica en su dimensión historiográfica (reportaje televisivo sobre un consejo de guerra durante la guerra civil española)- y de 14 abril 2008 (RTC 2008, 51) -esta segunda referente al conflicto entre el honor de un político ya muerto y la libertad de creación literaria (novela sobre la transición a la democracia en España)-. Ambas sentencias -comentadas, entre otros, por DE VERDA: "La protección constitucional del derecho al honor", cit., pp. 54-56; GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 42 y ss.; y ROBLES LATORREA, P.: "Hechos, Opiniones e Historia", *DPyC*, nº.19, 2005, pp. 319 y ss.- dan un giro radical en la consideración de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas y vienen a superar la doctrina que –como un "pesado lastre", en palabras de HUALDE ("La protección *post mortem*", cit., p. 103)- hubiera sentado aquella STC 231/1988, pues en ninguna de ambas sentencias se niega ni cuestiona la legitimación de los hijos y la viuda, respectivamente, para demandar en amparo la protección del honor del padre y marido fallecidos, y en ambas se reconoce la posibilidad de proteger constitucionalmente en amparo la dignidad de las personas fallecidas (art. 10 CE). Y es que –llega a declarar ahora el TC- esa dignidad o

"personalidad en el sentido constitucional del término" no se extingue al fallecimiento de la persona, aunque necesariamente se vaya diluyendo con el paso del tiempo –y en consecuencia "no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas"-, pues "con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados".

Ese importante cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal Constitucional significa, tal como ha señalado HUALDE ("La protección *post mortem*", cit., p. 107), que "las personas señaladas en el art. 4 de la LO 1/82 para el ejercicio de las acciones a la muerte del titular de los derechos, están legitimadas para demandar en amparo la defensa de la personalidad pretérita, en definitiva, de la dignidad subsistente que es un derecho fundamental y del que las personas legitimadas no son titulares"; todo lo cual ha de valorarse, según concluye DELGADO ECHEVARRÍA ("El fundamento", cit., p. 5), como un tránsito "del cuidado de la "personalidad pretérita" a la "prolongación de la personalidad" tras la muerte".

2.3. Si en apretada síntesis hemos dejado constancia de la progresiva evolución en la tutela constitucional de la dignidad de las personas ya difuntas y de cómo la regulación contenida en la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen constituye el instrumento fundamental de tutela civil *post mortem* de los mencionados derechos de la personalidad, nos limitamos ahora únicamente a apuntar que, junto a todo ello, y de forma compatible con aquellas acciones, el art. 1.2 *in fine* de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 marzo, reguladora del Derecho de Rectificación, permite ejercitar la acción oportuna a "los herederos" del perjudicado aludido en la información difundida inexacta que se trate de rectificar, cuando el mismo haya fallecido (vid. ampliamente sobre el tema, por todos LIZARRAGA VIZCARRA, I.: *El derecho de rectificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005; y FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, Madrid, La Ley, 2008; en sentido crítico con el concreto aspecto de que la legitimación se atribuya a "los herederos", vid. HUALDE, "La protección *post mortem*", cit., p. 111, n. 31).

3. Bien distinto al panorama que hasta aquí se ha descrito en torno a la protección de la personalidad pretérita es, en cambio, el que se aprecia en materia de tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de las personas fallecidas.

3.1. No puede obviarse, en esta sede, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 1) y de su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 de 21 diciembre, cuyo art. 2.4 dispone expresamente que "*este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*" -a lo que seguidamente añade el precepto que "no obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, *la cancelación de los datos*"-.

A la vista de dicha normativa, y ante las múltiples consultas sobre el tema planteadas a la Agencia Española de Protección de Datos, ha declarado ésta reiteradamente -por ejemplo, en las Resoluciones de 26 diciembre 2012 (*Tol 3.057.622*), 6 mayo 2013 (*Tol 3.711.320*) y 26 julio 2013 (*Tol 3.896.844*)- que "si el derecho fundamental a la protección de datos ha de ser concebido como un derecho de la personalidad que otorga al individuo un poder de disposición sobre la información que le concierne, en los términos expuestos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre, *el fallecimiento del individuo produce, por aplicación del artículo 32 del Código Civil, la extinción de dicho derecho*, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones que procedan para preservar el honor de la persona fallecida, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982. Por tanto, *las normas de la Ley Orgánica 15/1999 no serían directamente aplicables a los tratamientos de datos de carácter personal referidos exclusivamente a personas fallecidas, de las que, obviamente, no puede predicarse el derecho fundamental a la protección de datos*".

La misma orientación que en las tres Resoluciones mencionadas sigue la Agencia Española de Protección de Datos en muchísimas otras más, entre las que cabe citar, sin ánimo alguno de exhaustividad, las de 8 febrero 2006 (*Tol 870.198*), 8 septiembre 2006 (*Tol 997.392*), dos de 7 noviembre 2006 (*Tol 1.251.514, Tol 1.057.599*), 20 diciembre 2006 (*Tol 1.057.728*), 6 febrero 2007 (*Tol 1.115.032*), 12 junio 2007 (*Tol 1.115.001*), dos de 31 marzo 2007 (*Tol 1.115.171*, *Tol 1.251.440*), 7 abril 2010 (*Tol 2.064.121*), dos de 16 marzo 2011 (*Tol 2.193.907*, *Tol 2.194.337*), 7 noviembre 2011 (*Tol 2.478.928*), 3 septiembre 2012 (*Tol 2.638.581*), 26 mayo 2015 (*Tol 5.216.864*), 19 junio 2015 (*Tol 5.217.819*), 13 julio 2015 (*Tol 5.218.649*) y 11 diciembre 2015 (*Tol 5.615.217*); así como las Resoluciones de 28 abril 2005 (*Tol 868.544*), 1 junio 2005 (*Tol 869.044*), 28 octubre 2005 (*Tol 868.433*), 16 junio 2006 (*Tol 965.898*) y 25 octubre 2006 (*Tol 1.057.080*) -las cuales subrayan especialmente la neta distinción entre el tratamiento de datos de personas fallecidas (excluidos del ámbito de aplicación de la LOPD) y la posibilidad de protección civil *post mortem* del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen con arreglo a la LO 1/1982-.

Abundando en las precedentes ideas, ha puntualizado también la Agencia Española de Protección de Datos -en las Resoluciones de 29 enero 2013 (*Tol 3.058.094*), 20

febrero 2013 (*Tol 3.253.8084*) y 4 marzo 2013 (*Tol 3.253.898*), entre otras- que, si bien "sólo el titular de los datos puede ejercer el derecho de acceso a los mismos, por lo que su fallecimiento imposibilita que un tercero pueda ejercer ese derecho en su nombre", "no obstante, sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo -aclara la Agencia-, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil. En consecuencia,… los herederos podrán tener acceso a los datos del causante en cuanto ello suponga el ejercicio en su nombre de una acción amparada por la Ley Orgánica 1/1982 o en cuanto dicho acceso se produzca en defensa de su derecho hereditario. Sin embargo, tales accesos no podrán ser considerados como manifestaciones del derecho de acceso, consagrado por el artículo 15 de la LOPD" (vid. igualmente RR. 2 noviembre 2012 [*Tol 2.697.283*] y 27 noviembre 2012 [*Tol 2.713.706*]).

3.2. Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, y tras dejar sentado e insistir en que "a partir del fallecimiento se extingue el derecho a la protección de datos de carácter personal del que disponía la persona en vida, no siendo aplicable la LOPD", son varias las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos -entre ellas, las RR. de 8 febrero 2006 (*Tol 870.198*) y dos de 31 marzo 2007 (*Tol 1.115.171, Tol 1.251.440*)- que se han ocupado de precisar que, frente a la exclusión general de los datos de personas fallecidas del ámbito de la LOPD, "existe una excepción legal en cuanto al acceso a la historia clínica, prevista en el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica". Y es que, ciertamente, dicha Ley "sí permite que un tercero pueda ejercer determinados derechos en nombre de un fallecido. Concretamente, el artículo 18.4 de la LAP prevé que terceras personas, cumpliendo determinados requisitos, puedan *acceder a la historia clínica de un fallecido*" (vid. igualmente RR. 13 febrero 2013 [*Tol 3.058.051*] y 22 octubre 2015 [*Tol 5.548.561*]).

En efecto, dispone el mencionado art. 18.4 de la Ley 41/2002 que "los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a *las personas vinculadas a él, por razones*

familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros".

Al amparo de esa norma, la citada Resolución de 8 febrero 2006 (*Tol 870.198*) resolvió que, mientras que "respecto a aquellos datos ajenos a la historia clínica,… el reclamante no puede obtener ese acceso por tratarse de un derecho personalísimo del afectado", sin embargo "el acceso a la historia clínica de un fallecido tiene una habilitación legal, por lo que el reclamante, en su calidad de *hijo del fallecido*, *tiene derecho a obtener los documentos que componen el historial médico*". En los mismos términos se pronunció la Agencia Española de Protección de Datos en su Resolución de 23 diciembre 2015 (*Tol 5.615.473*), que admitió el acceso del *hermano* del paciente fallecido a la historia clínica de éste; en la de 17 septiembre 2012 (*Tol 2.671.749*), que reconoció el derecho de acceso de una *mujer* al historial de su difunta pareja; o en la de 27 octubre 2011 (*Tol 2.295.277*), sobre el acceso de un *hijo* a la historia clínica de su madre fallecida. E igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 noviembre 2013 (RJCA 2014, 32) vino a reconocer a *la hija* legitimación para acceder a los datos médicos de su finada madre, como familiar directo de la misma.

Aunque no es posible ahondar aquí en la exégesis del art. 18.4 de la Ley 41/2002, su redacción suscita dudas interpretativas, de una parte, respecto a la exacta determinación de qué sujetos en concreto están legitimados para obtener la información que recoge la historia clínica del paciente fallecido -extremo sobre el que se ha afirmado que la ley "se abre generosamente", sin restringir el derecho de acceso a los herederos (VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "La historia clínica como fichero de datos personales: responsabilidad por inobservancia de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en su gestión", en *Derecho y salud como realidades interactivas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, Westlaw, BIB 2015\4612)-. Por otro lado, también plantea el contenido de la norma algunos interrogantes sobre las limitaciones y requisitos que en ella se establecen para dicho acceso -problemas y soluciones a los mismos que han abordado con acierto, p.ej., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2007, pp. 594 y ss.; y EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. Á.: *Protección de Datos: Intimidad y Salud*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 163 a 165-. Por su parte, ATELA y GARAY, refiriéndose en particular al último inciso del primer párrafo del precepto en cuestión, consideran que en ese punto la Ley es "excesivamente permisiva", pues aunque "teóricamente puede negarse tal acceso si se dan, simultáneamente, dos condiciones: que el paciente lo hubiera prohibido en vida y que, además, pueda probarse la prohibición", "no se conoce un solo paciente

que haya dicho a su médico que cuando muera no permita a nadie el acceso a su historia" y "pensar, además, en un paciente que haya manifestado lo anterior de forma escrita y fehaciente es pura ficción" (vid. ATELA BILBAO, A./GARAY ISABI, J.: "Ley 41/2002 de Derechos del Paciente. Avances, deficiencias y problemática", en *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, coord. por GONZÁLEZ SALINAS, P./LIZARRAGA BONELLI, E., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 106).

4. Cambiando totalmente de tercio, y aun distanciándonos en alguna medida del ámbito estricto de la tutela de la honra de los difuntos, es común incluir entre las esferas sobre las que se proyecta la llamada protección de la personalidad pretérita la posibilidad de defensa tras la muerte de la persona de ciertos derechos de propiedad intelectual (ESPÍN CÁNOVAS, D.: "El derecho moral del autor y su protección "*post mortem*" en la legislación española", en *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pp. 217-218); si bien no cabe ocultar que, en este terreno, se comienza por suscitar doctrinalmente el espinoso problema de la más que dudosa configuración del derecho moral de autor como un derecho de la personalidad *stricto sensu* (vid. por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Bienes de la personalidad y derecho moral de autor", en *En torno a los derechos morales de los creadores*, coord. por C. ROGEL VIDE, Reus, Madrid, 2003, pp. 95-110; y LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Com. art. 2 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007, p. 30, quienes rechazan tal calificación porque, muy simplificadamente expresada aquí su argumentación, el derecho moral no protege a toda persona, sino solo a la del autor y a través del producto de su creación, pues no hay derecho moral sin obra; vid. la opinión contraria de ROGEL VIDE, C.: "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad", en *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia,* Reus, Madrid, 2008, p. 30; y con matices, la de ENCABO VERA, M. Á.: *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 12, 32).

Sin perjuicio de las discusiones dogmáticas a ese respecto, interesa recordar que los arts. 15 y 16 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril) -preceptos analizados de forma monográfica por CÁMARA ÁGUILA, P.: *El derecho moral del autor (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998, pp. 81-117; y por la misma autora en "Com. arts. 15 y 16 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007, pp. 238 a 256- regulan el ejercicio *post mortem auctoris* de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral de autor: concretamente, de las facultades de *paternidad o reconocimiento de autoría* y de exigencia de respeto a la *integridad de la obra* (art. 14.3º y 4º) –ambas sin límite de tiempo-, así como de la facultad de *divulgación* o posibilidad de decidir sobre la

publicación de inéditos que contempla el art. 14.1º (cfr. STS Sala 1ª 18 diciembre 2013 [RJ 2014, 412]); facultad esta última, ejercitable por un plazo limitado de setenta años desde la muerte del autor, que se halla complementada por la previsión específica que, para el caso de que los derechohabientes del autor decidan la no divulgación de la obra, contiene el art. 40 del TRLPI, precepto a tenor del cual se prevé la intervención de la autoridad judicial cuando tal decisión de no divulgar atente, no contra los intereses del autor (como sería lo lógico, objeta CÁMARA ÁGUILA, P.: "El derecho moral del autor", en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2015, p. 137), sino contra el interés social en acceder a la cultura proclamado por el art. 44 CE, de modo que en este supuesto "el juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o cualquier otra persona que tenga un interés legítimo" (vid. CARAMÉS PUENTES, J.: "Com. art. 40 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007, pp. 662-669; y ampliamente, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, 1993).

La especial legitimación *mortis causa* para ejercitar tales derechos morales es otorgada por el citado art. 15 TRLPI, en primer lugar y como muestra de la preocupación del legislador español por respetar la voluntad y el interés del autor, a la persona (física o jurídica) designada expresamente a tal fin por el fallecido en disposición de última voluntad -no obstante lo cual, observa críticamente CÁMARA ÁGUILA, "El derecho moral del autor", en *Manual*..., cit., p. 137, dicha preocupación inicial de la Ley por la voluntad del autor no va luego acompañada de la previsión de ningún sistema de control de la actuación de aquellos que deben velar por su interés-.

En defecto del referido nombramiento -o cuando habiéndolo, el llamado no lo acepte-, tal legitimación es atribuida por dicho precepto a los *herederos* (testamentarios o abintestato) del autor; opción legal que ha sido criticada doctrinalmente -entre otros, por CÁMARA ÁGUILA: "El derecho moral del autor", en *Manual,* cit., p. 137, quien considera que, en lugar de a los herederos, "hubiera sido preferible que la ley legitimase a determinados *familiares del autor*, como hace el art. 4 de la LO 1/1982, de Protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"- y que plantea no pocas dificultades interpretativas respecto a la determinación de los "herederos" que han de entenderse legitimados: por ejemplo, se discute si la legitimación alcanza tan solo a quienes sean herederos *directos* del autor; limitación por la que se inclina la mayoría de los civilistas especializados en la materia, pero que no parece ser vista con buenos ojos por el TS que, en Sentencia de 20 febrero 1998 (RJ 1998, 971), no puso trabas a la legitimación de los *nietos* del escultor fallecido para reclamar frente a un atentado al derecho de divulgación (vid. los comentarios a esa sentencia de CÁMARA ÁGUILA, P.: "La lesión de los derechos patrimoniales y morales del autor de una obra plástica tras su fallecimiento", *pe.i*

Revista de propiedad intelectual, nº.1, enero-abril 1999, pp. 115-127; y de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Derechos sobre boceto original de escultura. Derecho moral de autor sobre la divulgación: ejercicio del mismo *post mortem auctoris"*, *CCJC*, nº.46, 1998, pp. 415-436).

En última instancia, cuando no existieren los sujetos anteriormente mencionados -ni persona alguna designada *ad hoc* y expresamente en negocio de últimas voluntades del autor, ni herederos de éste- o si se encontraran en paradero desconocido, el ejercicio *post mortem* de las referidas facultades corresponderá -en aras, no ya de la protección del interés del autor, sino del interés social en la conservación y promoción de los valores culturales (arts. 44, 46, 149.1.1ª, 149.2 CE)- al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural (art. 16 TRLPI); restricción de tal legitimación a las "entidades públicas" cuyos inconvenientes y limitaciones a nivel práctico son advertidos por CÁMARA ÁGUILA ("Com. arts. 15 y 16 LPI", en *Comentarios*..., 2007, p. 256), quien lamenta que "el legislador no haya concebido en términos más amplios esa legitimación, dando entrada a instituciones privadas, más dispuestas, seguramente, a intervenir, y más cercanas al autor y su obra".

Una consideración final merece el ejercicio *post mortem* de las facultades morales cuando existe una pluralidad de legitimados; cuestión que justifica un tratamiento diferente según el concreto derecho moral que se trate de ejercer. Como señalan los más reputados especialistas en el tema (CÁMARA ÁGUILA, "El derecho moral del autor", en *Manual*..., cit., p. 138), mientras que para defender la paternidad o la integridad de la obra basta con una legitimación individual, en el ejercicio del derecho de divulgación habrá que estar, en cambio, a lo que acuerde la mayoría -interpretación doctrinal dominante que, sin embargo, contrasta con el criterio jurisprudencial, plasmado en la citada STS 20 febrero 1998 (RJ 1998, 971), de no exigir ningún régimen especial de acuerdos para ejercer el derecho de divulgación tras el fallecimiento del autor.

Al hilo de la regulación legal que sucintamente se acaba de apuntar, no está de más advertir, como corolario del tema, que la doctrina se ha planteado si en los casos previstos por los referidos arts. 15 y 16 TRLPI se trata propiamente de la defensa *post mortem* del mismo derecho moral que corresponde al autor y en interés suyo, o, si en verdad estamos ante un derecho distinto a favor y en interés de las personas legitimadas *ex lege* que indican los citados preceptos. Ante tal disyuntiva, y aunque escapa de los confines de nuestro estudio entrar en tal polémica, algunos de los más autorizados especialistas en la materia -y nuestros tribunales (SAP Tarragona 3 marzo 2003 [JUR 2003, 238234])- se orientan en favor de la primera de ambas tesis y, con unos u otros matices, se decantan por configurar el ejercicio de las acciones previstas en dichos artículos como un mecanismo de protección de los intereses y derechos morales del *propio autor* más allá de su muerte (vid. por todos, BERCOVITZ

RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Com. arts. 15 y 16 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1997, pp. 252 y ss., a quien sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Com. art. 32 CC", en *Comentarios al Código Civil*, II-1º, coord. por J. RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, p. 344; en contra, p.ej. DELGADO PORRAS, A.: "Derecho moral del autor", en *Tratado de Derecho Industrial*, Aranzadi, 2009, Westlaw BIB 2009\3345).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I*, Edisofer, Madrid, 18ª ed., 2009.

ALONSO PÉREZ, M.:

- "Daños causados a la memoria del difunto y su reparación", http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html.

- "La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva", en *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo*, I, coord. por GONZÁLEZ PORRAS, J.M./MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles-Universidad de Murcia, 2004.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.: "Sentencia Google Spain y derecho al olvido", *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, nº.38, oct. 2014.

ANGOITIA GOROSTIAGA, V.:

- "El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos", en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2005.

- *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

ATELA BILBAO, A./GARAY ISABI, J.: "Ley 41/2002 de Derechos del Paciente. Avances, deficiencias y problemática", en *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, coord. por GONZÁLEZ SALINAS, P./LIZARRAGA BONELLI, E., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- "Bienes de la personalidad y derecho moral de autor", en *En torno a los derechos morales de los creadores*, coord. por C. ROGEL VIDE, Reus, Madrid, 2003.

- "Com. arts. 15 y 16 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1997.

- "Derechos sobre boceto original de escultura. Derecho moral de autor sobre la divulgación: ejercicio del mismo *post mortem auctoris"*, *CCJC*, nº.46, 1998.

- "Reproducción asistida *post mortem*", *Aranzadi Civil*, nº.8, 2001.

BODAS DAGA, Mª.E.: *La defensa "post mortem" de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Breves notas sobre la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen", *La Ley*, 1999-1.

CÁMARA ÁGUILA, P.:

- "Com. arts. 15 y 16 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

- *El derecho moral del autor (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998.

- "El derecho moral del autor", en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2015.

- "La lesión de los derechos patrimoniales y morales del autor de una obra plástica tras su fallecimiento", *pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº.1, enero-abril 1999.

CAPILLA RONCERO, F.:

- "Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado", *La Ley*, nº.7675, 18 julio 2011)

- Voz "Persona", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Civitas, 1995.

CARAMÉS PUENTES, J.: "Com. art. 40 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Derecho al honor y libertad de expresión. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia italiana", en DE

VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

CASTILLO JIMÉNEZ, C.: "Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información", en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, vol.1, Universidad de Huelva.

COBAS COBIELLA, Mª.E.:

- "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007.

- "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Algunas notas sobre el tema", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

- "Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión", en *Revista Boliviana del Derecho*, nº.15, enero 2013.

- "Protección *post mortem* del derecho al honor", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, II, Civitas, Madrid, 1984.

DE LAS HERAS VIVES, L.: "La protección civil del honor en el ordenamiento norteamericano", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.:

- "Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº.1, agosto 2014.

- "La protección constitucional del derecho al honor", en DE VERDA, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

- "Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia

del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº.1, agosto 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia", en DE VERDA, J.R. -coord.-, *Derecho al Honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

DEL CARPIO FIESTAS, V.: "Divulgación de antecedentes penales y protección del derecho al honor y a la intimidad", *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.1, 2005.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, nº.7675, julio 2011.

DELGADO PORRAS, A.: "Derecho moral del autor", en *Tratado de Derecho Industrial*, Aranzadi, 2009, Westlaw BIB 2009\3345.

DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 12ª ed., 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2007.

ECHEVARRÍA DE RADA, T.: "Comienzo y fin de la personalidad", en *Tratado de Derecho Civil*, III, Vol.1, dir. por RAMS ALBESA, J., Madrid, Iustel, 2014.

EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. Á.: *Protección de Datos: Intimidad y Salud*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ENCABO VERA, M. Á.: *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: "El derecho moral del autor y su protección "*post mortem*" en la legislación española", en *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1990.

FARRÉ LÓPEZ, P.: *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, Madrid, La Ley, 2008.

FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por DE CABO, A./PISARELLO, G., 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.

GARCÍA DE PABLOS, J.F.: "El derecho al olvido en la red", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº.36, 2014.

GARCÍA PÉREZ, C.: *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

GARCÍA RUBIO, Mª. P.:

- "La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y Derecho*, nº.14, diciembre 2013.

- "Los derechos de la personalidad", en GETE-ALONSO, Mª.C. (dir.)/SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, II, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, Mª.C.: "Persona, personalidad, capacidad", en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, I, dir. por GETE-ALONSO, Mª.C. y coord. por SOLÉ RESINA, J., Cizur Menor, Civitas - Thomson Reuters, 2013.

GONZÁLEZ GOZALO, A.: "Com. art. 32 CC", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2013.

GORDILLO CAÑAS, A.: *Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987.

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.

GUASCH PORTAS, V./SOLER FUENSANTA, J.R.: "El derecho al olvido en internet", *Revista de Derecho UNED*, nº16, 2015.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido*, Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2015.

HUALDE SÁNCHEZ, J.:

- "La personalidad" y "Los derechos de la personalidad", en PUIG Y FERRIOL, L./GETE-ALONSO, Mª.C./GIL RODRÍGUEZ, J./HUALDE, J., *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- "La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido", en *Bienes de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008.

IGARTUA ARREGUI, F.:

- "Derecho a la intimidad: límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral (Comentario a la STS de 28 octubre 1986)", *CCJC*, nº.12, 1986.

- "La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona", *La Ley*, 1990-1.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Com. art. 2 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I-2º, 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 21ª ed., 2015.

LIZARRAGA VIZCARRA, I.: *El derecho de rectificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

LYCZKOWSKA, K.: "Matando al mensajero Google. Tienes derecho a que lo olviden... salvo que ellos tengan derecho a recordarlo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.10, 2014.

MALDONADO RAMOS, I.:

- "Derecho a la Memoria. Derecho al Olvido", *El Notario del siglo XXI*, nº.56, julio-ag. 2014.

- "Sobre el puerto seguro, el derecho al olvido y el derecho a la Historia", *El Notario del siglo XXI*, nº.64, nov.-diciembre 2015.

MARTÍN PÉREZ, J.A.: "Com. arts. 657 y 659 CC", en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO, P./ORDUÑA, J./VALPUESTA, R., II, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.:

- "Com. art. 32 CC", en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA, R., I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

- "Com. art. 32 CC", en *Comentarios al Código Civil*, II-1º, coord. por J. RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000.

- "La persona física: comienzo y fin de la personalidad" y "Los derechos de la personalidad", en *Curso de Derecho Civil I*, coord. por P. DE PABLO, Colex, Madrid, 4ª ed., 2011.

MOLINA GARCÍA, Mª. J.: "Comprensión jurídica del ejercicio de los Derechos Humanos en Internet: afectación a la libertad, privacidad y seguridad de las personas", *Actualidad Civil*, nº.6, junio 2015.

MONTÉS PENADÉS, V.: "La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Vol.2, dir. por CARBONELL MATEU, J.C/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. y coord. por CUERDA ARNAU, Mª.L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea*, Madrid, Reus, 2014.

PALAZÓN GARRIDO, Mª. L.: "La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen: consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999, Caso "Marlene Dietrich"", *Actualidad Civil*, nº.2, 2003.

PANTALEÓN PRIETO, F.:

- "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley*, nº.4033, 10 mayo 1996.

- "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", *Derecho Privado y Constitución*, nº.10, 1996.

PARRA LUCÁN, Mª. Á.:

- "De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", *ADC*, 1989-I.

- "Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", *ADC*, 1987-I.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, 1993.

ROBLES LATORREA, P.: "Hechos, Opiniones e Historia", *DPyC*, nº.19, 2005.

ROCA I TRÍAS, E.: "Com. arts. 32 a 34 CC", en *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Trasplante de órganos y tejidos. Especial mención a la problemática específica del consentimiento informado", *La Ley*, nº.8430, 27 noviembre 2014.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª. E.: "El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto", *RdP*, nº.15, 2005.

ROGEL VIDE, C.:

- *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985.

- "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad", en *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia,* Reus, Madrid, 2008.

ROMEO CASABONA, C.: "Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos", en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO, Comares, Granada, 2005.

ROVIRA SUEIRO, Mª.E.:

- "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por BUSTO LAGO, J.M./REGLERO CAMPOS, F., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2013.

- "Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?", *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.8, 2015, Westlaw BIB 2015/4425.

SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, Civitas, 1987.

SALVADOR CODERCH, P. -director-: *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, Mª.T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M.: "El "derecho al olvido digital". Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015", *Actualidad Civil*, nº.12, dic. 2015.

STROIE, I. R.: "¿Es o no Google Spain responsable del tratamiento de datos personales?", *Publicaciones Jurídicas Centro de Estudios de Consumo*, 21 abril 2016.

URRUELA MORA, A.: "Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar", en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2005.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "La historia clínica como fichero de datos personales: responsabilidad por inobservancia de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en su gestión", en *Derecho y salud como realidades interactivas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, Westlaw, BIB 2015\4612.

VILASAU, M.: "El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº.18, junio 2014.

YSÁS SOLANES, Mª.:

- "Derechos en la esfera moral", en GETE-ALONSO, Mª.C. (dir.)/SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, II, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013.

- "La protección a la memoria del fallecido en la LO 1/1982", en *Libro Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid, 1988.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, F./BUSTO LAGO, J.M., III, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 5ª ed., 2014.

ÍNDICE

VIDA PRIVADA E INFORMÁTICA: UNA BREVE APROXIMACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

PRIVATE LIFE AND INFORMATION TECHNOLOGY: A BRIEF APPROACH TO FRENCH LAW

DR. VÍCTOR BASTANTE GRANELL
Personal investigador (Becario F.P.U.)
Universidad de Almería
vbg415@ual.es

RESUMEN: *En Francia, el "droit au respect de la vie privée" se consagró en el Código Civil como derecho de la personalidad en la década de los setenta. Desde entonces, los jueces, adaptándose a la realidad social de cada tiempo, han efectuado una labor de "modelado jurídico" con el propósito de proteger distintos ámbitos de la esfera íntima de las personas. Sin embargo, la aparición y evolución de la informática supuso — y supone — un fenómeno tecnológico amenazador para la vida privada que propició la necesaria publicación de la "loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés", una extensión legal en protección del derecho mencionado, cuya finalidad y preceptos son objeto de un breve análisis en el presente trabajo.*

PALABRAS CLAVE: *Derechos de la personalidad; derecho al respeto de la vida privada; informática; datos personales.*

ABSTRACT: *In France, the "droit au respect de la vie privée" or the right to privacy, was established in the Civil Code during the seventies as the right to legal personality. Since then, judges have tailored their work to the current social reality practicing "legal model adaptation" in order to protect the different areas within the privacy of the individual. However, the birth of information technology and its evolution has represented a threatening technological phenomenon for privacy, which gave origin to a need for the "loi nº 78-1 du 6 janvier 1978 relative à l´informatique aux fichiers et aux libertés" a legal extension of the above mentioned Act, the aims and principles of which are the object of a brief analysis in this article.*

KEY WORDS: *The right to legal personality; right to respect of privacy; information technology (I.T.); personal data.*

FECHA DE ENTREGA: *30/05/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

SUMARIO: 1. El "droit à la vie privée": origen y reconocimiento legal.- 2. Concepto y contenido.- 3. Su protección judicial. El ejercicio de la acción civil.- 4. Vida privada e informática: La "loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés".- 5. Conclusiones.

1. El "droit au respect de la vie privée" es el más conocido representante de los derechos de la personalidad en Francia. La noción de vida privada aparece a finales del siglo XVIII junto a conceptos ligados a la vida doméstica como referencia a la intimidad en el seno familiar. Sin embargo, se tuvo que esperar a 1868 para que el legislador utilizara por primera vez las palabras "vie privée" con el objeto de sancionar la publicación de un "écrit périodique" que informara de un hecho de la esfera personal (art. 11 de la "Loi du 11 mai 1868 sur la presse"). Dicha norma fue sustituida por la "Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse", cuyo articulado alude actualmente a la vida privada como un límite en materia de difamación (arts. 31 y 35).

Ahora bien, la aparición como derecho subjetivo fue posible gracias a la actividad judicial. Los perjuicios morales derivados de un atentado frente a la vida privada se reclamaban por la vía de la responsabilidad civil recogida en el art. 1382 del Código Civil francés (RENAULT-BRAHINSKY, C.: *Droit des personnes et de la famille*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, Lextenso, 2015, p. 69). Tal posibilidad fue amparada por la Corte de Casación (véase Cass., civ, 12 julliet 1966, D. 1967, 181, note P Mimin). Sin embargo, los jueces, a pesar de tomar como base el art. 12 de la Declaración universal de derechos del hombre, comenzaron a concretizar un verdadero derecho al respeto de la vida privada. Tal es así, que posteriormente se demandó una intervención legislativa para su regulación. La concretización del tal derecho se observa en unas palabras emitidas por la Corte de apelación de Paris en 1966:

"que chaque individu a droit au secret de sa vie privée et est fondé à en obtenir la protection; […] que la personne privée a seule le droit de fixer les limites ce qui peut être publié ou non sur sa vie intime, en même temps que les circonstances et les conditions dans lesquelles ces publications peuvent intervenir" (Cour d'appel de Paris, 17 mars 1966, D. 1966. 749).

Durante el siglo XIX el progreso tecnológico, representado por la aparición de las cámaras o las grabadoras de voz, así como el desarrollo de la prensa sensacionalista, supuso un crecimiento de injerencias en la intimidad y vida privada de la persona. De hecho, destacan diversos casos de personajes famosos o públicos que se vieron afectados por una libertad de prensa sin cortapisas (BRIGITTE BARDOT, GÉRARD

PHILIPE, etc.). Tal situación hizo que la doctrina hiciera una llamada de atención al legislador a fin de asegurar el debido equilibrio entre la intimidad y la libertad de prensa. Como respuesta, a través del art. 22 de la "Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens" se consagró legalmente "le droit au respect de la vie privée" en el art. 9 del Código Civil, cuya redacción actual es la siguiente:

"Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé".

Desde entonces, según palabras de la Corte de Casación:

"Toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée" (Cass. civ. 1re, 23 oct. 1990, nº 89-13.163, Bull. civ. I, no 222; Cass. civ. 1, 27 février 2007, n° de pourvoi: 06-10393).

Dicha ley también supuso la introducción de diversos preceptos en el Código Penal (arts. 226-1 y ss.), titulado "de l'atteinte à la vie privée" con el objeto de sancionar atentados graves a la vida privada. Sin embargo, como puede observarse en el texto civil, el legislador decidió no ofrecer una definición de tal derecho subjetivo.

2. El art. 9 del Código Civil parecía enunciar una formulación simbólica del derecho a la vida privada. Estábamos ante una noción legal de contenido indeterminado. Con el paso de los años, dicho precepto se convirtió en el precepto matriz de los derechos de la personalidad (derecho a la imagen, etc.), aunque finalmente estos se fueran individualizando, cobrando vida propia por separado. Se enunció una regla imprecisa, de carácter general, que ha sido perfilada por una jurisprudencia fluctuante, cuyo contenido ha ido modulándose atendiendo a la realidad social. Sin embargo, la jurisprudencia no ha dado una definición concreta de tal derecho subjetivo. Aun así, la labor doctrinal y judicial nos permite efectuar una delimitación, más o menos completa, de la vida privada.

Para KAYSER, el derecho al respeto de la vida privada es "le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend, avec le minimum d'ingérences extérieures" (KAYSER, P.: *La protection de la vie privée par le droit*, Economica, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1995, p. 329). Sin embargo, la amplitud de su contenido ha provocado que la mayor parte de la doctrina sea proclive a efectuar una delimitación atendiendo a los fallos judiciales dictados sobre

la materia, es decir, con base al contenido de la "vie privée" (*Vid.* BRUGUIERE, J.-M.; BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité*, Ellipses, Paris, 2015, p. 138; LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2009 (actualisation: janvier 2016), nº 62 y ss.; DOUCHY-OUDOT, M.: *Droit civil 1re année: introduction, personnes, famille*, Paris: Dalloz, 2015, p. 215). En este sentido, dice MARTIN: "Il paraît impossible, d'un mot, d'une formule, de dire à l'avance où finit la vie privée, où commence la vie publique. Il semble bien que cette question sera toujours dans la dépendance de l'appréciation souveraine des tribunaux" (MARTIN, L. : "Le secret de la vie privée", *RTD civ*., 1959, p. 230).

Efectuando una conceptualización *in abstracto*, la vida privada podría delimitarse negativamente por oposición a la vida pública. No obstante, resultaba bastante difícil precisar dicha frontera, pues hay eventos en la vida pública que no están excluidos de la vida privada. Algunos autores, la describen como una esfera de protección, un perímetro que confiere al individuo la posibilidad de protegerse de toda intromisión en su vida intima y personal, llegando a hablar de un "droit à la tranquilité" (BEIGNIER, B.: "Le droit de la personnalité", Coll. "Que sais-je?", PUF, 1992, pp. 45 a 61). GUTMANN, por su parte, ha propuesto definirla como un conjunto de informaciones de carácter personal, existiendo una especie de presunción de restricción a su acceso y difusión (GUTMANN, D.: *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 226 y ss.). Sin embargo, tales definiciones resultan insuficientes, y como dijimos anteriormente, "la compréhension de la notion de vie privée impose donc une immersion dans la jurisprudence afin d'en découvrir toutes les facettes" (BRUGUIERE, J.-M.; BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité,* cit., p. 142). Actualmente, el respeto a la vida privada se extiende a diferentes situaciones y materias. En concreto, los jueces han delimitado los contornos de esta noción considerando como atentados a la vida privada todas las informaciones que supongan una intrusión en la intimidad de la persona, pudiendo destacar, a modo de ejemplo, las siguientes:

- La vida sentimental y sexual: los jueces consideran que "la vie sentimentale d'une personne présente un caractère strictement privé" (TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977. 364, 2e esp., note R. Lindon). Por esta razón, suponen atentados contra la vida privada la revelación de un matrimonio o pareja de hecho; la divulgación de disputas conyugales, de una ruptura o divorcio; los rumores o detalles relacionados con situaciones íntimas; revelar una amistad amorosa; divulgar detalles sobre un matrimonio religioso; etc. (*Vid.* TGI Paris, 3 juill. 1971, D. 1972. Somm. 47; Civ. 2e, 7 janv. 1976, Bull. civ. II, nº 3; TGI Paris, 9 févr. 2005, Légipresse 2005, I, p. 54; Cass. Civ. 1re, 6 oct. 1998, nº 96-13.600, D. 1999. Somm. 376, obs. J.-J. Lemouland, RTD civ. 1999. 62, obs. J. Hauser; sur le PACS et la vie privée, V. Cons. const. 9 nov. 1999, JO 16 nov.; Paris, 3 octobre 1986, D. 1987, somm. P. 137, obs. R. Lindon et D. Amson; etc.). Igualmente, la sexualidad entra dentro de la vida íntima, sancionándose, a modo de ejemplificación, la revelación de la homosexualidad de

una persona o, bien, la realización de prácticas sadomasoquistas (*Vid.* Paris, 21 oct. 2004, CCE 2005. Comm. 48; TGI Paris, 29 avr. 2008, Légipresse 2008, I, p. 139; etc.).

- El estado de salud: las cuestiones concernientes a la salud de una persona también yacen en su esfera privada, no pudiendo revelarse un accidente, una enfermedad, la presencia de un problema de salud mental o una intervención quirúrgica, salvo excepciones (*Vid.* TGI Paris, 5 mars 2007, Légipresse 2007, I, p. 162; TGI Nanterre, 4 avr. 2005, Légipresse 2005, I, p.145; Paris, 5 déc. 1997, D. 1998. IR 32; TGI Paris, 20 juin 1973, D. 1974. 766, note R. Lindon; Paris, 24 sept. 1990, Juris-Data, nº 023624).

- La vida familiar: las intrusiones en la vida de carácter familiar, como la divulgación de informaciones tales como el correo, el domicilio (su violación física), referencias de la seguridad social, el número de la cuenta bancaria, los lugares de vacaciones, la maternidad o paternidad (el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio, etc.), también son sancionadas bajo la esfera del "droit à la vie privée" (Cass. Civ. 2e, 5 janv. 1983, Bull. civ. II, nº 4; Civ. 1re, 23 avr. 2003, nº 01-01.851, Bull. civ. I, nº 98, D. 2003. 1854, note Ch Bigot, 2e esp., et Somm. 1539, obs. A. Lepage; TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977. 364, 3e esp., note R. Lindon; Civ. 1re, 6 nov. 1990, D. 1991. 353, obs. J. Prévault; Paris, 4 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Somm. 201; TGI Paris, 22 févr. 1995, Juris-Data, nº 1995-04.0693; etc.).

- Situación patrimonial: revelar la situación económica de una persona puede constituir un atentado contra su vida privada, siempre que no se trate de una persona notoria o pública y tales informaciones no sean de interés legítimo para la sociedad. Por ejemplo, el salario de una persona (sobre esta cuestión véase Cass. Civ. 1re, 15 mai 2007, nº 06-18.448, Bull. civ. I, nº 191, D. 2007; CEDH 21 janv. 1999, nº 2918395, Calvet, D. 1999. Somm. 272, obs. N. Fricero, JCP 1999. II. 10120, note E. Derieux, et 1999. I. 149, obs. B. Teyssié, RTD civ. 1999. 909, obs. J.-P. Marguénaud; etc.).

- Convicciones políticas o religiosas: Las convicciones personales, filosóficas, sindicales, religiosas o políticas parecen constituir otro aspecto de la vida privada de la persona. No obstante, existe una jurisprudencia vacilante, que no se caracteriza por su claridad (*Vid.* BRUGUIERE, J.-M.; BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité,* cit., p. 142; LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, cit., nº 79). Aun así, se ha considerado una injerencia la divulgación de opiniones políticas o de la adhesión a un sindicato (Paris, 20 sept. 2001, D. 2002, Somm. 2300, obs. A. Lepage; Cass. Soc. 8 julliet 2009, Bull. Civ. V, nº 180; D. 2009, 2393, note G. Loiseau).

- Otros: Además de los supuestos anteriores, se vulnera el respeto de la vida privada en otras circunstancias: 1) al informar sobre el cambio de sexo de un transexual

(Cass., ass. plén., 11 déc. 1992, 2 arrêts, JCP 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau); con la divulgación de aficiones (Paris, 24 mars 1965, JCP 1965. II. 14305, D. 1965. Somm. 122; Paris, 19 sept. 1995, D. 1995. IR 238); el desnudo también constituye un aspecto de la vida privada (Grenoble, 30 oct. 2000, Juris-Data, nº 146355; Civ. 1re, 5 déc. 2006, nº 06-13.350, Bull. civ. I, nº 534, JCP 2007. II. 10064, note M. Brusorio); la revelación de un cambio de nombre (Cass. Civ. 1re, 7 mai 2008, nº 07-12.126, Bull. Civ. I nº 26) o de elementos del estado civil, como la fecha y lugar de nacimiento (Paris, 4 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Somm. 201).

Dado su contenido, algunos autores consideran que la vida privada puede reagruparse en tres grandes dominios: el dominio de lo íntimo, el dominio del pensamiento y el dominio de la identidad civil (BRUGUIÈRE, J.-M.; BÈRENGÈRE, G.: *Droits de la personnalité,* cit., pp. 142 y ss.). Ahora bien, sea cual sea su contenido, el reconocimiento legal de este derecho de la personalidad confiere a su titular la posibilidad de proteger su intimidad frente la curiosidad de terceros. Por esta razón, según LEPAGE, el derecho al respeto de la vida privada se descompone, por una parte, en "un droit de consentir ou s'opposer aux révélations"; y, por otra, en "un droit de consentir ou s'opposer aux immixtions" [LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, cit., núm. 101 y ss.]. La protección se extiende tanto a las intromisiones como a las revelaciones de aspectos de la vida privada, pues como señala la autora "les immixtions, en effet, sont souvent le prélude à des révélations, du moins est-ce typiquement le cas dans les conflits de presse : l'obtention de l'information est le préalable à sa diffusion" [LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, cit., núm. 106]. No obstante, el consentimiento de la persona interesada en la divulgación de su privacidad excluye su vulneración (RENAULT-BRAHINSKY, C.: *Droit des personnes et de la famille*, cit., 2015, p. 70).

3. El legislador francés ha diseñado dos tipos de acciones que permiten sancionar las vulneraciones de la vida privada: una acción penal (arts. 226-1 et 226-2 del Código Penal) y una acción civil. No obstante, nosotros vamos a centrarnos en la acción ante la jurisdicción civil. Según el art. 9 del Código Civil "les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé". En virtud de dicho precepto podemos distinguir, por una parte, medidas que tienden a impedir o hacer cesar una vulneración de la vida privada; y, por otra, medidas destinadas a la reparación del perjuicio causado [v*id.* LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, cit., núm. 235; BRUGUIERE, J.-M.; BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité,* cit., pp. 324 y ss.}. La acción civil tendente a obtener estos resultados debe presentarse ante el "tribunal de grande instance", conocidos como "juges de fond"; o, en su caso, ante los denominados "juges de référés", jueces que actúan en caso de

urgencia (generalmente los encargados de aprobar la ejecución de medidas provisionales, etc.).

Diversas son las medidas que el juez tiene a su disposición para impedir o hacer cesar, de ser urgente, un atentado de la vida privada. Para empezar, se encuentran el "saisie" y el "séquestre" (el embargo y la incautación de bienes), siendo la primera una medida de uso poco común (retención de ejemplares, etc.). El juez también tiene a su disposición "mesures d'interdictions", ya sean provisionales o definitivas, tales como la prohibición de venta de disquetes, de la proyección de una película o de un determinado escrito u obra (Cass. Civ. 1re, 16 juillet 1998, D. 1999, p. 541, note J-C. Saint-Pau; Cass. Civ. 1re, 16 octobre 1984, Bull. Civ. I, nº 268; etc.). También se puede ordenar la supresión de ciertos pasajes de una publicación, prescribir la inserción o difusión de un comunicado judicial (Civ. 1re, 16 oct. 1984, Bull. civ. I, nº 268; TGI Nanterre, 5 oct. 2006, Légipresse 2006, I, p. 180; TGI Paris, 28 janv. 2008, Légipresse 2008, I, p. 34; etc.). Igualmente es común ordenar la modificación, supresión o ocultación de ciertos elementos, como imágenes, pasajes de un libro o de elementos de internet; o, de ser necesario, la introducción de ciertos elementos o comunicados, por ejemplo, ciertos comentarios o textos en un documental, etc. (TGI Paris, 4 avr. 1970, D. 1971. Somm. 7, JCP 1970. II. 16328, note R. Lindon; TGI Paris, 28 févr. 1973, JCP 1973. II. 17401, note R. Lindon; TGI Nice, 28 mars 2002, CCE 2002. Comm. 137, ob. A. Lepage; TGI Nanterre, 9 mars 2005, CCE 2005. Comm. 161, obs. A. Lepage; etc.). Incluso, es posible decretar la visión previa de ciertas imágenes, películas o libros (TGI Aix-en Provence, 10 janvier 2006, Légipresse 2006, I, 52). Hay que señalar que el texto deja al juez el derecho a elegir la medida que estime más adaptada a la situación del hecho sometido a cuestión, bajo criterios de necesidad y proporcionalidad, sin estar ligado estrictamente a las medidas demandadas por la parte afectada.

A continuación se encuentran las medidas propias a reparar el perjuicio causado. Se trata de una acción clásica que permite reparar el daño provocado por ese atentado ilícito contra la vida privada. Esta acción, en contraposición a la acción de responsabilidad civil (art. 1382 Código Civil), dispensa a la víctima de la prueba de culpa y de perjuicios particulares. De forma constante, dice la Corte de Casación: "toute utilisation illicite d'un élément de la vie privée suffit en effet à ouvrir droit à réparation" (Cass. civ. 1, 12/12/2000, Dalloz 2001, som. com. page 1987, obs. C. Caron; Cass. Civ. 2e, 18 mars 2004, 2 arrêts, nº 02-12.743 et 02-13.529, Bull. civ. II, nº 135 et 137; etc.). El art. 1382 del Código Civil obligaba anteriormente a probar la culpa, el daño y el lazo de causalidad. Sin embargo, la ruptura marcada por su art. 9 dispensa a la víctima de dicha carga probatoria, la cual solo debe probar el atentado realizado frente a su vida privada [*vid.* LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, cit., núm. 251; DOUCHY-OUDOT, M.: *Droit civil 1re année: introduction, personnes, famille*, cit, p.

217). Aun así, el art. 1382 se aplica en determinados casos (Civ. 1re, 30 oct. 2007, CCE 2008. Comm. 27, obs. A. Lepage].

De constatarse dicho atentado se concede un derecho a la "réparation" o indemnización, pero corresponde a la víctima justificar los daños y perjuicios causados (TGI Paris, 8 janv. 2003, Légipresse 2003, I, p. 67). Se puede demandar la indemnización de perjuicios morales (el acto ilícito ha podido afectar a su intimidad, pudor, tranquilidad, vida sentimental, etc.), en cuyo caso se utilizan criterios objetivos y subjetivos que quedan bajo la discrecionalidad del juez (sensibilidad de las informaciones, la amplitud de la difusión, etc.), no existiendo un método predeterminado de evaluación; e, incluso, perjuicios de carácter patrimonial, frecuentes cuando se vulnera el derecho a la imagen y se trata de personas que gozan de notoriedad pública (*vid.* BRUGUIERE, J.-M.; BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité,* cit., pp. 330 y ss.). Por último, se encuentra la "réparation en nature" que se efectúa con la publicación de un comunicado judicial, una forma de actuar frecuente generalmente en el ámbito de la prensa (Civ. 1re, 30 mai 2000, nº 98-20.633, Bull. civ. I, nº 166, D. 2001. 1571, note J. Ravanas, CCE 2000. Comm. 96, obs. A. Lepage).

4. La vida privada se protege igualmente fuera del art. 9 del Código Civil francés, que sirve como precepto matriz. En concreto, este derecho de la personalidad es objeto de protección — directa o indirectamente — en otras normas, como en el Código Penal (arts. 226-1 y ss.) e, incluso, en el Derecho Administrativo (La "loi no 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives publiques"; la "loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité", etc.). Sin embargo, uno de los fenómenos que supone un cambio constante de los problemas derivados de la noción de "vie privée" ha sido la aparición de la informática en nuestra sociedad. El espectacular crecimiento de la tecnología supuso — y supone — una amenaza frente a la vida privada. Los múltiples usos de internet (como herramienta de navegación, plataforma de comercio electrónico, sitio de comunicación interactiva, etc.) han provocado que muchos datos personales concernientes a la esfera privada del individuo puedan ser objeto de intercambio o transmisión. Tal situación genera riesgos y amenazas en la protección de la vida privada, ya sean utilizados por entes públicos o, bien, por sujetos privados (ficheros públicos, ficheros privados con fines de marketing y comercio). Estamos, como afirma Gentot, ante una auténtica "marchandisation des données personnelles", teniendo, incluso, valor de mercado [GENTOT, M.: "La protection des données personnelles à la croisée des chemins", en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. III, 2000-2002, p. 27]. PIOLLE evidencia, de la siguiente forma, los peligros de internet

en la vida privada de los individuos pero, igualmente, en las empresas cuya reputación puede verse afectada:

"Une "brèche de vie privée" est un risque juridique et opérationnel réel pour une organisation, que cette organisation soit une entreprise, une association, une administration... Elle prend généralement sa source dans une défaillance de la confidentialité d'informations personnelles et peut prendre la forme d'une divulgation incontrôlée, d'une usurpation d'identité, d'une intrusion ou ingérence indésirable dans la sphère privée, ou de diverses formes de discrimination et de harcèlement. Si des personnes subissent de telles atteintes par le fait d'une organisation, les conséquences pour elles peuvent être bénignes mais également catastrophiques, allant d'un impact plus ou moins grave sur leurs relations sociales, à des pertes financières, ou même à des risques de poursuites pénales. Les conséquences pour l'organisation en question peuvent affecter sa réputation ou son positionnement sur le marché. De plus, sa responsabilité juridique peut être retenue au civil comme au pénal" (PIOLLE, G.: "Protection des données personnelles dans le système d'information", *Techniques de l'Ingenieur*, 2015).

Sin embargo, y a pesar de estos riesgos, la circulación de datos personales sobre internet resulta inevitable y, a su vez, necesaria. Por esta razón, ante los nuevos peligros de tal contexto tecnológico, el legislador francés publicó la "loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés". Dicha norma fue modificada por la "loi nº 2004-801 du 6 août 2004" con la finalidad de transponer la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Debe señalarse que en un futuro dicha norma puede verse afectada o, en su caso, derogada, pues en 2012 se formuló una propuesta de reglamento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, siendo posible que entre en vigor durante el año 2016. Igualmente, existe un proyecto de ley cuya finalidad es reforzar la protección de datos personales sobre internet, todavía en fase de tramitación (Proposición de ley "visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique", registrada el 6 de noviembre de 2009). Mientras tanto, la "Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)", autoridad administrativa francesa, seguirá llevando a cabo las tareas de información, vigilancia y control en materia de protección de datos personales con base a las disposiciones de la ley relativa a la informática y a las libertades.

Dicha ley es aplicable cuando existe un tratamiento automatizado o manual, es decir, un fichero informático o en papel que contenga informaciones personales concernientes a personas físicas. Se considera que existe tratamiento de datos en diferentes casos, como pueden ser "la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la

conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction" (art. 2). Se excluye, eso sí, el tratamiento de datos de carácter personal (agendas electrónicas, sitios de internet familiares de acceso restringido, etc.). Estas labores las realizan grandes servicios de internet, como motores de búsqueda, medios sociales (redes sociales, blogs, etc.), sitios web de entretenimiento (juegos, películas, vídeos, etc.), el comercio electrónico, medios de comunicación (e-mails, mensajería instantánea, etc.) o sitios de información (noticias, meteorología, etc.).

Por dato personal se entiende "toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres" (art. 2). A modo de ejemplo, serían datos de carácter personal el nombre, el número de teléfono, fotografías, el ADN, lugar de residencia, profesión, el sexo, la edad, elementos biométricos como la huella digital, etc. Puede tratarse, en efecto, de informaciones que no están asociadas al nombre de la persona, pero que pueden permitir identificarlo o conocer sus hábitos o gustos (sobre este asunto, véase MALLET-POUJOL, N.: "Protection de la vie privée et des donnés personnelles", *LEGAMEDIA* février 2004, Université de Montpellier I UMR-5815, pp. 33-58). Con gran facilidad, este tipo de datos pueden ser expuestos a terceros al realizar operaciones en internet:

"toute opération sur Internet laisse des traces informatiques qui permettent, si elles sont exploitées, de constituer des banques de données très riches en données personnelles de toutes sortes. Certes cette information permet de mieux servir les clients, mais elles peuvent aussi être cédées sur des marchés de l'information et donc circuler entre divers exploitants. Le consommateur fournit lui-même ces informations en remplissant des questionnaires […] qui incluent des questions sur le lieu de naissance, le sexe, le statut marital, l'âge, la composition de la famille, la profession, le cursus universitaire, les loisirs, la santé, les lectures et sports préférés... Le coût de ces informations est dérisoire, et elles peuvent être croisées d'autres informations personnelles figurant sur d'autres banques de données, d'origines publique et privée. À défaut de restrictions imposées aux collecteurs de données, il n'y aurait plus de vie privée pour les internautes; les données " personnelles" seraient simplement publiques. Pour Philippe Lemoine, les techniques informatiques ne menacent pas seulement la vie privée mais la liberté de choix des consommateurs, par les publicités fortement ciblées, et l'interaction firme/client qu'elles permettent..." [CADOUX, L.; TABATONI, P. : "Les défis d'Internet à la protection de la vie privée institutions, marchés et techniques en Europe et aux États-Unis" en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses

Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. I, 2000-2002, p. 17].

Como se observa, el objeto de la ley es proteger informaciones que pueden circular por internet y que pertenecen a la esfera personal del individuo. Y es que, como afirma la norma, "l'informatique doit être au service de chaque citoyen" y "elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques" (art.1) [*vid.* TERRE, F.: "La vie privée" en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. III, 2000-2002, pp. 150 y ss.]. Por este motivo, se establecen una serie de disposiciones especiales sobre datos personales en cuyas líneas se prohíbe, entre otros aspectos, recolectar o tratar datos personales que hagan aparecer, directa o indirectamente, los orígenes raciales o étnicos, las opiniones públicas, filosóficas o religiosas, la pertenencia a sindicatos, o datos relativos a la salud o a la vida sexual (art. 8). Por su afectación a la intimidad, se les denomina "données sensibles". No obstante, no estarán sometidos a esta prohibición si la persona afectada otorga su consentimiento. Otros datos se consideran "données à risque", pues requieren un tratamiento bajo ciertas formalidades, como los datos genéticos, relativos a infracciones penales o condenas, que comporten apreciaciones sobre dificultades sociales de personas, etc. La revelación, comunicación y, asimismo, los "trazos informáticos", como pueden ser los motores de búsqueda, pueden poner en riesgo nuestra vida privada. El uso de internet por los usuarios permite conocer su modo de vida, su personalidad, sus comportamientos, etc. Algo que permite o favorece la "intrusión numérique" o la reutilización de esos datos de forma inapropiada. Hoy en día, asistimos a un aumento exponencial de datos masivos, de forma directa (subida de fotos, videos, datos, etc.) e indirecta (GPS). Esta situación es expuesta por la doctrina francesa, manifestando la grave repercusión que pueden tener en la vida privada:

"Le développement des techniques favorise ainsi deux atteintes au droit au respect de la vie privée. En premier lieu, il rend possible la connaissance de la vie privée des personnes, le plus souvent à leur insu. Chaque fait et geste d'une personne utilisant les techniques modernes de communication peut en effet être catalogué, celles-ci étant systématiquement répertoriées par les opérateurs de communication. Dans le but d'établir une facturation, ces opérateurs enregistrent en effet une multitude d'informations relatives aux connexions aux réseaux téléphoniques ou informatiques, telles que la localisation de l'individu, son correspondant, la date et l'heure de la communication, etc. Leurs clients l'ignorent le plus souvent, et n'ont aucune connaissance de l'utilisation qui est faite de ces données une fois que la facturation a été établie. L'utilisation abusive des données collectées est en effet la seconde atteinte subie par les personnes. Le développement du marketing direct, qui

repose sur un "ciblage" des individus, s'effectue trop souvent au détriment des droits des personnes. Dans le but d'être en contact avec des clients qu'elles jugent idéaux, trop d'entreprises décident de les sélectionner en fonction de ce qu'elles peuvent connaître de leur vie privée. Certaines personnes sont exclues, alors que d'autres sont au contraire harcelées par la publicité" [*vid.* MAITROT DE LA MOTTE, A.: "Le droit au respect de la vie privée" en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. III, 2000-2002, p. 258].

Por estas razones, se ha elaborado un "véritable droit de la personne fichée" (TOIS, E: "Internet et libertés, quelques repères", *Rapport annuel 2001, Cour de Cassation*). La ley reconoce distintos derechos a la persona física cuyos datos personales han sido, o están siendo, objeto de tratamiento: un derecho de información (art. 32); un derecho de oposición (art. 38); un derecho de acceso (art. 39) y un derecho de rectificación (art. 40). En virtud del primero, toda persona tiene derecho a conocer si los datos que le conciernen son objeto de tratamiento y a obtener informaciones del responsable del tratamiento (objeto, destinatarios de los datos personales, etc.). El segundo otorga el derecho a obtener una comunicación de datos registrados (también de su finalidad, de su transferencia a países no miembros de la Unión europea, etc.) que le afecten, de forma accesible, pudiendo solicitar una copia. El derecho de oposición permite que una persona pueda oponerse, por motivos legítimos, a que sus datos personales sean utilizados, en particular, para fines comerciales. Ello implica poder rechazar su inclusión en ficheros o prohibir que sus informaciones sean comunicadas a terceros. Puede ejercerse, entonces, tanto en el momento de producirse la colecta de información o más adelante, dirigiéndose al "responsable du fichier", sin que ello le deba ocasionar ningún gasto. Por último, mediante el derecho de rectificación todo individuo puede exigir que sus datos personales sean rectificados, completados, actualizados, bloqueados o borrados cuando sean inexactos, incompletos, equívocos o cuya utilización, comunicación o tratamiento esté prohibido. (*vid.* MAITROT DE LA MOTTE, A.: "Le droit au respect de la vie privée", cit., pp. 272 y ss.).

Tales derechos se derivan de uno de los principios claves en materia de protección de datos personales, el "principe du respect du droit des personnes", debiendo destacar asimismo el "principe de durée limitée de conservation des données", que genera un "droit à l'oubli" (sobre este derecho, véase BRUGUIERE, J.-M.; BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité,* cit., pp. 119 y ss.). Sin embargo, existe un proyecto de ley, ya mencionado, que pretende concretizar dicho derecho e introducir ciertos cambios, como la introducción legal de una "obligation de déréférencement" para motores de búsqueda como "Google", en virtud de la cual deberán borrar automáticamente cualquier dato que haya sido borrado de un sitio web o fichero de internet.

Para hacer valer estos derechos se puede formular una reclamación directa frente a la Administración, empresa, asociación o profesional responsable del tratamiento de sus datos personales. Lo normal es que se efectúe por correo o de forma electrónica, aportando copia del carnet de identidad. De no ser atendida la petición, se puede acudir a la CNIL que vela por la protección de los datos personales. De ser así, se recomienda efectuar la reclamación por escrito, detallando adecuadamente el problema existente. Si las disposiciones legales no se cumplieran por los responsables de ficheros, se pueden imponer sanciones administrativas por la CNIL como avisos, ordenes de cesar el tratamiento de datos, cierre de datos personales o sanciones pecuniarias de naturaleza administrativa que pueden alcanzar los 150.000 o 300.000 euros, según exista o no reincidencia (art. 45). Las infracciones más graves se encuentran también tipificadas en el Código Penal (art. 226-16 à 226-24), la mayoría concernientes a la vulneración del derecho al respeto de la vida privada. Si la persona no se siente satisfecha con la solución de la CNIL, siempre podrá acudir a los tribunales, pudiendo reclamar daños y perjuicios en caso de violación del derecho a la vida privada, a través del art. 9 Código Civil.

Por su interés, debe resaltarse que la Corte de Casación se ha pronunciado sobre diferentes cuestiones — algunas de ellas controvertidas — relativas a la protección de datos personales (Cass. Civ., chambre civile 1, 10 septembre 2014, nº de pourvoi: 13-12464; Cass. Civ. chambre civile 1, 4 mai 2012, nºº de pourvoi: 10-27208; Cass. Civ. chambre sociale, 14 janvier 2014, n° de pourvoi: 12-16218; Cass. Civ. chambre civile 1, 19 novembre 2014, n° de pourvoi: 13-25156; etc.).

5. En síntesis, Francia, al igual que el resto de países, debe afrontar a nivel legal los diversos problemas que genera la informática en la vida privada de las personas físicas. Además, debe propulsar una mayor conciencia y educación social, por un lado, de los peligros derivados del uso de internet, cualquiera que sea su forma (redes sociales, motores de búsqueda, etc.); y, por otro, de los derechos disponibles a favor de las personas físicas para la protección de su vida privada ante las cambiantes y evolutivas amenazas informáticas (como puede ser la geolocalización derivada de las aplicaciones instaladas en los teléfonos móviles, sistema que permite a las empresas colectar datos sobre nuestros gustos, compras, búsquedas de internet, etc.). Los datos personales de los individuos circulan, ya sea bajo remuneración o de forma involuntaria, por una red de internet de contenido ilimitado. Estamos ante una etapa en la que prima el marketing del comportamiento de los usuarios y el "e-commerce", donde cualquier trazo informático permite exponer al mundo nuestra información de carácter personal. A pesar de estos riesgos, el respeto a la vida privada no debe nunca constituir un freno al desarrollo informático. Al contrario, se deben conciliar derechos e intereses que pueden parecer contradictorios, siendo posible que sean compatibles (*vid.* DERIEUX, E.: "Vie privée et données

personnelles – Droit à la protection et "droit à l'oubli "face à la liberté d'expression", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, n° 48, pp. 21-33). Sin embargo, para ello será necesaria una continua adaptación del Derecho a los avances tecnológicos, en protección de la esfera personal del individuo. De hecho, puede decirse que actualmente la Ley "Informatique et Libertés" no se encuentra plenamente acomodada a los nuevos problemas que causa la informática en la vida privada.

Por esta razón, y como dijimos anteriormente, existen dos normas, en tramitación, cuyo contenido pretende adaptar e, incluso, derogar la mencionada ley. Para empezar, a nivel nacional, se encuentra Proposición de ley "visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique", registrada el 6 de noviembre de 2009. Este texto pretende volver al individuo actor de su propia protección y sensibilizar de los peligros de la exposición a internet, dotar de una mayor efectividad al "droit à l'oubli numérique." y reforzar la protección de datos personales, entre otros aspectos de interés. Por otra parte, como la informática traspasa las fronteras de todo país, seguramente durante el año 2016 se publique la propuesta, presentada el 27 de febrero de 2012, de reglamento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta futura norma potencia el principio de "Privacy by design", que pretende promover garantías para asegurar la privacidad y controlar la información personal por parte del usuario. Asimismo, contempla preceptos relativos a los derechos de los interesados (derecho de oposición, de rectificación, etc.), a las obligaciones de los responsables de tratamiento de datos o la forma de controlar la protección de datos en cada país europeo. Seguramente esta inminente aparición de la norma europea afectará de forma decisiva a la legislación actual francesa en materia de protección de datos personales.

Este escenario legal refleja como la protección de la vida privada aumenta conforme avanza la informática. Lo importante, será que exista una pronta respuesta legal ante los avances de la tecnología, pues será el Derecho quien deba velar por la debida protección de la esfera personal del individuo, aunque serán, en última instancia, los ciudadanos quienes, para proteger su vida privada de los riesgos de la informática, deban ejercitar las herramientas jurídicas que las normas — ya sean nacionales o europeas — pongan a su disposición. La realidad de esta continua adaptación, hace que debemos terminar con una frase de John Von Neumann que debe recordarnos que siempre habrá avances informáticos que el Derecho deba regular e, incluso, limitar:

"Podría parecer que hemos llegado a los límites alcanzables por la tecnología informática, aunque uno debe ser prudente con estas afirmaciones, pues tienden a sonar bastante tontas en cinco años".

BIBLIOGRAFIA

BEIGNIER, B.: "Le droit de la personnalité", Coll. "Que sais-je?", PUF, 1992.

BRUGUIERE, J.-M.: BERENGERE, G.: *Droits de la personnalité*, Ellipses, Paris, 2015.

CADOUX, L.; TABATONI, P.: "Les défis d'Internet à la protection de la vie privée institutions, marchés et techniques en Europe et aux États-Unis" en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. I, 2000-2002.

DERIEUX, E.: "Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et "droit à l'oubli " face à la liberté d'expression", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, n° 48.

DOUCHY-OUDOT, M.: *Droit civil 1re année: introduction, personnes, famille*, Paris: Dalloz, 2015.

GENTOT, M.: "La protection des données personnelles à la croisée des chemins", en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. III, 2000-2002.

GUTMANN, D.: *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000.

KAYSER, P.: *La protection de la vie privée par le droit*, Economica, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1995.

LEPAGE, A.: *Personnalité (Droits de la)*, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2009 (actualisation: janvier 2016).

MAITROT DE LA MOTTE, A.: "Le droit au respect de la vie privée" en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. III, 2000-2002.

MALLET-POUJOL, N.: "Protection de la vie privée et des donnés personnelles", *LEGAMEDIA* février 2004, Université de Montpellier I UMR-5815.

MARTIN, L. : "Le secret de la vie privée", *RTD civ.*, 1959.

PIOLLE, G.: "Protection des données personnelles dans le système d'information", *Techniques de l'Ingenieur*, 2015.

RENAULT-BRAHINSKY, C.: *Droit des personnes et de la famille*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, Lextenso, 2015.

TERRE, F.: "La vie privée" en *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses Universitaires de France (Cahiers des Sciences morales et politiques), t. III, 2000-2002.

TOIS, E: "Internet et libertés, quelques repères", *Rapport annuel 2001, Cour de Cassation.*

ÍNDICE

EL "DERECHO AL OLVIDO DIGITAL". UNA EXIGENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, RECOGIDA EN EL FUTURO REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

"RIGHT TO DIGITAL OBLIVION". A REQUIREMENT OF NEW TECHNOLOGIES, GATHERED IN THE FUTURE GENERAL REGULATION OF DATA PROTECTION

Mª. DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS
Becaria de investigación en el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza
Miembro del grupo de investigación *Ius Familiae*
mcheliz@unizar.es

RESUMEN: *En el presente trabajo se analiza la situación actual en que se encuentra, en España, el derecho al olvido digital, y la configuración que le ha dado la Agencia Española de Protección de Datos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También se expone el marco normativo en que se podría encuadrar el derecho al olvido, tanto a nivel nacional como europeo, haciendo especial hincapié en la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos, puesto que reconoce expresamente el derecho al olvido. Finalmente, se analiza la principal problemática que se plantea en relación con este derecho, junto con sus posibles soluciones, centrándome en los ámbitos relacionados con los motores de búsqueda y las redes sociales.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho al olvido digital; Reglamento General de Protección de datos; nuevas tecnologías.*

ABSTRACT: *In this paper is analyzed the current situation that is, in Spain, the right to digital oblivion, and its configuration that has been given by the Spanish Data Protection Agency and the European Court of Justice. It is also exposed the regulatory framework in that could frame the right to be forgotten, both at national and European level, with particular emphasis on the proposed General Data Protection Regulation, as expressly recognizes the right to oblivion. Finally, is analyzed the main problem that arises in relation to this right, and their possible solutions, focusing on areas related to search engines and social networks.*

KEY WORDS: *Right to digital oblivion; General Data Protection Regulation; new technologies.*

FECHA DE ENTREGA: *23/05/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Configuración del derecho al olvido digital.- 3. Marco normativo.- 3.1. Normativa nacional.- 3.2. Normativa de la Unión Europea.- 4. Propuesta del reglamento general de protección de datos.- 4.1. Contexto de la propuesta.- 4.2. El derecho al olvido en la propuesta de Reglamento General de protección de datos. El art. 17.- 5. Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014: La problemática de los motores de búsqueda.- 6. Las redes sociales y el derecho al olvido.- 7. Consideraciones finales.

1. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente Internet, han supuesto un gran avance tanto para facilitar el acceso a la información, como para difundirla, de forma rápida y sencilla. Las formas de acceder a la información, y de transmitirla han variado mucho con la creación de Internet, puesto que se ha pasado de publicar los datos en formato papel, a publicarlos en la red, lo que puede generar diversos problemas que posteriormente se analizarán. Pero incluso se han producido variaciones en este sentido tras la creación de Internet, y es que inicialmente estaba integrado por páginas estáticas en las que tan solo se podía acceder a la información que allí se ofrecía, de tal forma que todo el mundo que tuviese conexión a Internet podía acceder a los datos colgados, pero los usuarios no podrían interactuar con el contenido de la página, o entre ellos. Sin embargo, a partir del año 2004 se produjo un gran cambio, surgió lo que se denominó "web 2.0", término que hace referencia a la web que permite que los ciudadanos interactúen a tiempo real y de manera pública (GALINDO AYUDA, F.: "Conocimiento, Internet y democracia", *Ibersid: revista de sistemas de información y documentación*, núm. 5, 2011, pp. 23-30; DE TERWANGNE, C.: "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 54, y SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23 y ss.).

Todo ello ha facilitado las posibilidades del conocimiento, incluyendo también el de los datos de carácter personal, lo que puede suponer un riesgo para los derechos de los ciudadanos. Estos riesgos se ven agravados por la perennidad de la información contenida en Internet, y es que mientras que la memoria humana es limitada, la memoria total de Internet es infalible, los datos contenidos en la red perduran en el tiempo, y los motores de búsqueda ayudan a encontrarlos. Por ello, puede darse el caso de que la información que contiene la web, que difundida en su día disfrutaba de interés público pero con el paso del tiempo se ha convertido en irrelevante, suponga un constante y excesivo recordatorio de unos hechos que pueden causar daños a los derechos de la personalidad.

Debido a estas nuevas características que presenta Internet, las formas tradicionales de protección de la privacidad han devenido ineficaces, puesto que hoy en día es

posible obtener información personal contenida en la red, en cualquier momento independientemente de cuándo se haya publicado, y desde cualquier lugar, por lo tanto no hay barreras ni temporales, ni espaciales, que son las que anteriormente contribuían a proteger la privacidad.

Así, esta abundancia de información, y el fácil acceso a la misma, ha traído consigo la preocupación por sus repercusiones en la esfera de la "autodeterminación informativa" de los ciudadanos, y en este contexto, se ha planteado la necesidad de la regulación del denominado "derecho al olvido".

2. Partiendo de esta realidad, ¿qué entendemos exactamente por derecho al olvido digital? Éste se puede definir como "el derecho de todo interesado a que sus datos personales sean borrados de la red una vez que ha desaparecido la finalidad que inicialmente justificó su recogida y tratamiento" (CASINO RUBIO, M.: "El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias", *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA), núm. 156, 2012, p. 202). Como se puede observar, está muy relacionado con el derecho a la autodeterminación informativa, que consiste en el derecho a tener el control sobre los datos personales y la posibilidad de decidir cuáles pueden ser tratados y consultados por terceros, considerando como dato personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Por lo tanto, se puede entender, y así lo ha entendido la AEPD, el derecho al olvido como una proyección de un derecho ya existente, que es el derecho fundamental a la protección de datos, el poder de disposición que tenemos sobre nuestros propios datos personales, que deriva tanto del art. 10 CE relativo a la dignidad de la persona, como del art. 18.4 CE que dispone que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

El derecho a la protección de datos, se desglosa realmente en cuatro, que son los conocidos como "derechos ARCO": el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho de cancelación, y el derecho de oposición. Son estos dos últimos los derechos sobre los que se proyecta el derecho al olvido, dependiendo de cada caso, entendiendo por derecho de cancelación el derecho a pedir la eliminación de los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados; y por derecho de oposición, el derecho a oponerse al tratamiento automatizado de ese tipo de datos cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. Por lo tanto aquí la AEPD ha observado una manifestación del derecho al olvido que tutela la posibilidad de borrar los datos cuando estos han dejado de ser útiles a la finalidad para la cual fueron tratados o publicados, actuando tal derecho como un instrumento que persigue el efectivo cumplimiento del principio de finalidad.

Así, la AEPD ha establecido que el derecho al olvido realmente no incorpora nada nuevo de los derechos ya reconocidos, sino que se puede entender como una proyección del derecho de cancelación o del derecho de oposición, dependiendo de cada caso. La configuración del derecho al olvido comporta entonces la determinación de los preceptos constitucionales a los que puede vincularse, pero también una dimensión negativa, referida a la restricción de los derechos que facilitan el acceso y la circulación de la información. Es decir, el ciudadano tendría la posibilidad de exigir la supresión o cancelación de determinada información que ha sido publicada en el pasado, que le pueda afectar en el futuro, siempre que las informaciones no estén amparadas en el marco de las libertades informativas.

No obstante, hay que partir de que el derecho al olvido no es un derecho absoluto. El titular del mismo puede exigir la supresión o cancelación de determinada información publicada en el pasado que en el momento actual vulnera sus derechos, es la dimensión negativa del derecho al olvido que conlleva la restricción de los derechos que facilitan el acceso y la circulación de la información. Si esos datos los hemos publicado nosotros mismos, podemos pedir la plena cancelación de ellos, y el alcance del derecho al olvido aquí es mayor. Sin embargo, hay otros casos en que el derecho al olvido puede entrar en colisión con otros derechos, como por ejemplo las libertades informativas y de expresión, que es el supuesto más frecuente.

En estos supuestos, habría que seguir el criterio utilizado por nuestros tribunales para la ponderación de las libertades informativas con otros derechos, de tal forma que la difusión de una información del pasado que pueda afectar el derecho al olvido, aunque sea veraz, si ya no tiene relevancia pública actual no estaría protegida por el art. 20 CE, que recoge estas libertades informativas y de expresión. En cambio, el ejercicio de divulgar hechos pasados que gozan de una relevancia actual, sí que se enmarcaría dentro de los límites de las libertades informativas, y el derecho al olvido decaería frente a estos, incluso cuando no se contara con el consentimiento del interesado.

Así, las reglas de ponderación del derecho al olvido en caso de colisión con las libertades de información y expresión, reconocidas en el art. 20 CE, son equivalentes a las reglas de equilibrio que se utilizan en caso de colisión entre el derecho a la protección de datos y las libertades informativas. Por lo tanto, no existe un derecho al olvido absoluto, sino que en todo caso, este tendría unos límites que vendrían marcados por estas libertades también recogidas en la CE, y habrá que realizar una ponderación en cada caso concreto para ver cuál de los derechos o intereses en conflicto, ha de prevalecer (TRONCOSO REIGADA, A.: "El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 59, 2012, pp. 4 y ss.; GUICHOT, E.: "La publicidad de datos personales en Internet por parte de las Administraciones Públicas y el derecho

al olvido", *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA), núm. 154, 2012, pp. 141 y ss.).

3.1. Pese a la necesidad de regular el derecho al olvido, por las razones ya expuestas hasta aquí, lo cierto es que nuestra normativa nacional española no recoge expresamente un "derecho al olvido". Así, ni en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD); ni el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante RLOPD); ni por supuesto la Constitución española, recogen este derecho al olvido digital.

No obstante, aunque no haya una regulación expresa de este derecho, ya se ha señalado cómo la AEPD sí que lo ha reconocido, entendiendo que los ciudadanos pueden ejercer un derecho de oposición o de cancelación sobre determinados datos personales pasados suyos que aparezcan en Internet. Así, ha configurado el derecho al olvido digital como una proyección del derecho de cancelación o del derecho de oposición, es decir, como una proyección del derecho a la protección de datos. Partiendo de esta base, la normativa sobre la que se fundamenta el derecho al olvido será por lo tanto la normativa sobre protección de datos, principalmente los siguientes preceptos:

- El art. 6 LOPD, y el art. 10 RLOPD, que hacen referencia a la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal, salvo determinadas excepciones.

Lo que resulta más relevante, que se recoge en este art. 6.4 LOPD y en los arts. 34 a 36 RLOPD, y en lo que ha fundamentado en parte la AEPD el derecho al olvido, es el derecho a oponerse. Este derecho es una manifestación del derecho a la protección de datos que permite que en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos personales, éste se oponga al tratamiento de los mismos, siempre que una ley no disponga lo contrario, y existan motivos fundados y legítimos relativos a una situación personal.

- Los arts. 4.5 y 16 LOPD, y los arts. 31 a 33 RLOPD, que recogen el derecho de cancelación a favor del afectado, que permite que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos, o que hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

Por último, añadir que algunas Comunidades Autónomas tienen sus propias leyes de protección de datos, como son Cataluña, Madrid, País Vasco y Galicia, pero ninguna de ellas regula tampoco el derecho al olvido expresamente.

3.2. Actualmente, no hay en vigor ninguna normativa de la Unión Europea que reconozca expresamente el derecho al olvido, pero ya se hará referencia posteriormente a una propuesta de Reglamento que sí que lo hace. No obstante, de momento ocurre como en el ámbito nacional, por lo que aunque no se haya reconocido expresamente, sí que se puede entender incluida esta autodeterminación informativa de los ciudadanos a través de distinta normativa, fundamentalmente la relativa a la protección de datos. Normativa que, principalmente, es:

- El art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Este artículo ha sido el empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver los supuestos relativos a la protección de datos personales en reiterada jurisprudencia.

- El art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), introducido por el Tratado de Lisboa, establece el principio según el cual toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

- El art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es el primer catálogo general internacional de libertades y derechos fundamentales que menciona el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo

- Y la ya mencionada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta Directiva, tras sus dieciocho años de vigencia ha quedado superada debido precisamente a la constante evolución tecnológica. Así, el 25 de enero se presentaron por parte de la Comisión dos propuestas relativas a la protección de datos, por un lado se propone una nueva Directiva que regularía la protección de datos en el contexto de las actuaciones policiales, y por otro, el que nos interesa a efectos de este trabajo, se propone la sustitución de la actual Directiva 95/46/CE por un nuevo Reglamento. Debido a la importancia que tiene esta propuesta de Reglamento respecto al derecho al olvido, se va a analizar en el siguiente apartado.

4.1. La Directiva 95/46/CE fue adoptada en 1995 con el objetivo de, por un lado, defender el derecho fundamental a la protección de datos, y por otro, garantizar la libre circulación de esos datos entre los Estados miembros. El contexto en que se adoptó la misma era totalmente diferente al actual, precisamente debido a este rápido avance tecnológico expuesto, junto con la globalización, y ello es lo que lleva al Consejo a invitar a la Comisión a evaluar el funcionamiento de los instrumentos en materia de protección de datos en la Unión Europea, y a presentar, en su caso, nuevas iniciativas legislativas y no legislativas.

Y es que, la Directiva de 1995, ¿responde a los nuevos retos que han planteado los avances tecnológicos en los últimos años? Para contestar a esta pregunta la Comisión inició un estudio del marco jurídico actual a través de una Conferencia de alto nivel en mayo de 2009, seguida de una consulta pública hasta finales de ese mismo año. Por otro lado, a lo largo de 2010 tuvieron lugar consultas más específicas y la Vicepresidenta VIVIANE REDING presidió una reunión de alto nivel con las partes interesadas, celebrada en Bruselas el 5 de octubre de 2010, además de consultar al Grupo de Trabajo del Artículo 2931, tomando en consideración también el *Study on the economic benefits of privacy enhancing technologies* y el *Comparative study on different approaches to new privacy challenges, in particular in the light of technological developments*.

De todo ello, la Comisión concluyó que la ya mencionada Directiva no era suficiente para la correcta protección del derecho fundamental a la protección de datos, de tal forma que era necesario crear un nuevo marco jurídico, una nueva normativa, para así responder a los nuevos retos que se han planteado con el desarrollo de las tecnologías, y a su vez, tratar de obtener una armonización de las normativas de los distintos Estados miembros en materia de protección de datos.

La Propuesta de Reglamento fue aprobada por el Parlamento Europeo el pasado 15 de diciembre del 2015, y se espera que sea ratificada a principios del 2016, y que entre en vigor en un periodo estimado de dos años. Con ello se busca establecer en la Unión un marco más sólido y coherente en esta materia, que refuerce la seguridad jurídica. En concreto, en cuanto al derecho al olvido respecta, establece importantes novedades.

4.2. Ya la Comisión, en su Comunicación titulada "Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea", incluía como un objetivo esencial del enfoque global de la protección de datos el clarificar el "derecho a ser olvidado", que definía como "el derecho de las personas a que sus datos no se traten y se supriman cuando dejan de ser necesarios con fines legítimos".

Más allá de esto, en la propuesta de Reglamento se incluye, en el Capítulo III relativo a los derechos del interesado, un artículo que se refiere expresamente al derecho al olvido, el art. 17; y también se hace referencia a este derecho en el considerando 53, derecho que podrán ejercer los ciudadanos cuando la conservación de sus datos personales no se ajuste a lo dispuesto en el presente Reglamento.

El art. 17 de la propuesta de Reglamento, que aparece bajo la rúbrica "Derecho al olvido y a la supresión", consta de 9 apartados.

El primer apartado de dicho precepto establece el derecho que corresponde al interesado de que "el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño. Por lo tanto, en este artículo se reconoce el derecho al olvido de los afectados, conectándolo fundamentalmente con las facultades de supresión de datos, y protegiendo de manera especial a los datos proporcionados por niños. Para que se pueda ejercitar este derecho al olvido ha de darse alguna de las siguientes circunstancias:

a) que los datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados. Por lo tanto se observa que este criterio de la finalidad, en que fundamentaba la AEPD la existencia del derecho al olvido, se ha tenido en cuenta por parte de la Comisión y permite ejercitar el derecho al olvido.

b) que el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 6, apartado 1, letra a), o haya expirado el plazo de conservación autorizado y no exista otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos. Este criterio del consentimiento también servía de base a la AEPD para defender el derecho al olvido.

c) que el interesado se oponga al tratamiento de datos personales con arreglo a lo dispuesto en el art. 19, artículo que se refiere a la oposición al tratamiento de sus datos personales, debido a motivos relacionados con su situación particular, salvo que el responsable del tratamiento acredite motivos imperiosos y legítimos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado.

d) que el tratamiento de datos no sea conforme con el presente Reglamento por otros motivos.

El apartado 2 trata de evitar el efecto multiplicador que tiene Internet, de tal forma que si el afectado ejerce su derecho al olvido, éste no solo influya sobre el que haya tratado los datos, sino que su efecto se extienda a terceros que puede que también estén tratando esos datos, con el fin de que ellos también los supriman. Así, cuando

los datos personales se hayan hecho públicos, el responsable deberá velar por la cancelación de los mismos de cualquier *link*, copia o réplica de los mismos que se encuentre accesible en servicios de comunicación que faciliten su búsqueda. Con ello se trata de resolver el problema de los motores de búsqueda en Internet, al que posteriormente se hará alusión.

El apartado 3 es muy importante, puesto que contiene unas excepciones, una serie de supuestos en los que el responsable del tratamiento no procederá a la supresión de los datos sin demora, y esto es cuando la conservación de los mismos sea necesaria:

a) para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de conformidad con lo dispuesto en el art. 80, que se refiere al tratamiento de los datos personales efectuado exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística. No obstante, hay que aclarar que la finalidad informativa, la libertad de expresión y el tratamiento literario o artístico de los datos personales, como finalidades legítimas, son susceptibles de caducar en el tiempo, es decir, una noticia puede constar en un momento actual de legitimidad, pero con el paso del tiempo perderla. Por lo tanto, aquí también aparece la ponderación que se ha señalado anteriormente entre derecho al olvido y derecho a la libertad de expresión, ponderación que ya ponía en práctica la AEPD para resolver los supuestos que se le planteaban.

b) por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con lo dispuesto en el art. 81, que permite el tratamiento de datos personales relativos a la salud *a los fines de la medicina preventiva o la medicina del trabajo, el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o el tratamiento o la gestión de los servicios de asistencia sanitaria*, o por razones de interés público, haciendo especial mención a la protección contra riesgos sanitarios transfronterizos graves.

c) con fines de investigación histórica, estadística y científica de conformidad con lo dispuesto en el art. 83, que permite que se produzca un tratamiento de datos personales con estos fines, siempre que los mismos no se puedan lograr de otra forma mediante un tratamiento de datos que no permita la identificación del interesado, y que estos datos personales se conserven por separado del resto de la información, cuando los fines se puedan lograr de este modo.

d) para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento. En cualquier caso, se exige que las legislaciones de los Estados miembros persigan un objetivo de interés público, respeten la esencia del derecho a la protección de datos personales y sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida.

e) en los casos contemplados en el apartado 4, apartado que establece que el responsable del tratamiento de datos, en lugar de suprimirlo únicamente lo limitará si:

- el interesado impugna su exactitud, durante un plazo que permita al responsable del tratamiento verificar la exactitud de los datos;

- el responsable del tratamiento ya no necesita los datos personales para la realización de su misión, pero estos deban conservarse a efectos probatorios;

- el tratamiento es ilícito y el interesado se opone a su supresión y solicita en su lugar la limitación de su uso;

- el interesado solicita la transmisión de los datos personales a otro sistema de tratamiento automatizado de conformidad con lo dispuesto en el art. 18, apartado 2.

En estos supuestos, el apartado 6 establece que *el responsable del tratamiento informará al interesado antes de levantar la limitación al tratamiento. Y* respecto a estos datos contenidos en el apartado 4, el apartado 5 establece que *con excepción de su conservación, solo podrán ser objeto de tratamiento a efectos probatorios, o con el consentimiento del interesado, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o en pos de un objetivo de interés público.*

Finalmente, los apartados 7 y 8 imponen al responsable del tratamiento de los datos la obligación de implementar los mecanismos necesarios para que se garantice el respeto de los plazos fijados para la supresión de los datos personales y/o para el examen periódico de la necesidad de conservar los datos; y una vez suprimidos dichos datos se le prohíbe someterlos a ninguna otra forma de tratamiento.

De este modo, a través de este artículo, la propuesta de Reglamento afronta la controvertida cuestión del derecho al olvido como un tema fundamental para la protección de los datos personales, y regula su ejercicio con especial claridad (Véase las valoraciones del futuro Reglamento, expuestas por TRONCOSO REIGADA, A.: "El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales", cit.; ORZA LINARES, R. M./RUIZ TARRÍAS, S.: "El derecho al olvido en Internet", en Las actas del *VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política* (IDP 2011): *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*", p. 387; SOLAR CALVO, P.: "La doble vía europea en protección de datos", *Diario La Ley*, núm. 7832, 2012, p. 14; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: "El complejo encaje normativo de la propuesta de Reglamento general de protección de Datos de la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 839, 2012, p. 3; y SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital,* cit., pp. 169 y ss.). Como se ha podido observar concibe el derecho al olvido digital básicamente como

un derecho a borrar o eliminar los datos personales cuando se ha agotado la finalidad para la que se recogieron o trataron, cuando no se ha revocado el consentimiento o cuando se trata de un tratamiento de datos ilícito de acuerdo con la normativa de la Unión Europea de protección de datos.

Según lo expuesto, esta propuesta de Reglamento es de vital importancia en cuanto al tema que nos ocupa, por dos razones. En primer lugar, porque por fin se regula y se reconoce de manera expresa el derecho al olvido en Internet, que era algo que la realidad social y el avance de las tecnologías venían exigiendo. Con ello se podrá lograr una mayor seguridad jurídica, y una mayor protección y control de los ciudadanos respecto de sus propios datos personales. En segundo lugar, el problema de la protección de datos, y por consiguiente el derecho al olvido, es un problema global, ya que usuarios y proveedores de servicios se encuentran frecuentemente en países y continentes distintos, complicándose la situación por el hecho de que no existen unos estándares internacionales en este ámbito. Por ello, la propuesta de Reglamento resulta muy positiva, ya que permite una protección más efectiva de los ciudadanos europeos frente a los tratamientos de datos a escala internacional. Además, al tratarse de una propuesta de Reglamento, esta forma jurídica hace que el citado Reglamento, tras su entrada en vigor, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, armonizando de esta forma las distintas normativas en esta materia vigentes en cada Estado, y poniendo fin a la aplicación dispar que se venía produciendo de la Directiva 95/46/CE.

La variedad de datos personales que aparecen en Internet, y las diferentes formas en que éstos figuran en la red, dan lugar a que el derecho al olvido se haya planteado en relación con diferentes ámbitos. Así por ejemplo, se ha planteado en cuanto a los datos personales que aparecen en los buscadores o en las redes sociales, en las hemerotecas digitales, o los publicados por parte de las Administraciones públicas en Internet, a través de Boletines oficiales o sentencias, que pueden ser datos administrativos o incluso penales. No obstante, por motivos de extensión, en los siguientes apartados me voy a centrar únicamente en los datos personales que aparecen en los motores de búsqueda y en las redes sociales, puesto que actualmente son los que más problemática plantean.

5. Los motores de búsqueda son sistemas informáticos que permiten que, a partir de una o varias palabras clave introducidas convenientemente, aparezcan una serie de resultados en forma de conexiones o enlaces a documentos, que contienen esas palabras. Así, surgen como una herramienta de ayuda para buscar en Internet, en respuesta a la dificultad de mantener un catálogo con toda la información que contiene la red, debido fundamentalmente a la volatilidad de ésta por su volumen. Por tanto, estos buscadores permiten hacer una búsqueda a gran velocidad, entre

toda la información existente en Internet, para encontrar páginas relacionadas con la palabra clave sobre la que deseamos obtener información; y todo ello en cualquier momento, desde cualquier lugar, sin ningún tipo de procedimiento administrativo previo, sin que la persona que los busca revele su propia identidad y de forma gratuita.

Estas características de los motores de búsqueda, junto con la perennidad de los datos contenidos en Internet, nos permite encontrar en la red todo tipo de datos, muchos de ellos datos personales, fuera de su contexto original, que pueden consistir en características pasadas eternamente presentes y, en ocasiones, pueden ser perjudiciales para las personas a las que se refieren. La casuística es enorme, así por ejemplo se pueden encontrar datos de un drogadicto ya rehabilitado que aparece en una noticia; de un cirujano imputado por mala praxis y que finalmente fue absuelto; una gimnasta que nunca tuvo un caso de anorexia pero que así se había extendido por la red; un joven abogado que sufre las consecuencias de una noticia de una estafa por la que condenaron a su hermana, etc. (DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, J.: "Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 89).

En este contexto, se planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que resolviera acerca de un conflicto entre el Sr. Costeja González, y Google Spain, Google Inc. y la AEPD. El litigio principal tenía su base en una reclamación que el Sr. Costeja presentó ante la AEPD, ya que al introducir su nombre en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del Sr. Costeja González.

Mediante esta reclamación, el Sr. Costeja solicitaba que se exigiese a La Vanguardia eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos. Por otro lado, solicitaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. La AEPD desestimó la reclamación en la medida en que se refería a La Vanguardia, pero la estimó en la medida en que se dirigía contra Google Spain y Google Inc. Así, se consideró que estaban facultados para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio. Google Spain y Google Inc. interpusieron sendos recursos contra

dicha resolución ante la Audiencia Nacional. El mencionado Tribunal, decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación de la Directiva 95/46 en relación con las obligaciones de los gestores de motores de búsqueda en supuestos como el particular.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció finalmente en su sentencia de 13 de mayo del 2014, en el sentido de que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea y que las personas tienen derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en Internet realizada por su nombre. No obstante, este derecho únicamente afecta a los resultados obtenidos en las búsquedas hechas mediante el nombre de la persona y no implica que la página deba ser suprimida de los índices del buscador ni de la fuente original. Es decir, el enlace que se muestra en el buscador sólo dejará de ser visible cuando la búsqueda se realice a través del nombre de la persona que ejerció su derecho. Las fuentes permanecen inalteradas y el resultado se seguirá mostrando cuando la búsqueda se realice por cualquier otra palabra o término distinta al nombre del afectado. De esta manera, el Tribunal apoya los argumentos aducidos por la AEPD y supone un reconocimiento del Derecho al olvido.

No obstante, en el ámbito nacional, la AEPD no siempre ha mantenido esta postura. Antes de analizar su evolución, conviene aclarar que en relación con los motores de búsqueda y los contenidos que estos indexan, no sólo les resultaría aplicable la LOPD, ya que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE) incluye a los buscadores como "servicios de la sociedad de la información" denominándolos "prestadores de servicios de intermediación". La LSSICE permite entonces, a través de su art. 17.1 que estos buscadores respondan, cuando tengan un conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o la información que recomiendan o enlazan, o cuando dicha actividad o información lesione bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.

Volviendo a las reclamaciones presentadas ante la AEPD, la posición que ésta adoptó en un principio era la de entender que los buscadores no realizan un tratamiento de datos propiamente dicho, sino que lo único que hacen es localizar información en Internet en base a los criterios de búsqueda que introduce el usuario, ofreciendo enlaces a los documentos que puedan estar relacionados. Así, el derecho al olvido, en caso de que procediera, lo tendrían que ejercitar los afectados ante los responsables de los servidores o máquinas que contienen la información, y no contra los motores de búsqueda.

No obstante, posteriormente, la AEPD cambió de criterio, y así ya se pueden encontrar muchas resoluciones, como la mencionada anteriormente, en las que han ordenado a los buscadores que tomaran las medidas oportunas para evitar la indexación de las informaciones que existían de los afectados, dándoles la razón a éstos cuando la difusión de la información personal que llevan a cabo no está justificada por carecer de relevancia pública y comporta un perjuicio grave o una lesión para los derechos del afectado. También se recomienda a las páginas de origen que usaran medidas informáticas para evitar la indexación de esos datos por los motores de búsqueda en Internet, de tal forma que, permitiendo que se mantenga inalterable en su soporte, se evitaría su divulgación indiscriminada, permanente, y en su caso, lesiva.

6. Las redes sociales se pueden definir como servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado. A través de ellas, las personas ponen en común aficiones, gustos y vivencias con la finalidad de facilitar el acceso a esta información por una red de contactos que incluye a multitud de personas, muchas de las cuales puede que sean desconocidas, por lo tanto son grandes fuentes de información, no sólo sobre sus miembros sino sobre las personas que éstos conocen, y suponen tratamientos masivos de datos personales, lo que representa un riesgo para los derechos de las personas (TRONCOSO REIGADA, A.: "El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales", cit.).

Partiendo de esta realidad social, cada vez más extendida entre los ciudadanos, una de las cuestiones jurídicas más relevantes al respecto, es la relativa a la protección de los datos personales en las redes sociales. Concretamente, adquiere importancia el derecho al olvido, dada precisamente la gran cantidad de datos que los usuarios publican en sus perfiles, ya que éstos se convierten en auténticas "identidades digitales" que facilitan un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias y hábitos del usuario. No se va a analizar la publicación en las redes sociales de datos de terceras personas, sino aquellos datos personales que una persona publica sobre sí mismo. Entre los muchos riesgos que se corren con la publicación de tales datos, relacionados con el derecho al olvido, nos encontramos con la indexación de los datos personales que aparecen en redes sociales por los motores de búsqueda, y el problema que se planteará dentro de unos años, con estas generaciones de adolescentes que han publicado en diversas redes sociales su trayectoria vital, se vea hipotecada por el recuerdo constante de su pasado.

Ante estas situaciones, de nuevo nos encontramos con que es aplicable la normativa relativa a la protección de datos, y por lo tanto, en estos supuestos en que es uno mismo el que ha publicado sus datos personales, de forma totalmente voluntaria,

hay que recordar que el art. 6.3 LOPD prevé la revocación del consentimiento cuando existan causas justificadas, sin que se le atribuyan efectos retroactivos. Por ello, en este ámbito, los afectados también tendrían que poder ejercitar el derecho de cancelación y rectificación de la información publicada aunque quién la publicó fueran ellos mismos.

Debido a que cada vez se inician en el mundo de las redes sociales más menores de edad, hay que tener en cuenta también que por lo que respecta a las medidas existentes en materia de protección de datos personales de especial protección para colectivos considerados especialmente vulnerables (menores e incapaces), tiene una especial importancia la aprobación del Real Decreto 1720/2007 que introduce una importante especialidad en lo que respecta a la prestación del consentimiento por parte de estos menores al disponer que para recabar los datos de cualquier menor de 14 años es necesario contar con el consentimiento de los padres o tutores. Además, señala de manera expresa que para recabar el consentimiento del menor debe utilizarse un lenguaje sencillo y fácilmente comprensible para él y que no se podrá obtener a partir de ellos información respecto a sus familiares y allegados.

También hay que destacar el gran número de recomendaciones realizadas con el fin de concienciar a los usuarios de las redes sociales, y específicamente a los menores de edad, para que tomen más precauciones en la publicación de sus datos personales.

7. A lo largo del presente trabajo se ha podido observar cómo las formas tradicionales de protección de la privacidad han devenido ineficaces, puesto que han desaparecido las barreras temporales y espaciales, que anteriormente contribuían a proteger la privacidad. Así, hoy en día es posible obtener información personal contenida en la red en cualquier momento y desde cualquier lugar, por lo que esta abundancia de información, y el fácil acceso a la misma, ha traído consigo la preocupación por sus repercusiones en los derechos de los ciudadanos, y en este contexto, se ha planteado la necesidad de la regulación del denominado "derecho al olvido", entendido como "el derecho de todo interesado a que sus datos personales sean borrados de la red una vez que ha desaparecido la finalidad que inicialmente justificó su recogida y tratamiento."

Se trata de un derecho que, por el momento, no se encuentra regulado expresamente en ninguna normativa nacional, ni internacional, pero sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos sí que lo ha reconocido en reiteradas resoluciones. Así, han entendiendo que los ciudadanos pueden ejercer un derecho de oposición o de cancelación sobre determinados datos personales pasados suyos que aparezcan en Internet, tratando de obtener siempre un equilibrio entre este

derecho al olvido, y las libertades de información y expresión, reconocidas en el art. 20 CE, siendo necesaria por lo tanto una ponderación de los distintos derechos en juego.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 13 de mayo del 2014, respalda el Derecho al olvido, al fallar a favor de que los ciudadanos tienen derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en Internet realizada por su nombre.

No obstante, el hecho de que ninguna normativa regule este derecho expresamente, da lugar a que se genere inseguridad jurídica, resultando necesaria la renovación del marco jurídico en materia de la protección de datos. Por ello, merece una valoración muy positiva la Propuesta de Reglamento General de protección de datos, que en su art. 17 ya reconoce tal derecho, otorgando una mayor protección y control a los ciudadanos respecto de sus propios datos personales, permitiendo una protección más efectiva de los ciudadanos europeos frente a los tratamientos de datos a escala internacional. Además, al tratarse de una propuesta de Reglamento, esta forma jurídica hace que el citado Reglamento, tras su entrada en vigor, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, armonizando las distintas normativas en esta materia vigentes en cada Estado, y poniendo fin a la aplicación dispar que se venía produciendo de la Directiva 95/46/CE. En mi opinión, se trata de una buena solución adoptada para resolver los nuevos retos que han surgido con el avance de las nuevas tecnologías, que se espera que entre en vigor a partir del año 2018.

Por todo ello, se puede concluir que en los últimos años se han producido importantes avances en esta materia, reconociendo el derecho al olvido por parte de la AEPD, del TJUE y con esta Propuesta de Reglamento europeo. De esta forma, parece que se va a producir la modernización de la normativa que venía exigiendo el avance de las nuevas tecnologías, y la realidad social en que nos encontramos.

BIBLIOGRAFÍA

CASINO RUBIO, M.: "El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias", *Revista Española de Derecho Administrativo (*REDA*)*, núm. 156, 2012.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, J.: "Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012.

DE TERWANGNE, C.: "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012.

GALINDO AYUDA, F.: "Conocimiento, Internet y democracia", *Ibersid: revista de sistemas de información y documentación*, núm. 5, 2011.

GUICHOT, E.: "La publicidad de datos personales en Internet por parte de las Administraciones Públicas y el derecho al olvido", *Revista Española de Derecho Administrativo (*REDA), núm. 154, 2012.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: "El complejo encaje normativo de la propuesta de Reglamento general de protección de Datos de la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 839, 2012.

ORZA LINARES, R. M./RUIZ TARRÍAS, S.: "El derecho al olvido en Internet", en Las actas del *VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política* (IDP 2011): *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*".

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SOLAR CALVO, P.: "La doble vía europea en protección de datos", *Diario La Ley*, núm. 7832, 2012.

TRONCOSO REIGADA, A.: "El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 59, 2012.

ÍNDICE

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL ADULTO PROTEGIDO*

THE EXERCISE OF THE PROTECTED ADULT'S PERSONALITY RIGHTS

DRA. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
mariamar.heras@urjc.es

"*Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones*» (art. 22.1 de la Convención de Naciones Unidas).

RESUMEN: *En este trabajo se analiza la protección de los derechos de la personalidad del adulto protegido desde la perspectiva de su ejercicio personal, efectivo y sin discriminación.*

PALABRAS CLAVE: *derechos de la personalidad; adulto protegido.*

ABSTRACT: *In this paper the protection of the protected adult´s personality rights is analyze from the perspective of this personal and effective exercise and without discrimination.*

KEY WORDS: *personality rights; protected adult's.*

FECHA DE ENTREGA: *22/05/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: "Empoderamiento de las personas con discapacidad", DER2015-64120-R, cuyo investigador principal es Montserrat Pereña Vicente.

SUMARIO: 1. Cuestiones previas.- 2. Bases de la protección del ejercicio personal y efectivo de los derechos de la personalidad del adulto protegido: ¿tutela *versus* curatela?- 3. Los derechos de la personalidad: actos de ejercicio y recomendaciones para quienes ejercen la medida de protección.- 3.1. El derecho a permanecer en el domicilio y su inviolabilidad.- 3.2. Derecho al honor.- 3.3. Intimidad personal y familiar y el secreto de la correspondencia y las comunicaciones.- 3.4. Imagen.- 3.5. El ejercicio del derecho al voto.- 4. A modo de conclusión.

1. La protección de la persona con discapacidad psíquica, en muchos casos, también en situación de dependencia, resulta una de las cuestiones que tiene mayor trascendencia social y jurídica. Desde el punto de vista social, porque la discapacidad psíquica tiene cada vez mayor incidencia por la aparición de enfermedades vinculadas a la longevidad o relacionadas con la edad avanzada; al consumo de drogas o como consecuencia de la aparición de daños cerebrales sobrevenidos provocados, en su mayoría, por accidentes de tráfico, laborales o derivados de una mala praxis médica. Desde el punto de vista jurídico, porque tras la Convención de Naciones Unidas se precisa acometer importantes cambios legislativos, previsiblemente, de amplio calado, en línea con lo que está sucediendo en nuestro entorno jurídico más próximo, como en Francia, con motivo de la aprobación de la Ley de 5 de marzo de 2007. En Suiza, con la Ley de 26 de junio de 2011 o la Ley belga, de 17 de marzo de 2013.

Apenas se han introducido cambios en nuestro derecho más allá de la incorporación de la figura de la asistencia judicial catalana o la curatela aragonesa. No obstante, debe destacarse como las medidas de protección articuladas en el Código civil español, –tutela, curatela y defensor judicial-, no han sido objeto de revisión desde que fuera promulgada la ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código civil en materia de tutela. De modo que, en sede de tutela o curatela no se ha operado ningún cambio legislativo, ni siquiera para adoptar la terminología utilizada en el art. 45 LJV –personas con capacidad judicialmente modificada-, como hubiera sido lo deseable y de la manera que se ha hecho, paradójicamente, en otras materias, como la referida a la capacidad para celebrar contratos *ex* art. 1263; en sede de separación judicial *ex* art. 82.2 CC o, en relación a la impugnación de la paternidad (art. 137.1 CC), probablemente a la espera de acometer una reforma integral.

Por su parte, la Ley 15/2015, de 22 de julio, Ley de Jurisdicción Voluntaria, ha regulado el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la tutela, aplicándose sus previsiones para su constitución, -así como otras incidencias relacionadas con este modelo de protección-, siempre que la tutela no se inste en sede de un

procedimiento de modificación de la capacidad, en cuyo caso, debe acudirse a la regulación prevista en la LEC para los procesos de capacidad de las personas.

La Convención de Naciones Unidas aprobada en Nueva York en 2006 supuso un logro incomparable en el entendimiento de la protección de las personas con discapacidad, pues muy lejos ya de aquélla protección dirigida en buena parte a preservar el patrimonio de la persona protegida, de manera muy reduccionista, se incide ahora en el reconocimiento del ejercicio de los derechos y libertades públicas de las que son titulares, dando origen a un modelo de protección basado en los derechos, tal y como ponen de manifiesto ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero/diciembre, 2010, p. 17.

2. El punto de partida debe ser el principio *por capacítate ex* arts. 199 y 322 del Código civil. De este modo, nadie puede quedar sujeto a una medida de guarda, sino cuando se dan ciertos presupuestos y con las garantías procesales previstas en los arts. 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000. La presunción de capacidad solo quedará desvirtuada mediante sentencia judicial, ante la concurrencia de una discapacidad psíquica permanente y grave, con incidencia real en la gestión personal o patrimonial. Esta premisa conduce ineludiblemente a la exclusión de actuaciones arbitrarias o que vulneren los derechos fundamentales, con la intención de maquillar otro tipo de intereses, más allá de la estricta protección de la persona y de sus bienes.

El procedimiento de modificación de la capacidad establece un conjunto de garantías de los derechos del presunto incapaz: la protección se ejerce bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y supervisión del Ministerio Público, siendo preceptiva la audiencia de los familiares más próximos, reconociéndoles su derecho a ser oídos; inspección judicial o examen de la persona, así como la personación del demandado con su propia defensa y representación. Si no lo hiciese, la defensa corresponde al Ministerio Fiscal en el marco del ejercicio de sus funciones, siempre que no haya sido el promotor del procedimiento de modificación de la capacidad. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a la designación de un defensor judicial. En ningún caso se procederá a modificar la capacidad de obrar de la persona y consiguiente sujeción a una medida de guarda, sin haber recabado los informes periciales médicos necesarios según dispone el art. 759 LEC.

Las bases legales que sustentan esta protección, con el fin de contribuir al ejercicio personal de los derechos en función de sus concretas capacidades, son: la necesidad

de la medida de apoyo; la temporalidad de dicha medida; proporcionalidad y personalización. Precisamente, la exigencia de la Convención en cuanto a la proporcionalidad del mecanismo de protección, ha sugerido la urgente necesidad de plantearse la idoneidad de la tutela, modelo de protección basado en la representación legal o sustitución de la voluntad de la persona, ante el reto que supone la adopción de modelos más flexibles, proclives a reconocer las capacidades de la persona y, por tanto, más respetuosos con la autonomía de la persona. Buena muestra de esta tendencia es el actual modelo de protección suizo, que ha suprimido la tutela, sustituyéndola por una curatela graduable que admite distintas tipologías. Parece que en España se quiere llegar a idéntico resultado por vía judicial, al apreciarse un cuerpo sólido de jurisprudencia que se decanta por la curatela, frente a la tutela, al considerarse ésta más respetuosa con el ejercicio efectivo de los derechos personales, habida cuenta que el curador no representa, sino que asiste o autoriza los actos determinados en la sentencia de modificación de la capacidad, actuando, en todo caso, la persona protegida, bien en solitario, bien asistido.

3. Las personas con la capacidad modificada judicialmente ostentan la titularidad de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CE y en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE), en igualdad de condiciones, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación en su ejercicio. En idéntico sentido se muestra el art. 4.1.a de la Convención.

El principio de respeto absoluto al ejercicio personal de los derechos universales, referidos a todos, ha de ser una constante en el desempeño de las funciones propias de quienes desempeñan el cargo de tutor o curador, del mismo modo que deberán tener muy claro, como el principio rector que justifica y da sentido a cualquier intervención, ha de ser el entendimiento restrictivo de las "limitaciones» en el ejercicio de los derechos fundamentales, cuanto más, cuando se trata de derechos personalísimos en los que no cabe ejercicio mediante representación legal o voluntaria. Señalaba ya DE CASTRO: *Derecho civil en España*, T. II, Reus, 15ª ed. revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Madrid, 2007, p. 54 que las facultades y acciones relativas a la esfera estrictamente personal no admiten su ejercicio por medio de otro. Tal es el caso del *ius connubi* o derecho subjetivo universal a contraer matrimonio (art. 23.1.a) la Convención, reconocido constitucionalmente (arts. 32 y 53) CE.

Las deficiencias psíquicas no constituyen en sí mismas un impedimento para contraer matrimonio -STS 29 abril de 2015 (RJ 2015, 2208)-. Para el adecuado ejercicio de este derecho se comprobará la capacidad natural de la persona a través de la tramitación del previo expediente matrimonial, conforme a la legislación del Registro Civil (art. 56 del Código civil), toda vez que se requiere que la prestación

del consentimiento matrimonial se haga en intervalo lúcido o con la consciencia de contraer matrimonio, así como de las consecuencias que del mismo se derivan. En este punto conviene advertir, que con efectos a 30 de junio de 2017, la Disposición Final 1ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha modificado el art. 56 CC estableciendo que: "*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario Judicial, Notario o Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*». En el caso de que el consentimiento matrimonial no se hubiese prestado válidamente, podrá instarse la nulidad del matrimonio por quienes ostentan la legitimación para hacerlo (art. 74 y 76 CC).

Tampoco admiten representación en su ejercicio el derecho a la testamentifacción activa *ex* art. 665 CC, a salvo la limitación para otorgar testamento ológrafo que se ha incorporado en alguna sentencia judicial por no contar con las garantías propias del testamento notarial; el derecho al sufragio universal activo, al tiempo que resulta complicado admitir la sustitución de la voluntad de la persona en la toma de decisiones relativas a la salud, como el sometimiento a tratamientos oncológicos, sin expectativas en cuanto a sus resultados.

3.1. Debe reconocerse el derecho de la persona con la capacidad judicialmente modificada a elegir su residencia en cualquier parte del territorio nacional, así como a disfrutar de la libertad de circular por territorio nacional o extranjero, comunitario o no, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 CE y art. 18 de la Convención, dedicado a la libertad de desplazamiento y nacionalidad. Del mismo modo, pueden decidir si continúan viviendo en su domicilio o ingresar voluntariamente un centro residencial o decidir con quién quiere vivir. La protección de estos derechos es una consecuencia del respeto a la vida privada de la persona, al tiempo que la inviolabilidad del domicilio impide que se lleven a cabo entradas, -por parte de autoridades públicas o de particulares-, sin que medie el consentimiento de su titular o sin mediar previa autorización judicial, salvo flagrante delito.

Resultará especialmente difícil para quienes ejercen el cargo de tutor, articular la entrada en el domicilio de la persona protegida cuando no conviva con él, especialmente cuando viva sola, con la finalidad de prevenir injerencias en la intimidad personal y familiar. Para ello se precisa siempre el consentimiento de su titular, recomendándose negociar los detalles de la entrada en cuanto a los días, horarios y periodicidad, en atención a los hábitos, preferencias, ocupaciones y tiempo de ocio de la persona y de su entorno familiar. Como elemento legitimador se exige que la causa que justifica la entrega esté en el marco del deber general de velar por la persona protegida, poniendo en práctica el seguimiento de sus condiciones de bienestar personal. Quedan fuera de este contexto las visitas

injustificadas, fuera de horarios o practicadas con cualquier otra finalidad. Por el contrario, se consideran legítimas las entradas en el domicilio de la persona en situaciones de emergencia con el propósito de prevenir consecuencias dañosas en el patrimonio de la persona o que perjudiquen sus relaciones de vecindad. En todo caso, las visitas de comprobación que se establecen en el marco de la protección asistencial de las personas con discapacidad a las que les ha sido reconocida administrativamente su situación de dependencia, deberán ajustarse a las pautas descritas.

3.2. El derecho al honor se define en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido abstracto, que se concreta en cada momento en atención a las leyes, valores y usos sociales. Partícipe de su consideración como derecho de la personalidad, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad o a la propia imagen, -respecto a los que se admiten actos de disposición concretos, medie o no contrato-, cabe defender su absoluta indisponibilidad dada su naturaleza esencialmente extrapatrimonial. El art. 7.7 de la LO 1/1982, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que lesionen la dignidad de la persona, con menoscabo de su fama o atentando contra su propia estima. Con frecuencia las intromisiones en el derecho al honor lo son también del derecho a la intimidad o a la propia imagen cuando el resultado final es provocar el desprecio o el descrédito de la persona frente a los demás y frente a sí mismo, tomando en consideración la doble dimensión que da contenido a este derecho.

3.3. El derecho a la intimidad comporta el reconocimiento de un espacio de privacidad que debe permanecer al margen del conocimiento de terceros, declarándose ilícita la divulgación, revelación o explotación de datos relativos a la vida personal o familiar, de cartas, memorias, documentos, mensajes, correos electrónicos o claves de acceso que permitan obtener información de la vida privada de la persona protegida.

Quienes ejercen el cargo de tutor o curador asumen la obligación de no desvelar detalles de la vida personal y familiar de la persona protegida que conozcan con motivo del ejercicio del mismo, tal y como dispone el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, al considerar como intromisión ilegítima la "*revelación de datos de una persona o familiar conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*». Se trata de actuaciones que constituyen una auténtica ruptura de la confianza y del deber de confidencialidad a la que están sujetos. No están legitimados para suministrar

información relativa a la persona protegida a su familia, a su entorno afectivo, ni a terceros, más allá de aquellas informaciones que sean acordes con los usos sociales y que se consideren inocuas o ceñidas estrictamente a aquello que debe darse a conocer en interés de la persona y en su exclusivo beneficio.

La obligación de quienes se ejercen el cargo se extiende a distintos ámbitos, como el afectivo o familiar, debiendo extremar la precaución cuando se trate de suministrar informaciones relativas a la salud física o psíquica de su titular, en tanto que estos datos constituyen un componente esencial de su vida privada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado la naturaleza estrictamente confidencial de las informaciones concernientes a la salud, como principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, de modo que los distintos ordenamientos internos deben adoptar las garantías necesarias para impedir la comunicación o divulgación de datos relativos a la salud. Por el contrario, se encuentran legitimados para suministrar informaciones relativas a la persona protegida en interés de su titular, siempre que así se acredite. En todo caso, sus actuaciones deben dirigirse a prevenir intromisiones ilegítimas procedentes de terceros o aun cuando tenga su procedencia en el propio ámbito familiar o afectivo de su titular.

Desde otro punto de vista cabe afirmar que la persona con la capacidad modificada judicialmente tiene derecho a valerse de los medios que la tecnología ofrece para comunicarse, no debiéndose tolerar inmisiones procedentes de terceros, ya sean particulares o poderes públicos.

Quienes ejercen la medida de protección han de saber que están prohibidas las injerencias en las comunicaciones postales, telefónicas o telemáticas, salvo consentimiento de su titular o cuando medie autorización judicial ante la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito y su conexión con la persona investigada. Igualmente, se exige la concurrencia de todos los elementos indispensables para legitimar la intervención, como la proporcionalidad de la medida; número o números de teléfonos intervenidos; tiempo de duración; quienes han de ponerla en práctica; conversaciones intervenidas y períodos en los que deba darse cuenta al Juez.

La protección se extiende a las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, telemáticas o electrónicas. Están prohibidas las grabaciones telefónicas que mantenga la persona protegida, así como la puesta en práctica de controles, registros o copias de correos electrónicos sin autorización de su titular. Puede defenderse, no obstante, la legitimación de quienes ejercen la medida de protección para solicitar el acceso a determinado medio de comunicación, como el postal, cuando se refiere a información bancaria relativa al pago de recibos, recepción de multas o notificaciones de pago de impuestos, sanciones o embargos, en beneficio

de su patrimonio, siempre que las actuaciones tengan lugar en el estricto marco de las atribuciones que judicialmente les hubieran sido encomendadas. En ningún caso, se permite el acceso a correspondencia, mensajes o correos electrónicos que se incardinen en la esfera estrictamente personal, afectiva o social de la persona protegida.

Por último indicar como la protección jurídico-civil de los derechos de la personalidad, configurada a través del art. 9 de la LO 1/1985, es muy amplia al comprender acciones de muy variada naturaleza y finalidad, como las dirigidas a la cesación de las intromisiones, cautelares, de abstención e indemnizatorias. La indemnización de daños comprende el daño moral valorado en atención a las circunstancias del caso,-condición de persona con discapacidad, desde luego-; la gravedad de la lesión y el medio utilizado para su divulgación –por supuesto, internet- *ex* art. 9.3 de la Ley Orgánica. El daño moral se presume con valor *iuris et de iure*, al tiempo que el *quantum* indemnizatorio se deja al arbitrio judicial dado que no es susceptible de cuantificación exacta. El plazo para ejercitar las acciones es de cuatro años *ex* art. 9.5 LO 1/1982, desde que el legitimado pudiera ejercitarlas.

3.4. El art. 7.5 de la LO 1/1982, considera intromisiones ilegítimas del derecho a la imagen la captación, divulgación o reproducción de la imagen de la persona en momentos o lugares que forman parte de su privada o íntima, así como la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de análoga naturaleza. Dicha protección se extiende a la divulgación de caricaturas o fotomontajes que distorsionan la imagen de la persona protegida.

Este derecho participa de la característica de indisponibilidad, lo que determina la prohibición de actos de disposición de carácter general, si bien, esta indisponibilidad no puede entenderse de forma absoluta, pues se admiten disposiciones concretas a través de la renuncia por parte de su titular que consiente de manera expresa, -consentimiento específico para cada acto disposición concreto, ya preste de forma verbal o por escrito- la intromisión, dejando de ser entonces antijurídica para considerarse plenamente legítima. Así, la prestación del consentimiento es causa de exclusión de la antijuridicidad. Con carácter general, sobre todos estos aspectos, puede consultarse ESCRIBANO TORTAJADA, P. "Internet y el derecho a la propia imagen: Algunas notas sobre su problemática actual", en *Internet, derecho y política una década de transformaciones*: Actas del X Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universidad Oberta de Catalunya. Barcelona 3-4 de julio, 2014.

El art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, parte de la regla general del reconocimiento de la capacidad para realizar actos de disposición o de renuncia

relativos a la intimidad personal o a la propia imagen, siempre que la persona tenga capacidad natural suficiente, atendiendo a las circunstancias concretas que rodean la prestación del consentimiento para conocer si se presta válidamente, siendo indiferente que se haya declarado o no judicialmente la incapacidad. De este modo, las personas con capacidad judicialmente modificada pueden realizar actos de disposición sobre su imagen cuando la protección se dispensa a través de la curatela, o cuando se constituya un régimen de tutela si no existe ninguna precisión explícita en tal sentido en la propia sentencia. Cuando no se tiene la capacidad suficiente, será el representante legal, contando con el consentimiento de su titular, quien preste el consentimiento por escrito a este tipo de contratos, siempre que se cumpla con la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal con carácter previo –consentimiento proyectado-, disponiéndose al efecto, que si en el plazo de ocho días éste se opusiera, resolverá el Juez.

Esta norma presenta importantes problemas interpretativos:

Está referida a las personas con capacidad judicialmente modificada, lo que pone de manifiesto la desprotección en la que se encuentra la persona con discapacidad psíquica que no está sujeta a un régimen de protección.

Si la regla general es la capacidad para poner en práctica los actos de disposición en base al grado de madurez, más parece que este término vaya exclusivamente referido a los menores y a la capacidad progresiva que éstos alcanzan según van teniendo mayor edad, dejando un vacío evidente en cuanto a la capacidad requerida para las personas con capacidad judicialmente modificada, que no es otra, que la capacidad natural para entender y comprender el alcance de tal renuncia.

Las cautelas previstas por las normas, -consentimiento por escrito prestado por el representante legal y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal-, carecen en la práctica de contenido y no resultan suficientes. Por un lado, porque el consentimiento escrito no garantiza que su prestación se realice de manera integral o de forma libre, sin que medie intimidación. Por otro, porque son escasos los supuestos que en la práctica se eleva la consulta al Ministerio Público.

Queda pendiente la cuestión relativa a cómo se comprueba que el titular de estos derechos presta su consentimiento de forma consciente, es decir, conocedor de las repercusiones de tal disposición conlleva, así como resolver los supuestos en los que el titular goza de capacidad suficiente para comprender el alcance de su disposición y aun así presta su consentimiento en contra de su propio interés, o lo que es lo mismo, en claro perjuicio de sus intereses personales o económicos. En este supuesto deberá acudirse también a los tribunales para que declaren la intromisión como ilegítima, desvirtuándose, así, la presunción de capacidad de capacidad del art. 322 CC; 199 CC y art. 3.1 LO 1/982.

La regulación contenida en los arts. 59 y 60 de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria viene a paliar en parte las dificultades interpretativas señaladas regulando el expediente de autorización judicial de consentimiento en el ámbito del mencionado art. 3 LO 1/1985, parece ser que con mayores garantías. Muy brevemente señalar que el expediente se inicia mediante solicitud acompañada de un proyecto de consentimiento por el representante o la persona con capacidad judicialmente modificada. Una vez admitida la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, se señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a éste si el Juez lo estima necesario. El Juez puede acordar también de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación, en su caso, de otros interesados. El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. Contra esta resolución cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente. Si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto.

Son pocos los supuestos que han llegado a los Tribunales por vulneración del derecho a la imagen de las personas con discapacidad. En la STC de 16 de diciembre de 2013, (RTC 2013, 208), con motivo de la interposición de un recurso de amparo contra la STS de 19 de enero de 2010, - puede consultarse ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen", en DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. (coord.): *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Tirant lo Blanch, 2011-, se admite la demanda de amparo por entender que no es suficiente el consentimiento prestado por una persona con un déficit cognitivo y visual al conceder una entrevista a un espacio televisivo de entretenimiento en un contexto jocoso, siendo indiferente a los efectos de esta protección de amparo que haya sido o no modificada su capacidad judicialmente. Resulta evidente que en el caso concreto el titular de los derechos no podía conocer el alcance de la repercusión de la entrevista concedida en un contexto de auténtica ridiculización de la persona, que vulnera su honor.

Como recomendación final: quienes ejercen la medida de protección deben poner especial cuidado a la hora de subir o compartir fotos de la persona protegida en redes sociales que haya prestado su consentimiento a tal efecto. Debe siempre valorarse la imposibilidad de predecir en toda su dimensión el alcance, repercusión o mal uso que de esas imágenes puedan llegar a hacerse, cuanto más si se incurre en

las particulares circunstancias de la persona protegida, merecedoras del despliegue de una protección reforzada.

3.5. Desde el marco de protección que dispensa el art. 23.1 CE y art. 29 de la Convención, se reconoce el derecho a participar en la vida política en su doble dimensión: el sufragio activo y pasivo. El art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de julio, del Régimen Electoral General, modificada por LO 2/2011, de 28 de enero, dispone que carecen del derecho al sufragio universal activo:

"Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del sufragio». El apartado c) se refiere a "los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure el internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

Algunas sentencias de primera instancia han privado del ejercicio de este derecho - vid. DÍAZ ALABART, S.: "El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. Visión civilista", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2012. Por contra, otras tantas, han optado por no hacerlo de forma absoluta, incorporando algunas limitaciones, como restringir su ejercicio por correo, permitiendo su ejercicio en mesas electorales en las que los miembros que las componen pueden apreciar situaciones evidentes de absoluta falta de capacidad. Estos supuestos conjugan con mejor criterio el reconocimiento del ejercicio este derecho fundamental con la adopción de ciertas garantías para su adecuado ejercicio.

Conviene traer a colación en este punto la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, de 29 de noviembre sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en procedimientos sobre su determinación de la capacidad de las personas, en la que se pone de relieve como el derecho a participar en los asuntos públicos directamente mediante el derecho de sufragio activo, constituye uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española y que afecta al desarrollo de la libre personalidad.

La privación del derecho al voto como derecho fundamental, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, solo puede hacerse en virtud de sentencia, declarándose expresamente la incapacidad para el ejercicio de este derecho, según dispone el art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio. Sin embargo, una lectura del precepto a la luz de la Convención debería ser suficiente para reformar su contenido haciendo inoperante esta limitación.

La negación de este derecho no puede ser una consecuencia implícita de la declaración de incapacidad, sino todo lo contrario, puesto que, en aras a una pretendida protección, se adopta una medida que no puede ser calificada como de necesaria y proporcionada. El objeto de la prohibición no es la protección de la persona, porque el ejercicio de este derecho no le genera perjuicio alguno. Tampoco cabe sugerir que esta privación responda a la necesidad de prevenir captaciones de voluntad con el fin de emitir votos a favor de un determinado partido, porque éste es un riesgo común que nos afecta a todos. Por el contrario, se priva a su titular de un derecho fundamental, de carácter personalísimo e ilimitable, cercenado su libertad e impidiendo la integración de la persona en la vida política y social. Lo lógico sería que en la propia sentencia de modificación de la capacidad se incidiera en los posibles mecanismos para que la discapacidad psíquica de gravedad no supusiese nunca un límite insuperable en el ejercicio de este derecho subjetivo público, tal es el fundamento del párrafo iii) del art. 29 a) de la Convención, cuando se refiere a la asistencia de una persona de su elección que le auxilie en la emisión del voto, medida de acción positiva que consiste en la prestación de un apoyo específico para compensar las singulares dificultades de la persona protegida.

4. Debe incidirse en la necesidad de articular un modelo de protección basado en el ejercicio personal y efectivo de los derechos de la personalidad conforme a las capacidades concretas de la persona y en atención a los principios rectores de respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con pleno reconocimiento, por tanto, de su capacidad de decisión, autonomía individual y vida independiente.

La sentencia judicial de modificación de la capacidad no puede alterar el ejercicio de estos derechos de manera general o de forma anticipada, pues su ejercicio viene determinado por la capacidad natural de su titular en el momento de ejercerse, sin que se admita la representación legal en los derechos personalísimos, salvo que las condiciones concretas de la persona no admitan otra forma en su ejercicio sin que se genere algún tipo de perjuicio para su titular o le coloque en situación manifiesta de discriminación.

El procedimiento de modificación de la capacidad debe tener como objetivo primordial detectar las capacidades concretas de las personas, integrando para ello un sistema de protección capaz de excluir intervenciones arbitrarias o que vulneren derechos fundamentales.

Finalmente, para quienes ejercen la medida de protección, a ellos corresponde velar por el bienestar general de la persona protegida con acciones que favorezcan el efectivo ejercicio de los derechos personales en igualdad de condiciones,

previniendo intromisiones ilegítimas o actos de renuncia, por parte de su titular, que puedan causar lesión en sus propios intereses, cuanto más, si se parte del acceso y utilización masiva de internet y las imponderables consecuencias que de su mal uso se derivan.

ÍNDICE

LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL "INTERÉS PÚBLICO" COMO EL ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

THE ECHR CASE LAW ON "PUBLIC INTEREST" AS THE FUNDAMENTAL ELEMENT OF FREEDOM OF EXPRESSION

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

RESUMEN: A través del presente artículo, vamos a analizar la figura del interés público. De su existencia dependerá que al ejercicio de la libertad de expresión pueda beneficiarse del estatus de posición preferente frente a los derechos de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, interés público, libertad preferente, derechos de la personalidad.

ABSTRACT: In this article, we analyze the figure of public interest. Only if it exists, freedom of expression could benefit from preferred position status against the rights of personality.

KEY WORDS: Freedom of expression, public interest, preferred freedom, rights of personality.

FECHA DE ENTREGA: 28/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares.- 2. El interés público o interés general.- 3. Cuestiones salariales.- 4. La salud.- 5. La vida sexual.- 6. La prensa del corazón.- 7. Conclusiones

1. El TEDH ha venido reconociendo, desde siempre, que la libertad de expresión posee una doble naturaleza: como derecho subjetivo y como garantía institucional de la democracia. Esta última es, precisamente, la que le otorga una posición preferente. Al fin y al cabo, no nos encontramos ante un derecho más, sino que la libertad de expresión se encuentra en la base de la formación de la opinión pública libre, garantía del pluralismo político y de la democracia representativa.

Pero para que se pueda reconocer esa posición preferente, es absolutamente imprescindible que el acto comunicativo se refiera a algún tema de "interés público", pues solo estos servirán para la formación de la opinión pública libre.

Esta no es una cuestión menor, puesto que a sensu contrario, significa que, careciendo el tema de "interés público", la libertad de expresión ya no gozará de ese carácter preferente. Ello resulta especialmente trascendente cuando se produce un conflicto con algún derecho de la personalidad (pensemos fundamentalmente en el honor, la intimidad y la propia imagen, que son aquellos con los que más habitualmente colisiona la libertad de expresión). En tal caso, en la ponderación de derechos, no se podrá alegar como un criterio a favor de la libertad de expresión, que la misma sirva para la formación de la opinión pública libre.

2. Del estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre este extremo, lo primero que podemos concluir es que se suele englobar bajo el concepto de interés público (o interés general) toda noticia o comentario que contribuya a un debate sobre cuestiones de relevancia pública. Esta es, evidentemente, una respuesta muy poco precisa. A la vista de tal ambigüedad, será el propio TEDH el que, analizando caso por caso, y, por tanto, a posteriori, determinará si la noticia respondía al interés general o no.

En todo caso, resulta harto complicado predeterminar qué casos serían amparables bajo dicho concepto y cuáles no, aun cuando el TEDH sí que ha indicado que no debe confundirse el interés público, con el interés del público en satisfacer su curiosidad y, bajo ese criterio, ha ido indicando una serie de supuestos que no formarían parte de ese interés general: la vida sentimental o sexual de las personas, su salud, o sus problemas financieros.

No obstante, como ahora veremos, estos temas respecto de los cuales, con carácter general, el TEDH ha manifestado que no responden al interés general, sí que, en determinados supuestos y a la vista del estudio del caso concreto, ha considerado que merecían tal calificación.

3. A pesar de que el salario de cualquier persona que no viva del erario público, como pueda ser el del presidente de una empresa, pudiera considerarse, apriorísticamente, como un dato privado no merecedor de interés público, la STEDH 21 enero 1999 (TEDH 1999, 3), teniendo en cuenta todos los elementos en juego, entendió lo contrario.

La publicación del incremento salarial del Presidente de la firma automovilística Peugeot fue considerada como un tema de interés general. En dicha calificación tuvo especial relevancia el contexto en que se produjo dicha subida: un período de agitación social caracterizado, entre otras, por las medidas reivindicativas de los trabajadores de Peugeot. Entre las mismas, figuraban los aumentos salariales, que fueron rechazados por la dirección de la empresa presidida por el señor Calvet, alegando cínicamente que eran inviables.

Estas circunstancias fueron determinantes para que el TEDH entendiese que el incremento del sueldo del Sr. Calvet era un tema de interés público. Como literalmente señala el TEDH, "El artículo buscaba el contribuir en un debate que iba más allá de la simple persona del dirigente de Peugeot: su personalidad y sus funciones, la importancia del conflicto social en curso y de la empresa afectada constituían otros tantos elementos que se prestaban a discusión. Por lo tanto, la publicación no habría puesto en tela de juicio la reputación o los derechos del señor Calvet, sino la gestión de la empresa que él dirigía".

4. Como hemos visto previamente, en principio, la salud de las personas no sería un tema que se pudiese considerar de interés público. Ahora bien, de nuevo en atención a las circunstancias concretas que rodearon el caso, la STEDH 18 mayo de 2004 (TEDH 2004, 36) consideró justificada la publicación del estado de salud del que había sido Presidente de la República Francesa.

Dicho supuesto trata sobre la publicación de un libro, titulado "El gran secreto", nueve meses después del fallecimiento del expresidente de la República, el Sr. Mitterrand. En dicho texto se relata cómo al político se le había diagnosticado cáncer pocos meses después de ser elegido, por primera vez, Presidente de la República. En su redacción colaboró el que fuera médico personal del Presidente.

El TEDH llega a entender que, pasados más de nueve meses desde la muerte del expresidente Mitterrand por cáncer, los ciudadanos sí que tenían derecho a conocer las condiciones de salud que rodearon al mandatario francés, por considerarlas de interés público. El TEDH tiene en cuenta que el cáncer, en virtud del cual falleció, había sido diagnosticado ya pocos meses después de ser elegido por primera vez Presidente de la República. Durante todo su mandato, que abarcó catorce años, este dato fue ocultado, impidiendo así a los electores franceses tener un elemento más a valorar en la reelección que tuvo lugar tras los primeros siete años. Es obvio, para el TEDH, que la salud de quien opta a ocupar la Jefatura del Estado es un tema de interés público. En palabras del TEDH: "la publicación de esta obra se inscribía en un debate de gran interés general entonces en Francia, relativo en concreto al derecho de los ciudadanos, dado el caso, a ser informados de las afecciones graves que sufra el Jefe del Estado, y a la aptitud para la candidatura a la magistratura suprema de una persona que se sabe gravemente enferma. Lo que es más, el secreto, según la tesis de la obra, impuesto por el Presidente Mitterrand desde la aparición de la enfermedad sobre la existencia de su mal y sobre su evolución, al menos, hasta la fecha en la que la opinión pública fue informada (más de diez años después), plantea la cuestión de interés público de la transparencia de la vida política."

5. Otro ejemplo, relativamente reciente, de cómo un tema que no merecería ser considerado de interés general, pues afecta a la vida sexual del demandante, y que luego así fue calificado, es el resuelto por la STEDH (Sección 1ª) de 4 diciembre de 2012 (JUR 2012, 377336).

En dicho asunto, un semanario publica primero un artículo relativo a una investigación policial llevada a cabo en un Seminario religioso, por sospechas de descarga de pornografía infantil. El artículo señala además que se habían encontrado fotografías de seminaristas participando en actividades homosexuales.

Una semana después, el semanario publica otro artículo en el que se informaba sobre que las relaciones homosexuales eran conocidas dentro del seminario e, incluso, que el Obispo que conocía estos hechos, trató de silenciarlos desde un principio. Merece destacarse que el este último había condenado públicamente y de manera reiterada la homosexualidad como un pecado y una aberración. El artículo contenía dos fotografías del subdirector del Seminario, una, en la cual estaba a punto de abrazar a un seminarista, y otra, en la que el demandante y el seminarista estaban a punto de besarse. En esta fotografía, el demandante tenía los ojos cerrados y su boca estaba entreabierta. Las fotografías fueron tomadas por uno de los seminaristas en el apartamento privado del demandante.

Estos hechos fueron calificados por el TEDH como de interés público, y ello en virtud del siguiente argumento: "En vista de la posición de la Iglesia condenando la homosexualidad, la sociedad tiene el derecho a ser informada sobre la conducta de un dignatario de la Iglesia que estaba en clara contradicción con dicha postura, aún

más, si dicha conducta tuvo lugar en un centro de formación para futuros sacerdotes e involucró relaciones, aunque fueran voluntarias, entre futuros sacerdotes y sus superiores".

La claridad y la contundencia de la Sentencia no deja lugar a dudas. Un tema absolutamente privado (como sería la tendencia o las prácticas sexuales de una persona) adquiere interés público, desde el mismo momento en que se muestra una contradicción radical entre el mensaje oficial de la institución (enfatizado cínica e hipócritamente por algunos de sus representantes) consistente en una condena explícita de la práctica homosexual y la vida privada de algunos de sus miembros, que incluía este tipo de prácticas.

6. La denominada prensa rosa, o del corazón, merece un epígrafe específico. La misma trata fundamentalmente sobre la vida privada de terceros que son famosos. Tradicionalmente, la razón de la fama estribaba en la pertenencia a una familia nobiliaria, o por ser artistas, deportistas, o por otras razones más variopintas. En la actualidad, por desgracia, la categorización de famoso ha degenerado. De hecho, podemos decir, sin lugar a equívoco, que hoy en día hay famosos sin razón aparente, cuyo trabajo es precisamente ese, ejercer de famoso, y viven de ello, vendiendo exclusivas a la prensa rosa o participando en programas de televisión.

Dos son los criterios sobre los que se va a apoyar la jurisprudencia del TEDH a la hora de enfrentarse a los procesos derivados de lesiones de los bienes de la personalidad por parte de la prensa rosa: Conforme el primer criterio, no se debe limitar la categoría de interés público a los temas políticos. Esto significa que también podrán ser amparables bajo este concepto noticias relativas a los deportistas, los artistas y demás personas con notoriedad pública. Ello es importante porque una parte considerable de los sujetos sobre los que informa este tipo de prensa pertenece a alguno de estos colectivos. Y el segundo criterio, al cual ya hemos hecho referencia previamente, es que no se puede confundir el "interés público" con el "interés del público" en satisfacer su curiosidad sobre las vidas ajenas. De ello deduciríamos que la prensa debería poder informar respecto de aquellos aspectos por los cuales las personas referidas son conocidas, esto es, si se trata de un actor, podría informar sobre aquello que tenga que ver con su carrera profesional en los escenarios. Desde luego, publicar aspectos de su vida privada que no tengan ningún tipo de trascendencia en su proyección pública como artista en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre. Ello solo sirve para nutrir a un sector del público ávido de cotilleos y chismes sobre la vida de los demás. Además, no podemos obviar que tras la publicación o la emisión de las intimidades de los famosos se esconde un puro interés crematístico, pues la comercialización de este tipo de revistas o la emisión de programas del corazón comportan unos suculentos beneficios, sea vía directa, a través de la propia venta, o vía indirecta por la publicidad contratada en las televisiones y en las propias revistas.

No obstante, la jurisprudencia del TEDH sobre la prensa rosa ha sido vacilante, resultándonos especialmente preocupantes los últimos fallos dictados al respecto, pues amplían tanto los supuestos encuadrables en el concepto interés público que lo desnaturalizan.

De las múltiples sentencias habidas, entendemos que hay dos fundamentales, además referidas a los mismos demandantes, la Princesa Carolina Von Hannover y su marido, el Príncipe Ernst August Von Hannover, que merecen un estudio comparado, pues el TEDH da respuestas distintas a unos supuestos de hecho similares.

Así, la primera sentencia, STEDH 24 junio 2004 (TEDH 2004, 45), resuelve resumidamente el siguiente supuesto de hecho: La demandante denunció que se habían publicado, sin su consentimiento, diversas fotografías en las que se recogían momentos de su vida privada. Así mismo, se acompañaban a las fotografías artículos sobre los demandantes. Tras interponer las correspondientes demandas contra los medios que las habían publicado, las mismas fueron desestimadas, confirmando dichas desestimaciones los distintos órganos judiciales alemanes, incluido el propio Tribunal Constitucional. El argumento básico utilizado por los tribunales germanos fue que la Princesa era un personaje público.

Tras el correspondiente proceso ante el TEDH, el mismo admite que, el Estado alemán ha conculcado el derecho a la vida privada de los demandantes, reconocido en el artículo 8 CEDH. Y, entre otros argumentos, el fundamental por lo que nosotros respecta es, y citamos literalmente, el siguiente: "la publicación de las fotografías y de los artículos en litigio, cuyo único fin era el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante".

Por tanto, para el TEDH, en esta sentencia lo fundamental no es que estemos ante un personaje público, lo cual es indiscutible, sino que aquello sobre lo que se estaba informando no respondía al interés general. Al carecer de este último, no cabía apreciar en la libertad de expresión el privilegio de la posición preferente, pues ello solo se da cuando la información sirve para la formación de la opinión pública libre. Siendo así, en el juicio de ponderación de derechos, la vida privada prevaleció sobre la libertad de expresión.

Sin embargo, años más tarde, el TEDH volvió a pronunciarse sobre los mismos demandantes y un supuesto similar (aunque con matices) en la STEDH 7 febrero 2012 (TEDH 2012, 10). En este caso, la prensa alemana había publicado unas fotografías (de nuevo sin permiso) y unos artículos sobre la vida privada de los demandantes, así como del padre de la actora. Algunos de estos artículos hacían referencia, de manera tangencial, a la mala salud del Príncipe Rainiero, y ello lo aderezaban con las correspondientes fotografías. Tras las pertinentes demandas, nuevamente los tribunales alemanes las desestimaron. En esta ocasión, la judicatura

germana consideró que la salud del padre de la demandante era un tema de interés público y ello justificaba que la prensa informara sobre cómo se habían comportado los familiares del Príncipe Rainiero, estando él enfermo. Los tribunales alemanes entendieron que las fotografías apoyaban e ilustraban tal información.

Pues bien, en esta ocasión el TEDH desestimó la demanda interpuesta por los afectados, precisamente por considerar que aquí sí que nos podíamos encontrar ante un tema de interés general. Así, literalmente indica que: "Por lo que se refiere a la calificación de la enfermedad del Príncipe Rainiero de acontecimiento histórico contemporáneo, el Tribunal estima que, atendiendo a las razones esgrimidas por los tribunales alemanes, tal interpretación no puede considerarse irrazonable (…) En consecuencia, el Tribunal reconoce que las imágenes en litigio, consideradas a la luz de los artículos que las acompañaban, contribuyeron, cuando menos en cierta medida, a un debate de interés general."

Nosotros no compartimos el sentir de este fallo, puesto que, si bien el estado de salud del Príncipe Rainiero puede ser considerado como un tema de interés público, habida cuenta que a la sazón era el Jefe del Estado monegasco, también lo es que ello no puede utilizarse como pretexto para vulnerar el derecho a la vida privada de los justiciables. Así pues, de la lectura de los artículos (junto a las fotografías) se deduce que la información sobre el Príncipe Rainiero es tangencial, en realidad, se utiliza como subterfugio para tratar cuestiones relativas a la vida privada de los demandantes, que no deberían haber sido consideradas como amparables bajo la figura del interés público. Y es que, como decía el mismo TEDH, en la sentencia anterior, STEDH 24 junio 2004: "el público carece de interés legítimo en saber dónde se encuentra la demandante y cómo se comporta generalmente en su vida privada, incluso si aparece en lugares que no siempre pueden calificarse de aislados, y ello pese a su notoriedad.".

A nuestro entender, creemos que en ambos casos se debería haber amparado la vida privada de los demandantes, en virtud del artículo 8 CEDH, por carencia manifiesta de interés público.

Para finalizar este epígrafe, debemos mostrar nuestra estupefacción ante la línea jurisprudencial adoptada por el TEDH respecto a la ampliación de los temas que ha pasado a considerar como de interés público. A título de ejemplo, deseamos citar la resolución de inadmisión de demanda de fecha 24 de mayo de 2016. En este supuesto se considera que la publicación en una revista alemana de un reportaje, con fotos incluidas (por supuesto no consentidas), sobre la boda de un famoso presentador de televisión alemán está amparada por la libertad de expresión. Y ello a pesar de que el propio demandante había solicitado expresamente que quería que la ceremonia se desarrollase en la intimidad, solo junto a los familiares y amigos. Es más, por si cupiese alguna duda, se habilitó un área de acceso restringido, para evitar que pudiese entrar cualquier otra persona que no estuviese expresamente invitada.

Inexplicablemente el TEDH considera que la información sobre el casamiento era de interés público, porque uno de los demandantes es famoso y porque toda boda tiene una faceta pública (esta apreciación ya la hizo con carácter previo, en su STEDH 16 enero 2014 (JUR 2014, 14005). En la revista, además de publicarse las fotografías de la novia y de los invitados, se relataba con precisión lo que sirvieron en el convite, cómo iban vestidos los novios, la decoración de la Iglesia, se citan literalmente algunas palabras pronunciadas por el cura, por el novio y por el padre de la novia, e, incluso se alude a un extracto de una oración de intercesión recitada por uno de los hijos de los demandantes. Llegados a este punto, las preguntas que nos hacemos son las siguientes: ¿de verdad todos esos datos sirven para la formación de la opinión pública libre?; ¿nos quiere hacer creer el TEDH que esa información no tiene como principal función alimentar el malsano interés del público por las vidas ajenas?

7. Primera. El interés público o interés general es lo que determina que la libertad de expresión goce de una posición preferente, habida cuenta que solo si el mismo se da, se puede entender que la información sirve para la formación de la opinión pública libre.

Segunda. Se entenderá amparable, bajo la categoría de interés general, toda noticia o comentario que contribuya a un debate sobre cuestiones de relevancia pública.

Tercera. No se deberá confundir interés público con interés del público en satisfacer su malsana curiosidad por las vidas ajenas. Tampoco se podrá limitar el interés público a las cuestiones políticas.

Cuarta. Aun cuando el TEDH ha intentado establecer una serie de supuestos que no entrarían dentro de esta categoría (la vida sentimental o sexual de las personas, su salud, o sus problemas financieros), lo bien cierto es que su propia jurisprudencia ha ido encontrando siempre excepciones a dichas reglas generales.

Quinta. Apriorísticamente va a resultar muy difícil predecir cuándo nos encontramos ante un tema de interés público y cuándo no. Como hemos visto, solo a posteriori, tras leer las diferentes sentencias se puede saber qué criterios han sido los verdaderamente relevantes para el TEDH a la hora de entender justificado o no el amparo bajo tal categoría. Incluso supuestos que podrían haber merecido respuestas similares, han concluido de manera dispar. Ello comporta una indeseable inseguridad jurídica.

Sexta. La jurisprudencia sobre la prensa rosa ha resultado vacilante, siendo que, en los últimos tiempos, el TEDH viene amparando bajo la categoría de "interés público" informaciones que difícilmente se puede sostener que contribuyan a la

formación de una opinión pública libre. De hecho, más bien, servirían únicamente para alimentar el "interés del público" por las vidas ajenas.

ÍNDICE

ANÁLISIS DEL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES

STUDY OF SEXUAL OFFENDER REGISTRY

JOANA VENDRELL ALFONSO
Asesora comercial Oficina Comercial Helsinki, IVACE
jvendrella@comercio.mineco.es

RESUMEN: Estudio comparativo del Registro Central de Delincuentes sexuales establecido en España y del modelo estadounidense. El objetivo de este artículo es mostrar las consecuencias negativas derivadas de la publicidad de los registros de los delincuentes sexuales. Así mismo, pretendemos observar cómo afecta dicha regulación a la reducción de la reincidencia en este determinado tipo de delitos.

PALABRAS CLAVE: Registro de delincuentes sexuales; reincidencia; política criminal.

ABSTRACT: Comparative study of Sexual Offender Registry in Spain and United States. The purpose of this essay was to show the negatives consequences that occurred with a sex offenders registration. And how it affects to reduction in recidivism.

KEY WORDS: Sexual offender registry; recidivism; criminal policy.

FECHA DE ENTREGA: 13/02/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Modelo español: estudio del RD 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.- 3. Modelo americano: Registro de delincuentes sexuales en EE.UU: "Megan's Law".- 4. Consecuencias derivadas.- 5. Conclusiones.

1. El pasado mes de diciembre del 2015 se aprobó por el Consejo de Ministros la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales como un mecanismo de protección y prevención de la delincuencia. Adaptándose a la normativa supranacional, España pretende desarrollar un sistema para facilitar y conocer los datos de los autores de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, así como de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo pornografía, con independencia de su edad. Los datos del mismo consistirán en toda la información penal de los autores además de su código identificador del perfil genético (ADN), cuando así lo haya acordado el órgano judicial.

En comparativa con otro tipo de delitos graves, las agresiones sexuales, y en particular, aquellas en las que hay implicadas algún menor, son consideradas conductas con un mayor reproche social y que provocan una mayor alarma social. La inquietud y el miedo que causan estas conductas en la sociedad hacen patente la necesidad de contar con unos programas de intervención y prevención estrictos a fin de evitar su crecimiento.

Para reducir la probabilidad de reincidencia de agresiones sexuales se ha optado por la creación de un registro de delincuentes sexuales. Esta nueva medida de prevención nos hace plantearnos cuestiones que trataremos de exponer en las siguientes páginas, como el efecto que podría tener en nuestro sistema jurídico penal basado en la rehabilitación y sus posibles repercusiones, así como las consecuencias que podrían derivar de la misma para los agresores y para la ciudadanía.

2. A tenor de la Ley Orgánica 8/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se dispone la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales, cumpliendo así con los compromisos asumidos por España en su ratificación del Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

El Registro Central de Delincuentes sexuales se regula en España por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre como instrumento para dar respuesta a la

problemática suscitada en torno a la protección de los intereses de los menores. Las primeras dudas respecto al carácter que adoptaría el registro han sido disipadas revistiendo un carácter privado, correspondiendo su gestión a la Secretaria del Estado de Justicia a través de la Secretaría General de la Administración de Justicia.

El Real decreto recoge un régimen de inscripción, consulta, certificación y cancelación de los datos de personas condenadas en sentencia firme, por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexual o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía. Y contendrá toda la información penal que conste tanto en el Registro Central de Penados como en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y será transmitida de manera automática entre los distintos registros en el momento de su inscripción, modificación o cancelación.

El acceso a dicha información es de acceso directo para los Jueces y Tribunales, Ministerio Fiscal y policía judicial, en el ámbito de sus respectivas competencias; y en todo caso, el acceso deberá estar vinculado a las finalidades y objetivos perseguidos por el Registro. Por otra parte, se permite la obtención de los datos inscritos, incluso sin necesidad de contar con el consentimiento del interesado, en el caso de los órganos judiciales o de que la certificación sea recabada por las entidades públicas de protección de menores competentes territorialmente. Habiendo en todo momento constancia de la identidad de las personas que accedan a dicho Registro y de los datos consultados. Asimismo, la Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, para facilitar el intercambio de información en este ámbito.

El Registro de Delincuentes sexuales cuenta con un régimen de cancelación previsto en función de la edad de la víctima y del condenado, coincidiendo en su generalidad, con la temporalidad de los antecedentes penales. En los casos en que la víctima es menor de edad, se amplía su duración hasta 30 años. Si el condenado fuera el menor, se estará al plazo de cancelación de antecedentes.

Por otra parte, se requiere hacer especial hincapié a la incorporación al Registro Central de Delincuentes sexuales de los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN). En este caso el Ministerio de Justicia habilitará a los funcionarios autorizados encargados de la Base de Datos Nacional de ADN del Ministerio de Interior para que puedan incorporar el código identificador del perfil genético y cancelar dichos datos en el momento oportuno, atendiendo en todo caso a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

La inscripción en el Registro puede llevar aparejada una restricción del derecho al trabajo o de otras libertades, cuando las mismas impliquen un trato directo con menores de edad. En este sentido, se han introducido modificaciones algunas leyes: La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado.

En el artículo 13.4 de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se establece que: "aquellos que pretendan el acceso y ejercicio a profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores deberán acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación el negativa del Registro Central de delincuentes sexuales. El certificado de desempeño de estos oficios, es un certificado gratuito expedido preferentemente por medios electrónicos". Un ejemplo similar encontramos en la Ley de voluntariado en el que se exigirá como requisito para tener la condición de voluntario en entidades o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores el certificado negativo de dicho registro.

Para finalizar es importante señalar que el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre no constituye la inscripción como una pena, sino como una medida de protección de la infancia y adolescencia y no se opone a los principios de proporcionalidad, necesidad o reinserción pues no impide que los antecedentes penales sean cancelados en el plazo establecido legalmente, sin que dichas inscripciones sean consideradas a efectos de reincidencia. Sin embargo, se menciona en el preámbulo de la misma ley, que se tratará de evitar la estigmatización en el caso de los menores de edad que estén inscritos en el Registro disponiendo el plazo de cancelación al plazo de los antecedentes penales.

3. El motivo principal sobre el que se funda esta regulación es la prevención y protección de la delincuencia de naturaleza sexual. Sin embargo, la creación de registros o publicación de listas de delincuentes ha creado controversias en numerosos países, destacando EEUU como epicentro de la polémica argumental, cuestionándose si dicha medida da lugar a los efectos preventivos que se desean.

La constitución de un registro de agresores sexuales no es una novedad legislativa, ya que desde los años 40 lleva implementándose en Estados Unidos y progresivamente en países de nuestro entorno. Cada una de sus legislaciones, lo ha regulado con connotaciones diferentes por lo que es interesante ver las respuestas legislativas que han tomado los diferentes países, su evolución y sus repercusiones para poder comparar y realizar un análisis exhaustivo del mismo.

La primera formalización de un registro oficial de exdelincuentes sexuales aparece en 1994 en "Violent Crime Control and Law Enforcement Act". Hallamos en el Titulo XVII bajo la rúbrica de "Crimes against children", la promulgación de "Jacob Wetterling Act" en el que se establece la obligación de registro en una base de datos oficial de personas que hayan sido condenas por un delito en el que la víctima sea un menor, para los culpables de delitos de agresiones sexuales y para "depredadores sexuales violentos". Se establece una obligación de registro e información de los datos personales de los condenados y una obligación de información de residencia. Así como la obligación de transferir dichos datos personales al Estado donde resida

y al FBI. Cada Estado tendría el plazo hasta 3 años desde la promulgación de la ley, para implementar esta sección en su jurisdicción.

En 1996, dicha ley fue modificada por una ley conocida como: "Megan's Law" permitiendo a partir de ese momento que la información del registro fuera pública. La ley de Megan fue nombrada en honor a Megan Kanka, una niña de siete años de Nueva Jersey, violada y asesinada por un conocido delincuente sexual registrado, que vivía en la misma zona residencial. Este acontecimiento desencadenó un cambio sustancial en esta materia, instaurando la publicidad de la información sobre el paradero de los delincuentes sexuales para el público, con el objetivo de proteger a los miembros de la comunidad.

Así mismo, la ley (Código Penal § 290.46) justifica que no se pretende castigar al inscrito y por lo tanto prohíbe usar la información del sitio para hostigar o cometer cualquier crimen contra los mismos.

En la actualidad, los 50 Estados de EEUU y el distrito de Columbia incluyen un registro. En este mismo año es de destacar "Palm Lynchner Sex Offender", que permite al FBI el acceso a la base de datos nacional para la monitorización de los agresores.

Teniendo en cuenta que estamos hablando de cincuenta ordenamientos jurídicos diferentes, lógicamente existen junto a los elementos comunes un amplio número de elementos divergentes. Por ejemplo, una diferencia importante es que la mitad de los Estados usan sistemas de clasificación de los agresores dependiendo del delito y los otros estados utilizan el registro sin evaluación del riesgo de los sujetos, por lo tanto incluye cualquier delito sexual en el sentido amplio sin distinción de la gravedad del mismo. La importancia de esto reside en cuanto algunos estados consideran actos como orinar en público, prostitución, incesto, relaciones consentidas entre menores y ofensas menores como delitos contemplados dentro de estos registros.

Las notificaciones consisten en informar a los ciudadanos de los datos de una persona cuando se registra como delincuente sexual. Las formas de notificación, dependiendo del estado, podían ser: notificaciones activas, utilizadas generalmente para agresores de alto riesgo, en las cuales no era necesaria una petición de notificación por parte del ciudadano; ejemplos de las mismas son: comunicaciones en prensa, notificaciones en reuniones de la comunidad y comunicaciones puerta por puerta, llamadas automáticas, y carteles. Por otra parte, están las de divulgación limitada, que son comunicaciones activas a determinadas organizaciones o instituciones y finalmente las notificaciones pasivas, que consiste en proporcionar información a los ciudadanos de las personas registradas cuando lo solicitan. Los datos que se contenían en los registros incluían desde el nombre, fecha de nacimiento y su dirección hasta su completa descripción física y fotografía.

El Registro de Delincuentes Sexuales de Iowa, por ejemplo, permite crear un usuario en su página web e ir recibiendo notificaciones por correo electrónico sobre personas registradas y los cambios de información que se detecten en las mismas.

Con el mandato de George Bush, en 2005 y 2006, se promulgó "Adam Walsh Act" y se constituyó "The Dru Sjodin National Sex Offender Public Website" (NSOPW) nombrada así en honor a una estudiante llamada Dru Sjodin de 22 años que fue raptada y asesinada por un agresor sexual registrado en Minnesota. El monitor de búsqueda de NSOPW puede proporcionar información de los agresores sexuales a través de la nacionalidad, la dirección, el nombre o el país o ciudad.

4. Los objetivos del Registro de Delincuentes sexuales de los Estados Americanos son: protección pública y del ciudadano, disuasión de delincuentes para cometer crímenes similares y su utilización como herramienta de investigación para la aplicación de la ley.

La finalidad del registro se fundamenta en la idea de que la difusión pública del mismo implica prevención. La prevención tanto para la víctima como para al agresor: protección de la población y consecuentemente a sus posibles víctimas y disuasión del delincuente de cometer dichos actos. La efectividad del Registro de delincuentes sexuales y las notificaciones han sido muy cuestionadas, en especial, por su efectividad en la reducción de la reincidencia y por las consecuencias negativas derivadas.

La publicación de registros de delincuentes sexuales es una decisión político criminal que implica la protección de un interés público del que es titular la ciudadanía frente a un derecho individual del que es titular el delincuente; por lo tanto nos hallamos ante una balanza en la que por un lado está la prevención y por otra, la estigmatización. Los derechos que se pueden ver vulnerados en los agresores son el honor, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad.

Las consecuencias derivadas en Estados Unidos tras la adopción de estas medidas, son observadas en los dos planos: en la comunidad y en los agresores sexuales, donde se han observado aumentos de los niveles de ansiedad, así como una serie de consecuencias sociales y personales.

Ostracismo social, problemas en trabajo y casa, privación de derechos, restricciones en el empleo, restricciones culturales, estigmatización, acoso, dificultades relacionales y de emoción, pérdidas financieras, dificultades asegurando la vivienda, disminución de la autoestima, vulnerabilidad y vergüenza son unas de las consecuencias que se han podido registrar en la adopción de estas medidas. Por otro lado, afecta a la reinserción social, puesto determinados sujetos se ven forzados a buscar trabajos precarios o al desplazamiento a barrios marginales, motivo por el cual se dificulta su rehabilitación.

En cuanto a la comunidad, se han observado aumentos de los niveles de ansiedad en los vecindarios donde se ha notificado que reside un agresor sexual. El miedo al delito así como la percepción subjetiva de la delincuencia, no son reacciones que coadyuven a la seguridad y tranquilidad de la ciudadanía.

Por otra parte, es relevante destacar la importancia de la actualización de los datos contenidos en los mismos ya que se han identificado numerosos casos, como en California, Florida y Kentucky donde la información se halla desactualizada o errónea (direcciones inexistentes o pertenecientes a un local comercial y paraderos desconocidos). Esto supone que la herramienta no es completamente efectiva y puede provocar inseguridad o desconfianza en la población.

Como vías alternativas en Estados Unidos encontramos programas de tratamientos, intervenciones médicas y libertad condicional vigilada. Sin embargo, históricamente el tratamiento de los agresores sexuales en la sociedad ha sido objeto de duras críticas y de duras sentencias judiciales.

Los delincuentes sexuales son percibidos por la sociedad como sujetos con alto riesgo de reincidencia y poca probabilidad de cambio. Sin embargo, recientes estudios han demostrado que, en la generalidad de los casos de agresiones sexuales, solo un escaso porcentaje son reincidentes en el mismo tipo de delito.

Helmus, Hanson, Babchishin y Mann (2013) han publicado un estudio que incluía un total de 13.782 agresores, encontrando una tasa de reincidencia sexual del 9.2%, una tasa de reincidencia violenta del 13.5% y una reincidencia total del 34.9%. Adkins et al. (2000) hicieron un estudio en Iowa comparando un grupo de agresores sexuales antes de la implantación del registro y a otro grupo después y el ratio de reincidencia de ambos grupos oscilaba el 0,5%, no siendo la diferencia de reincidencia muy significante.

Los factores asociados con la reincidencia son: desviación sexual, actitudes sexuales, déficit de intimidad, problemas psicológicos y presentación clínica. Por lo que en la valoración del riesgo de los agresores podríamos dividir en dos grupos: sujetos de alto riesgo y sujetos de bajo riesgo. Y en cada uno deben emplearse distintas intervenciones y programas debido a las diferencias existentes entre ambos grupos de sujetos.

5. La respuesta político criminal del Estado ante una alarma social suele propiciar medidas más restrictivas e invasivas. En EEUU fueron tres los sucesos con una gran alarma social la que provocaron una regulación más estricta: el secuestro y asesinato de Jacob Wetterling, la violación y asesinato de la niña de 7 años Megan Kanka y Adam Walsh, un niño norteamericano secuestrado y asesinado.

En comparativa con otros Estados y especialmente Estados Unidos, en España la regulación que se ha efectuado del Registro Central de Delincuentes Sexuales es mucho menos invasiva, sobre todo por su carácter privado. A diferencia de la legislación estadounidense, la codificación penal en España se articula en base al principio de rehabilitación, lo cual confirma la voluntad de mantener esta confidencialidad en los antecedentes penales. Así mismo, la protección del derecho al honor, intimidad, privacidad y dignidad es mucho más sólida en nuestro país.

Es interesante señalar la sentencia del TC 22.7.1999 en la que se señalaba que los antecedentes penales están protegidos por el derecho a la intimidad: "garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos decidan cuales son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado para la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio"

El concepto de honor es un tema muy complicado de delimitar, que conforme hemos visto en la historia ha ido adquiriendo connotaciones distintas según las circunstancias. El significado de honor ha fluctuado según los tiempos y las circunstancias. El honor iba aparejado a la vergüenza, a la humillación y, en ocasiones, al pecado; y variaba según la posición de cada uno en la sociedad y tiene dos vertientes, lo que nosotros vemos de nosotros mismos y lo que la sociedad ve de nosotros. Como señala Harald Weinrich en su ensayo: "mi honor solo existe ante la mirada ajena." La publicación de la condena en esta envergadura, sí se consideraría como lesión al derecho al honor, por lo que supone una extralimitación infamante de la pena impuesta.

El Estado se encuentra ante la problemática de una realidad social que tiene que regular y la dificultad que encuentran reside en la ponderación de los derechos implicados y el control de los parámetros del mismo. La publicidad de los datos como estrategia de prevención compromete en un primer estadio al honor y a la intimidad, así como el derecho a la privacidad.

El notable acceso cada vez mayor de los ciudadanos a las nuevas tecnologías y la creciente utilización de estos medios como instrumento social sitúa a la sociedad ante una nueva realidad, una realidad virtual. Por lo tanto, si ponemos de relieve el gran poder de repercusión que puede tener la publicidad de los antecedentes penales en Internet, el alcance del mismo puede ser global, y por lo tanto la afección al honor e intimidad de las personas una magnitud mucho mayor.

ÍNDICE

NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DE LOS INTERESES MORATORIOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. COMENTARIO A LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

NEW CASE-LAW DOCTRINE ABOUT ABUSIVE CHARACTER OF DEFAULT INTEREST ON MORTGAGE LOANS. COMMENT ON STS OF 3 JUNY, 2016

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
jramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: *El Pleno del Tribunal Supremo fija la doctrina de que también en los préstamos hipotecarios son abusivos los intereses moratorios que superen en dos puntos a los intereses remuneratorios.*

PALABRAS CLAVE: *préstamo hipotecario, cláusulas abusivas, intereses moratorios.*

ABSTRACT: *The Plenum of the Supreme Court fixes the doctrine that also in mortgage loans are abusive default interest exceeding two points to remunerative interests.*

KEY WORDS: *mortgage loans, unfair terms, default interest.*

FECHA DE ENTREGA: *13/07/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *15/07/2016*.

SUMARIO: 1. 1. El supuesto de hecho de la Sentencia.- 2. Consideraciones preliminares.- 3. La presunción *iuris tantum* de la falta de negociación individual de las cláusulas generales insertas en los contratos bancarios.- 4. La aplicación en los préstamos hipotecarios de la doctrina jurisprudencial que considera abusivos los intereses moratorios que exceden en dos puntos a los intereses remuneratorios (delimitación del ámbito de aplicación del art- 114.3 LH).- 5. La imposibilidad de moderación judicial de los intereses moratorios abusivos.

1. El Pleno del Tribunal Supremo acaba de dictar una importante Sentencia sobre el siempre polémico tema de los intereses moratorios abusivos, con fecha de 3 de junio de 2016.

La cuestión litigiosa tiene su origen en un préstamo hipotecario con un capital de 295.000 euros, en el que se pactaron unos intereses moratorios anuales del 19%, recayendo la hipoteca sobre una vivienda y un local comercial, y ampliándose el año siguiente el préstamo en 8.000 euros. Ante el impago de varias cuotas del préstamo, el Banco instó la ejecución de la garantía, adjudicándose la finca y presentando una exorbitante liquidación de intereses (87.708,10 euros).

El deudor presentó una demanda de juicio declarativo, en el que solicitaba la nulidad, por abusiva, de la cláusula en la que se había pactado el tipo de interés moratorio del 19%, pidiendo que se sustituyera su cuantía por otra inferior, "más ajustada a Derecho", proponiendo el interés remuneratorio pactado, aplicable a la fecha de liquidación de intereses (que resultaba ser de un 3,62%), o, alternativamente, el interés legal de demora o el interés legal del dinero incrementado en 2,5 puntos en esa fecha (esto es, el 7% o el 9,3%, respectivamente).

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, declarándose la nulidad de la cláusula en que se estipulaba el pago de los intereses moratorios del 19%, sin que el Juez procediera a la fijación de una cuantía inferior. En segunda instancia, se revocó la sentencia, y, en consecuencia, la declaración de nulidad, con una serie de argumentos, entre los que destacaba el que negaba la condición de consumidor al prestatario, argumento sobre el cual, volveré más adelante.

El Pleno del Tribunal Supremo en una importante Sentencia, núm. 364/2016, de 3 de junio (núm. 2499/2014) ha estimado el recurso de casación, llegando a la misma solución que la propugnada por el Juez de Primera Instancia.

2. Antes de entrar en el análisis de esta Sentencia conviene recordar algunos conceptos, que tienen que ver con la noción misma de "interés moratorio", y su

diferencia con el "interés remuneratorio", así como la doctrina jurisprudencial existente respecto al ámbito de aplicación de la disciplina de legislación sobre represión de la usura (la vieja Ley Azcárate de 23 de julio de 1908) y la de protección de los consumidores (concretamente, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante, TRLGDCU).

Los intereses remuneratorios tienen carácter retributivo, siendo el "precio" del dinero que una persona presta a otra. Sólo se deben si han sido pactados, pues el art. 1755 CC configura el simple préstamo como un contrato naturalmente gratuito. Además, dicho pacto deberá respetar las previsiones de la Ley de 23 de julio de 1908, con el fin de no ser calificado como usurario.

Los intereses moratorios, como observa la STS 5 noviembre 2003 (Tol 324929), tienen "una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero". Este tipo de intereses tratan, pues, de compensar el perjuicio que experimenta el acreedor, por no poder disponer de la suma de dinero, desde el mismo momento en que le debía haber sido entregada, privándole de la facultad de usarla o invertirla (el prestamista la cantidad correspondiente a los intereses remuneratorios del capital prestado, o el vendedor el precio del bien entregado). La cuantía de estos intereses se corresponde, según prevé el art. 1108 CC, con el interés legal (que en la actualidad es del 3,75%), a no ser que se hubiera pactado otra superior, para el supuesto de impago de la suma debida, teniendo como límite lo dispuesto en el art. 82 TRLGDCU, lo que quiere decir que no podrán ser abusivos.

Es doctrina consolidada (aunque discutible) del Tribunal Supremo (en la ahora no procede profundizar) que mientras la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 se proyecta sobre los intereses remuneratorios, el art. 82 TRLGDCU lo hace sobre los intereses moratorios, de manera que ambas regulaciones tienen supuestos de hecho específicos y diferenciados: quiere ello decir que los intereses remuneratorios pueden, en su caso, ser usurarios (en cuyo caso, producirán la nulidad del total contrato de préstamo, en virtud del art. 3 de la Ley Azcárate debiéndose proceder, por lo tanto, a la restitución de los que hubieran sido pagados, junto a la del capital entregado), pero no abusivos; y al contrario, los intereses moratorios pueden ser abusivos (en cuyo caso será nula la concreta cláusula que los estipule, conservando el resto del contrato su validez), pero no usurarios.

En efecto, aunque ha sido una cuestión discutida, la jurisprudencia actual, claramente expresada por la STS 18 junio 2012 (Tol 2652597) o la STS 2 diciembre 2014(RJ 2014, 6872), considera que la Ley de 23 de julio de 1908 no es aplicable a los intereses abusivos, tesis ésta, que comparto, pues, en caso contrario, se podría llegar a declarar nulo un préstamo con intereses de demora elevados, aunque los remuneratorios fueran perfectamente razonables (recuérdese que el efecto de la calificación de unos intereses como usuarios es la nulidad del entero contrato de préstamo). Ahora bien, en los casos en que el prestamista sea un consumidor, por

aplicación del art. 82.1 TRLGDCU, son abusivos los intereses moratorios desproporcionados, debiendo considerarse como nulas y no puestas las cláusulas que los establezcan (art. 83 TRLGDU). Hechas estas precisiones procederemos a comentar varios aspectos de la reciente Sentencia del Pleno.

3. Una de las cuestiones que se planteó en el litigio, la cual era previa a la relativa a la valoración del carácter abusivo de los intereses moratorios pactados, era la relativa a si el deudor hipotecante tenía, o no, la condición de consumidor, en el contrato de préstamo hipotecario concluido, presupuesto éste, que es necesario para la aplicación del TRLGDCU, así como si la cláusula en la que se había estipulado el tipo de interés moratorio había sido, o no, negociada individualmente por las partes, en orden a determinar si la misma podía calificarse, o no, como abusiva.

El Juez de Primera Instancia no dudó de su condición de consumidor, mientras que, por el contrario, la Audiencia Provincial la negó, entendiendo que "el interés de demora pactado no estaba referido a un préstamo para la adquisición de la vivienda habitual", pues se había hipotecado, "tanto la vivienda habitual como un local para obtener un préstamo destinado al tráfico mercantil e inversión del interesado", considerando que la cláusula en que se habían pactado los intereses moratorios había sido negociada individualmente por prestamista y prestatario.

El Tribunal Supremo afirma que no existe duda acerca de que el inicial contrato de préstamo, "por haber sido destinado a la adquisición de una vivienda habitual, está afectado por la normativa de consumidores"; y que la posterior ampliación del crédito, realizada el año siguiente, lo había sido "por una cuantía tan poco relevante (8.000 euros) en relación con el importe del inicial préstamo hipotecario (295.000 euros), que no puede "transformar el contrato novado en un contrato concertado por un profesional o empresario para su actividad profesional o empresarial". Además, de que tampoco consta acreditado "que el destino de la ampliación fuera una actividad ajena al consumo".

Por otro lado, el Tribunal Supremo aplica una doctrina, ya expuesta en su Sentencia del Pleno 22 abril 2015 (RAJ 2015, 1360), de la presunción *iuris tantum* de la falta de negociación individual de las cláusulas generales insertas en los contratos bancarios, que dice así: "el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad (…), salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas".

Una vez clarificado que el préstamo hipotecario estaba sujeto al TRLGDCU y, concretamente, al art. 82.1 del mismo, y no considerado probado que el Banco hubiera logrado demostrar que la cláusula controvertida hubiera sido negociada

individualmente, procede, pues, a valorar si los intereses moratorios pactados eran, o no, abusivos.

4. El tema de la determinación de la abusividad de los intereses moratorios reviste dificultades, porque las leyes no establecen un criterio general objetivo, de modo que, en ausencia de una norma expresa aplicable al concreto supuesto de hecho, corresponde a los Jueces valorar si los intereses pactados, por su elevada cuantía, son, o no, desproporcionados.

Concretamente, el art. 114.3 LH (redactado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) dispone que "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero".

Con apoyo en este precepto, diversas Juntas de Jueces acordaron, con carácter orientativo, que ese tope máximo, de tres veces el interés legal del dinero, operara como criterio para la valoración de la abusividad de los intereses moratorios, respecto a todo tipo de préstamos, personales o hipotecarios. Por ejemplo, el Acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 23 abril de 2013, dijo, así, que "En el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, se consideraran nulas, con carácter general y valorando siempre las circunstancias del caso concreto, las cláusulas que establezcan un interés moratorio superior al triplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato".

No fue éste, sin embargo, el único criterio seguido por la jurisprudencia de instancia. Así, la SAP Barcelona (Sección 13ª) 24 enero 2014 (JUR 2014, 52984) expone que "esta Sala adopta el criterio de que se consideran abusivos, los intereses de demora que excedan en más de 5 veces el interés legal del dinero (para el 2007, el 5% anual) o 3 veces el remuneratorio, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración así como todas las demás cláusulas del contrato". En el mismo sentido, se orienta la posterior SAP Barcelona 9 julio 2014 (JUR 2014, 237808), que, en consecuencia, entendió que no eran abusivos se fijaron los intereses de demora del 17,28% anual, cuando, para el año 2008, el interés legal del dinero estaba fijado en el 5,50 %, por lo que no excedían de cinco veces el interés legal del dinero, ni de tres veces el interés remuneratorio, fijado en el contrato de préstamo personal en el 0,99 % mensual, o 11'88% anual".

El Peno del Tribunal Supremo ha ido clarificando la cuestión. Así en su Sentencia 22 abril 2015, con apoyo en el art. 576 LEC, sentó la doctrina de que es "abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal". Expone que

"el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio", que, además, "no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe". "En consecuencia, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo porque consistía en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%".

Tras esta Sentencia quedó claro que el criterio del art. 114.3 LH no es aplicable para valorar el carácter abusivo de los intereses moratorios de contratos de préstamo personal no garantizados con hipoteca, sino que respecto de ellos el criterio que debe seguirse es el de que su cuantía no exceda en dos puntos porcentuales a la de los intereses remuneratorios.

Pero la pregunta que se planteaba tras esta Sentencia era la de si el criterio que debía seguirse para la valoración del carácter abusivo de los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios y, en particular, de los destinados a la adquisición de vivienda familiar, era el del art. 114.3 LH. La respuesta afirmativa, que parecía deducirse del tenor de la norma y *a contrario* de la Sentencia 22 abril 2015, llevaba a una consecuencia paradójica, esto es, que en un préstamo garantizado con una hipoteca (que comporta mayor seguridad que la que tiene un mero préstamo personal), destinado a la adquisición de un bien de tanta importancia a nivel existencial (como es la vivienda habitual), pudiera considerarse no abusivo un interés moratorio, que no excediera en tres veces el interés legal del dinero, pero que sí superara en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio pactado.

Esta consecuencia es, precisamente, la que quiere evitar la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, objeto del presente comentario, la cual considera que el criterio del art. 114.3 LH tampoco es el criterio de valoración para determinar el carácter abusivo de un préstamo hipotecario, ni siquiera del que tenga por finalidad adquirir una vivienda habitual, sino que debe aplicarse el mismo criterio seguido por la anterior Sentencia 22 abril 2015, que se convierte en general, esto es, el de considerar que la cuantía de los intereses moratorios no puede exceder en dos puntos a la de los intereses remuneratorios.

Dice, así; "si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales". La consecuencia es clara: "en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era

manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida".

Pero entonces, ¿cuándo se aplica el límite del art. 114.3 LH? El Tribunal Supremo afirma en esta reciente Sentencia que "Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos".

Por lo tanto, tras esta "obra de ingeniería jurídica" acometida por la jurisprudencia, el art. 114.3. LH sólo será aplicable a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda habitual, en los que la cláusula que fije la cuantía de los intereses moratorios haya sido negociada individualmente por las partes, funcionando dicho precepto como una norma de orden público inderogable por la voluntad de las partes. Solución ingeniosa desde un punto de vista lógico (aunque, en rigor, para resolver el caso, no era necesario llegar a ella, porque, como recuerda la propia Sentencia, también aplicando el criterio del art. 114.3 LH el interés hubiera sido declarado abusivo), pero ¿es esto lo pretendido por el legislador o lo que se deduce del tenor del precepto?: cada cual tendrá su opinión.

5. Otro aspecto interesante, aunque no novedoso, constado por la Sentencia comentadas, es el relativo a la imposibilidad de que el Juez pueda integrar el contrato, moderando la cuantía de los intereses moratorios declarados abusivos, como se hacía antaño, aplicando el antiguo art. 83.2 TRLGDCU (derogado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo). Esto es lo que, por ejemplo, hizo la STS 23 septiembre 2010 (Tol 1994640), que declaró abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario, en la que se había pactado un interés de demora del 29%, aminorando el tipo mediante la aplicación de un interés anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Sin embargo, esta práctica jurisprudencial no puede mantenerse, tras haber entendido la jurisprudencia comunitaria que, si el juez nacional constata la existencia de una cláusula abusiva, no es posible que modifique el contenido de la misma, sino que debe limitarse "a dejarla sin aplicación frente al consumidor". Tal es la doctrina que sienta la STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, asunto c-618/10 (TJCE 2012, 143), que resolvió una cuestión prejudicial sobre la interpretación, entre otros preceptos, del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, entendiendo con apoyo en dicho precepto que "los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". Añade el TJUE que, de admitir la facultad de modificar el

contenido de las cláusulas abusivas, se correría el riesgo de poner en peligro el objetivo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, consistente en el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Ello es así porque, según explica el TJUE, "la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores […], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales". Esta jurisprudencia ha sido tenida en cuenta en la reciente modificación del TRLGDCU, que ha suprimido el número 2º del art. 83.2, cuyo tenor era el siguiente: "La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

Derogado el art. 83.2 TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, la anterior práctica jurisprudencial ha quedado privada de cobertura legal, por lo que el Juez únicamente debe limitarse a declarar el carácter abusivo de la cláusula que imponga unos intereses moratorios desproporcionados, sin que esté facultado para integrar el contrato, moderando la cuantía de éstos. En este sentido se pronuncia, como no podía ser menos, la Sentencia comentada, como ha había hecho la STS 22 abril 2015, rechazando la posibilidad de moderación judicial de los intereses moratorios abusivos, decantándose por la supresión de los mismos, manteniéndose la validez del resto del contrato, esto es, subsistiendo, "simplemente", la obligación de pago de los intereses remuneratorios pactados. Reitera, así, que la nulidad de la cláusula abusiva "no da lugar a una 'reducción conservadora' del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total".

Un sector de la doctrina entendió que la nulidad de la cláusula no impediría la aplicación del art. 1108 CC, de manera que el deudor moroso viniera obligado a pagar el interés legal, posibilidad sugerida (aunque no aplicada) por la SAP Barcelona 21 junio 2013 (AC 2014, 742). Se trataría, en definitiva, de aplicar la norma dispositiva que el legislador ha establecido para el supuesto de inexistencia de pacto de las partes sobre la cuantía de los intereses moratorios, supuesto éste, al que se asemeja, al menos, en parte, la hipótesis en que se declara nula la cláusula abusiva.

Sin embargo, la Sentencia comentada, siguiendo nuevamente la doctrina expuesta por la Sentencia 22 abril 2015, rechaza esta posibilidad, declarando que "la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser

[...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar 'reducción conservadora de la validez'), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada".

La razón de esta exclusión es clara: con ella se trata de disuadir a los prestamistas de imponer intereses moratorios abusivos, pues, de hacerlo, perderían la posibilidad de reclamar cualquier tipo de cantidad en concepto de intereses de demora.

ÍNDICE

LA DIRECTIVA 2014/17/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE FEBRERO, SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL Y SU INCIDENCIA EN LAS NORMAS ESPAÑOLAS SOBRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO HIPOTECARIO, EN ESPECIAL, LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR SU SOLVENCIA

DIRECTIVE 2014/17/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CREDIT AGREEMENTS FOR CONSUMERS RELATING TO RESIDENTIAL INMOVABLE PROPERTY AND AMENDING DIRECTIVES 2008/48/ EC AND 2013/36/ EU AND REGULATION (EU) N. 1093/2010 AND ITS IMPACT ON SPANISH RULES ON CONSUMER CREDIT PROTECTION; PARTICULARLY, THE ASSESSMENT OF THE CREDITWORTHINESS IN THE MORTGAGE LENDING

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Acreditada al Cuerpo de Catedráticos de la Universidad
Universidad de Valencia
Adela.Serra@uv.es

RESUMEN: *La Directiva 2014/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial tiene por finalidad establecer un régimen más transparente, eficiente y competitivo en la Unión Europea en la concesión del crédito hipotecario a consumidores, elevando el nivel de protección. Apuesta decididamente por implantar un mercado crediticio europeo fiable y responsable, reforzando, entre otras medidas, la obligación de evaluar en profundidad la solvencia del consumidor, base del principio de "crédito responsable". Se analizan las principales medidas de protección al consumidor de crédito hipotecario, con detenimiento en las posibilidades del legislador español para transponer aquella obligación y sus posibles efectos en los contratos celebrados con consumidores.*

PALABRAS CLAVE: *hipoteca, crédito hipotecario, vivienda, préstamo responsable*

ABSTRACT: *Directive 2014/17/eu of the european parliament and of the council on credit agreements for consumers relating to residential inmovable property should therefore develop a more transparent, efficient and competitive internal market, while promoting sustainable lending and borrowing and financial inclusion, and hence providing a high level of consumer protection. In order to create a genuine responsible credit market this Directive lays down provisions like the obligation to asses the creditworthiness of the client*

in the mortgage lending. This article analyses the principal mesures of consumer protection in the mortgage lending, in particullary the different possibilities for transposition them in Spanish legislation, and their effects on consumer contracts.

KEY WORDS: *consumer protection, mortgage loan, housing, solvency, responsible mortgage lending*

FECHA DE ENTREGA: *10/02/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

SUMARIO: 1. Los objetivos de la Directiva 2014/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. 2. Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Directiva 2014/17/CE. 3. Concepto de bienes inmuebles de uso residencial. 4. El deber de información precontractual. 5. La obligación de evaluar la solvencia del consumidor. 6. Las consecuencias de la infracción de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en la concesión del crédito hipotecario.

1. La Directiva 2014/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial —que debía haber sido incorporada al ordenamiento jurídico español antes de 21 de marzo de 2016—, tiene por finalidad establecer un régimen más transparente, eficiente y competitivo en la Unión Europea en el otorgamiento de crédito hipotecario a consumidores, elevando el nivel de protección hasta ahora existente. Junto a ello, se presenta como un instrumento para contribuir a la estabilidad financiera, con vistas a implantar un mercado crediticio europeo fiable y responsable, restableciendo la confianza de los consumidores tras la crisis financiera de los pasados años.

Según prevé su Preámbulo la Directiva "mejorará la realización y funcionamiento del mercado interior mediante al aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros y el establecimiento de normas de calidad en relación con determinados servicios, concretamente la distribución y concesión de crédito a través de prestamistas e intermediarios de crédito, así como la promoción de buenas prácticas". Se pretende, ante todo, un mercado europeo más transparente y tuitivo del consumidor en la concesión de créditos hipotecarios, garantizando, al mismo tiempo, el funcionamiento responsable del mercado europeo del crédito hipotecario.

A tal efecto, la Directiva distingue normas que son objeto de la máxima armonización, como sucede con el suministro de información precontractual en el formato de ficha europea de información normalizada (FEIN) y el cálculo de la TAE. Respecto de estas disposiciones la Directiva es de máximos, no pudiendo los Estados miembros establecer otras disposiciones, aunque fueran más estrictas. Sin embargo, respecto de otros aspectos o ámbitos —que no se consideran de máxima armonización— se permite que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas, siempre que sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados (por ejemplo, respecto de los requisitos en materia de conocimientos y competencia del personal). Otros aspectos, como, por ejemplo, la validez de los contratos de crédito, el derecho de propiedad, el registro de la propiedad o la información contractual o las cuestiones postcontractuales quedan fuera del ámbito cubierto por la Directiva, por lo que los

Estados miembros tienen libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho contractual.

Como ha sido puesto de manifiesto [v. ALBIEZ DORHMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 2, abril-junio, 2015, p. 1], a pesar del objetivo declarado, lo que caracteriza a esta Directiva es el de prever una serie de normas de conducta más bien dirigidas a las entidades financieras concedentes del crédito que a la estricta protección de los consumidores (también, CASADO NAVARRO, A.: "La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores", *Diario La Ley*, nº 8636, 2015, Ref. D-403, p. 15). Según el propio Preámbulo de la Directiva (Considerando 83) "los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional, mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal".

En efecto, la Directiva 2014/17/UE hace referencia a las normas y requisitos prudenciales [cfr. Considerandos 8 y 83, art. 1], incorporando una terminología hasta hace no mucho ajena al lenguaje jurídico español —procedente principalmente del ámbito bancario anglosajón—, sin definir qué ha de entenderse por aquellas o estos. Con el término "normas prudenciales" se estaría refiriendo a aquellas cuyo cumplimiento por parte de las entidades de crédito debe ser supervisado por un organismo competente, con base en una norma previa. Son normas de conducta de carácter preventivo, con marcado acento disciplinario, normalmente dirigidas al control de las entidades bancarias en sus actividades financieras. Lo novedoso de la Directiva 2014/17/UE es que permite a los Estados miembros introducir estas normas prudenciales en aras a controlar la conducta de las entidades concedentes de crédito respecto de los consumidores prestatarios (v. ALBIEZ DORHMANN, K. J.: "Una invitación", cit., pp. 5-ss.).

El órgano competente para dictar estas normas prudenciales dirigidas a la protección del consumidor de crédito hipotecario para financiar la adquisición de un bien inmueble de carácter residencial debe corresponder en España al Ministerio de Economía y Competitividad, según lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (en adelante, LOSSEC), que se refiere a la protección del cliente bancario, sea o no consumidor. Por eso, si el cliente tiene, además, la condición de consumidor el Ministerio de Economía y Competitividad podrá dictar normas con un nivel más alto de protección (v. ALBIEZ DORHMANN, K. J.: "Una invitación", cit., p. 14). La función de supervisión correspondería al Banco de España que, a su vez, podrá desarrollar tales normas mediante Circulares. Ello no empece, sin embargo, a que la

incorporación de la Directiva 2014/17/UE se lleve a cabo a través de una ley, en aras a mejorar la protección del cliente bancario y, en particular del deudor hipotecario, como prevé la Disposición Adicional vigésima de la LOSSEC, lo que, de otra parte, despejaría las dudas que suscita la eficacia de las normas reglamentarias en relación con contratos de préstamo/créditos suscritos entre las entidades de crédito y sus clientes (deudores hipotecarios), como veremos más adelante.

2. La Directiva 2014/17/CE se aplica a los contratos de crédito al consumo garantizados "por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial". También se aplica a los "contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir".

En cuanto a los elementos subjetivos, la Directiva se aplica con independencia de que el prestamista o intermediario del crédito sea persona física o jurídica, si bien no impide que los Estados miembros limiten esta condición únicamente a las personas jurídicas o a determinadas formas de personas jurídicas.

El prestamista es la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder crédito incluido en el ámbito de aplicación del art. 3 de la Directiva "en el ejercicio de su actividad comercial o profesional". Se ajusta esta definición a la ya contenida en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante, LCCC) que, sin embargo, no se aplica a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria [art. 3 a)], lo que ha sido criticado por la doctrina española (v. por todos, ORDÁS ALONSO, M.: "El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 16/2008, BIB 2008/2866, p. 12). Además, la Directiva 2014/17/UE, en la línea de lo ya previsto en la Directiva 2008/48/CE, de Crédito al Consumo, y de manera idéntica a lo recogido por la LCCC, define al "intermediario de crédito" como la persona física o jurídica que no actúa como prestamista, ni notario, ni tampoco se limita a poner en contacto, directa o indirectamente, a un consumidor con un prestamista o intermediario de crédito, y que, en el transcurso de su actividad comercial o profesional y a cambio de una remuneración, que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado:

a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores;

b) asiste a los consumidores realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de contratos de crédito distintos de los indicados en la letra a), o

c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista".

La Directiva 2014/17/UE se aplica a tales contratos de crédito garantizados con hipoteca cuando el prestatario tenga la condición de consumidor, entendiendo por tal, en virtud de la remisión al art. 3 a) de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, de Crédito al Consumo, las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, dispone el Preámbulo de la Directiva, en caso de contratos con doble finalidad (mixta), cuando el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales, empresariales o con la profesión de la persona en cuestión, y cuando dichas actividades comerciales, empresariales o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor. En efecto, en esta línea se ha manifestado recientemente la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14, Caso Ovidiu Costea), al considerar que un abogado que celebra con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional (un banco), "un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición [art. 2 b) de la Directiva 93/13] cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete".

Al igual que la Directiva 2008/48/CE, y la Ley española de Crédito al Consumo, se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE, los contratos de crédito garantizados celebrados con consumidores que sean personas jurídicas que, sin embargo, sí están comprendidos en el concepto de consumidor que ofrece el art. 3 TRLGDCU.

La Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial, pero no impide que los Estados miembros hagan extensivas las medidas por ella previstas a otros bienes inmuebles, como es el caso en que el bien inmueble no sea ocupado por el consumidor o por su familia sino que sea ocupado como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de un contrato de alquiler [art. 3.3. b) Directiva].

3. La finalidad de la Directiva, como hemos visto, es garantizar un alto nivel de protección al consumidor de crédito garantizado con hipoteca sobre bien inmueble de carácter residencial. No define expresamente, sin embargo, qué ha de entenderse por "bien inmueble de carácter residencial", por lo que surgen dudas si cabe identificarlo con la expresión "vivienda habitual" que utiliza el legislador español, cuando en los últimos años ha introducido una serie de especialidades en la

ejecución hipotecaria en el supuesto de que la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual del ejecutado (cfr. arts. 671, 693.III LEC; art. 114.III LH).

No obstante, del art. 3.3 b) de la Directiva 2014/17/UE, anteriormente mencionado, se desprende cuál es el sentido de la expresión "bien inmueble de uso residencial". En efecto, este precepto faculta a los Estados miembros para que decidan si aplicarla o no a los contratos de crédito cuando se trate de la adquisición de un bien inmueble que no va a ser ocupado como "vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia y que va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de un contrato de alquiler".

4. Para conseguir aquella finalidad declarada de elevar el nivel de protección del consumidor de crédito hipotecario se arbitran una serie de medidas: algunas actúan en una primera fase precontractual y están dirigidas fundamentalmente a la formación de un consentimiento informado por parte del consumidor, además de a una concesión responsable del crédito por parte de los prestamistas; otras, lo hacen en la fase de ejecución del contrato, reconociendo expresamente determinados derechos al consumidor (p. ej. liquidación total o parcial anticipada de las obligaciones derivadas del contrato).

Entre las primeras, destaca, por ser, además, norma de máximos, la obligación por parte del prestamista o intermediario del crédito de suministrar determinada información precontractual, a través de una ficha europea de información normalizada (FEIN), que coincide básicamente con la FIPRE (Ficha de información precontractual) prevista por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y desarrollada en su Anexo I. Tan sólo, en cuanto al tema que ahora interesa, cabe destacar que, a diferencia de la FIPRE, en la FEIN deberá constar expresamente el importe de la tasa que se ha abonar para inscribir la hipoteca o su base para calcularlo (v. Anexo II de la Directiva 2014/17/UE).

5. Como hemos visto al inicio, el Considerando 83 de la Directiva deja libertad a los Estados miembros para transponer al Derecho nacional ciertos aspectos en ella contemplados, "como la evaluación de la solvencia del consumidor", mediante "normativa prudencial".

El Capítulo VI de la Directiva 2014/17/UE se ocupa de la obligación del prestamista de evaluar con profundidad, antes de celebrar el contrato de crédito, la solvencia del consumidor, para lo cual tendrán en cuenta "los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito". Esta exigencia ya venía impuesta por

la Directiva 2008/48/CE, de Crédito al Consumo, y fue incorporada al art. 14 LCCC, que prevé, antes de que se celebre el contrato, la evaluación de la solvencia del consumidor "sobre la base de la información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario de la concesión de crédito". Con igual finalidad, se permite en la LCCC, al prestamista consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el art. 29 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.

También la Orden EHA/2988/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, desarrollada por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de créditos, inciden en la necesidad de proteger a los clientes, mediante la imposición a las entidades de crédito de obligaciones de transparencia, específicamente para los préstamos hipotecarios, así como deberes precontractuales de evaluación de la solvencia del cliente en desarrollo de los principios sobre préstamo responsable previstos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES). En efecto, esta última supuso un avance en la protección del cliente al prever la obligación de evaluar la solvencia del prestatario sobre la base de una información suficiente, pudiendo incluir la suministrada por el solicitante y la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, según la legislación sobre protección de datos de carácter personal (v. art. 29). Se pretende con ello evitar la concesión de crédito irresponsable, práctica bancaria que la crisis puso en evidencia, acercando, al tiempo, la protección del cliente en el mercado del crédito a la existente en el mercado de valores (ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Teoría y Derecho*, núm. 16, 2014, p. 143). El art. 29.1.III LES prevé que, adicionalmente, las entidades de crédito deben llevar a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos o créditos a consumidores, que debían recogerse en un documento escrito, siguiendo las normas reglamentarias que se dictaran desarrollando el apartado a) del art. 29.2 LES —apartado que, sin embargo, ha quedado derogado por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (en adelante, LOSSEC), y ha sido sustituido por su art. 5.2—. El mencionado desarrollo reglamentario se llevó a cabo a través de la Circular del BE 5/2012, que contempla en su Anejo 6 una serie de principios aplicables a la concesión de préstamos responsables, en particular en caso de que se disponga de garantías reales, como veremos a continuación.

La Directiva 2014/17/UE, por su parte, establece que los Estados miembros velarán por que el prestamista —no el intermediario del crédito— lleve a cabo esta evaluación previa de la solvencia para los consumidores concesionarios de crédito garantizado con hipoteca sobre inmuebles de uso residencial. Este mandato aparece ya, por tanto, contemplado en las normas españolas sobre disciplina bancaria anteriormente mencionadas, si bien las consecuencias de su incumplimiento han

hecho, al menos hasta ahora, que tales obligaciones se tornen en meras indicaciones u orientaciones.

Una de las cuestiones que suscitó el art. 8 Directiva 2008/48/CE, de Crédito al Consumo, ha sido la falta de concreción de los factores a tener en cuenta para evaluar la solvencia del consumidor, en tanto que sólo alude a la información proporcionada "en su caso" por el consumidor y, "cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinentes", dejando una amplia libertad a los prestamistas en cuanto a considerar suficiente o no la información de la que dispone. La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto 449-13, caso CA Consumer Finance SA) ha interpretado este art. 8.1 Directiva 2008/48/CE en el sentido de que "no exige a los prestamistas comprobar sistemáticamente la veracidad de la información facilitada por el consumidor", pudiendo evaluar la solvencia de éste exclusivamente a partir de la información que presente, siempre que sea "suficiente y que las simples declaraciones del consumidor se acompañen de documentos acreditativos".

No obstante, según el art. 8.1 in fine de la Directiva 2008/48/CE los Estados miembros que prevean en sus legislaciones la obligación de evaluar la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinentes deben poder mantener esta obligación. En la transposición de esta Directiva el art. 14 LCCC prevé, antes de que se celebre el contrato de crédito, la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor sobre la base de información "suficiente", pudiendo (por tanto, de manera potestativa, no obligatoria) consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a los que se refiere el mencionado art. 29 LOPD.

La Directiva 2014/17/UE parece dar un paso más allá, en cuanto, si bien deja libertad a los prestamistas respecto de los medios para comprobar la solvencia del consumidor de crédito hipotecario, prevé que los Estados miembros "velarán por que se establezcan, documenten y actualicen los procedimientos y la información en que se base la evaluación". Por tanto, la evaluación de la solvencia se llevará teniendo en cuenta "los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento", dejándose abierta la posibilidad de que se consulten diversas fuentes (la información suministrada por el propio consumidor; los datos con que cuente la entidad prestamista o la consulta de base de datos, que podrá ser automática). El hecho de que se exija que la evaluación de la solvencia sea "en profundidad" (cfr. art. 18.1 Directiva 2014/17/UE), basándose en la necesaria información, "que deberá ser suficiente y proporcionada" (art. 20.1 Directiva 2014/17/UE) avalaría, a mi juicio, descartar que se base exclusivamente en una fuente, siendo exigible una valoración multifactorial o multicausal de la misma [en tal sentido, ÁLVAREZ LATA, N.: "Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13, CA Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr&Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015, p. 252].

Pese a este avance de la Directiva 2014/17/UE, al exigir que la evaluación de la solvencia del consumidor sea "en profundidad", basándose "en la necesaria información, que deberá ser suficiente y proporcionada", cabe lamentar la oportunidad perdida respecto al establecimiento de un sistema único de información crediticia, como ha destacado CUENA CASAS, M. (en "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *El Notario del siglo XXI*, julio 2014, p. 5-6). El art. 21 tan sólo prevé que "cada Estado miembro garantizará que todos los prestamistas de todos los Estados miembros puedan acceder a las bases de datos utilizadas en este Estado miembro", a efectos de evaluar la solvencia del consumidor, de manera que las condiciones de acceso a las bases de datos de solvencia de los consumidores sean las mismas para los prestamistas establecidos en la Unión Europea, pero olvida que no existe un sistema unificado de información crediticia, de manera que mientras que en algunos países se dispone de ficheros de información positiva y negativa —que permiten un análisis más riguroso de la trayectoria financiera, económica o profesional del consumidor ("credit worthiness")—, en otros sólo se accede, sin consentimiento del interesado, a la negativa —cfr. art. 14 LCCC e interpretación del art. 29 LOPD mantenida por la Agencia de Protección de Datos y el Tribunal Supremo [v. LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativa y tutela del consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 156 y 279], lo que, sin lugar a dudas, influirá en la percepción de la solvencia del concreto consumidor.

De otra parte, resulta de interés, en relación con la concesión de crédito hipotecario, la previsión del art. 18.3 Directiva 2014/17/UE, según la cual "la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien inmueble de uso residencial".

En efecto, como se reconoce en el Considerando 55 del Preámbulo de la Directiva, la evaluación de la solvencia del consumidor resulta fundamental y deberá hacerse teniendo en cuenta todos los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante la vigencia de éste. Entre estos elementos que han de ser tenidos en cuenta se reconoce que el valor del inmueble es un elemento importante, pero -advierte la Directiva (Cdo. 55)- la evaluación de la solvencia debe centrarse en la "capacidad económica del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito". No obstante, según reconoce la Directiva, cuando el crédito esté destinado a la construcción o renovación de un inmueble existente, conviene que el prestamista tenga en cuenta la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro, pero "no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito en cuestión".

En suma, la evaluación de la solvencia del consumidor es considerada por la Directiva una materia de las que pueden ser transpuestas a través de "normativa prudencial" (Cdo. 83), lo que confirma que los Estados miembros "deben poder

formular orientaciones adicionales sobre los criterios mencionados o criterios adicionales y sobre los métodos aplicables a la hora de evaluar la solvencia de un consumidor, fijando, por ejemplo, límites al ratio préstamo-valor o al ratio préstamo-ingresos y se les debe alentar a que apliquen los principios definidos por el Consejo de Estabilidad financiera para establecer prácticas sanas de suscripción de hipotecas sobre viviendas".

Entre la información precontractual que debe ofrecerse de forma personalizada al consumidor, a los efectos comparar créditos disponibles en el mercado, mediante la FEIN (Ficha europea de información normalizada) se encuentra la relativa al valor de inmueble que se ha tomado como hipótesis, así como el importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del inmueble, esto es, la ratio préstamo-valor. Este requisito es un requisito de máxima armonización, por lo que los Estados miembros deberán incorporar tal como aparece en la Directiva.

Véamos, pues, cómo contempla actualmente esta materia el ordenamiento español. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios prevé, en su art. 18, la obligación de las entidades de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, de evaluar la capacidad del cliente —no necesariamente consumidor— para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, "sobre la base de la información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad". Se les impone, en consonancia con la obligación prevista en el art. 18.2 Directiva 2014/17/UE, el deber de contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo tal evaluación, debiendo tener en cuenta los siguientes aspectos: a) la adecuada valoración de situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente; b) la valoración de la capacidad del cliente y sus garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo; c) en el caso de créditos o préstamos a interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, deberá valorarse cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones; d) "en el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración".

Además, el Anejo 6 de la Circular 5/2012, del Banco de España, que desarrolla la norma duodécima —relativa a "Políticas y procedimientos de préstamo responsable"—, se adelanta a la previsión de la Directiva 2014/17/UE, al incluir entre los principios que han de regir una política de concesión responsable de préstamos, cuando se disponga de garantías reales, "una prudente relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía, sin tener en cuenta, en el caso de inmuebles, potenciales revalorizaciones de la misma. La indicada relación deberá considerar adecuadamente los riesgos subyacentes que se aprecien en las garantías, derivados de aspectos tales como el

tipo de propiedad, su finalidad o posible uso, su potencial depreciación o el área geográfica en que esta se ubique, y deberá ser tanto más exigente cuanto menos lo sea la fijada entre el servicio de la deuda y las fuentes de generación de ingresos. En cualquier caso, el incremento de la prudencia en la referida relación entre el importe del préstamo o crédito y el valor de la garantía no eximirá ni, en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor en los términos indicados en el apartado 1 anterior".

En nuestro Derecho, cabe destacar la limitación que establece el art. 18.4 Orden EHA/2899/2011 respecto de la obligación de evaluar la solvencia del cliente, al negar la posibilidad de sustituirla por el hecho de haber suscrito un seguro de amortización del crédito o préstamo concedido. En efecto, a efectos de valorar la solvencia del consumidor es irrelevante la existencia de coberturas que aseguren el reembolso del crédito (a través de contratación de seguros) e, incluso, no debería ser determinante la prestación de garantías personales por terceros (fiadores), ya que se trata de valorar la capacidad de cumplir el cliente las obligaciones de reembolso del crédito e intereses, no tanto la de la concreta ejecución del contrato de crédito (v. en este sentido, en relación con el art. 14 LCCC, ORDÁS ALONSO, M.: *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 148).

Con la transposición de la Directiva 2014/17/UE, los procedimientos internos específicamente desarrollados por las entidades crediticias deberán seguir, además de la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno y los aspectos a los que se refieren los apartados a) a d) del art. 18.2 de la Orden EHA/1899/2011, las normas prudenciales que dicte el Ministerio de Economía y Competitividad. No obstante, como sostiene ALBIEZ DORHMANN, K. J.: "Una invitación", cit., p. 20, las reglas sobre evaluación de solvencia del cliente bancario previstas en la Orden EHA/2899/2011, coinciden en lo sustancial con las normas de la Directiva 2014/17/UE, por lo que entendemos que, en cuanto al fondo, no veremos una modificación trascendental en esta materia.

En relación con la tasación del inmueble hipotecado, ésta asume en Derecho español una función esencial para la concesión del préstamo hipotecario, ya que el importe de éste vendrá determinado, entre otros factores —y no sólo, como precisa la Directiva 2014/17/UE y la Orden EHA/2899/2011—, por el valor de tasación del inmueble. Además, sólo podrá acudirse el proceso de ejecución dirigido exclusivamente sobre bienes hipotecados cuando en la "escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta" (art. 682.2.1º LEC). Con la reforma operada en el art. 682.2.1º LEC por la Ley 1/2013, de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, se precisó que este precio de tasación que ha de servir de tipo para la subasta "no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario", recogiendo idéntica previsión el art. 129.2

a) LH (también modificado por la citada Ley 1/2013). Tras la Ley 19/2015, de 13 de julio, los arts. 682.2.1º LEC y 129.2 a) LH se modifican en su redacción al precisar que el valor de tasación no podrá ser "inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario".

Se ha dicho por la doctrina que la reforma en este punto operada por la Ley 1/2013 no ha favorecido al consumidor (deudor hipotecario), ya que legitima la brecha entre el valor de tasación inicial a efectos de concesión del préstamo (éste no podrá exceder del 80% de valor de tasación cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, según prevé el art. 5 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario) y el valor de tasación que sirve de tipo para la subasta en el proceso de ejecución hipotecaria (no inferior al 75% del anterior valor de tasación). Luego de entrada se permite que, a efectos de ejecución, la finca valga un 25% menos del valor que se atribuyó en una tasación objetiva a efectos de conceder el préstamo. A diferencia de la ejecución ordinaria, en la ejecución hipotecaria no se produce un nuevo avalúo del inmueble en el momento en que se despacha la ejecución, lo que genera un riesgo adicional para el consumidor, cual es, el cambio del valor de la finca en el momento de la ejecución. Si el valor disminuye en este momento (que es lo que ha sucedido en los últimos años, tras el estallido de la "burbuja inmobiliaria") el mantenimiento de la tasación fijada en la escritura puede condenar de antemano al fracaso del procedimiento de realización del valor y que la subasta quede desierta, pudiendo el ejecutante pedir la adjudicación del inmueble por el 70% de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que dicha cantidad sea superior al 60% de su valor de tasación y a la mejor postura" (art. 670.4 LEC). El ejecutante puede adjudicarse la vivienda por un 70% del valor fijado en la escritura para que sirva de tipo a la subasta que, a su vez, puede ser un 25% inferior al valor de tasación de la finca que se tuvo en cuenta para conceder el préstamo, por lo que, en consecuencia, puede adjudicársela finalmente por un 45% del valor de tasación tenido en cuenta para la concesión del préstamo. En la mayoría de las ocasiones, el hecho de que la deuda subsista tras la ejecución hipotecaria deriva del hecho de que el inmueble se lo adjudica el acreedor a un precio muy inferior al fijado para la concesión del préstamo.

La independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito que conceden los préstamos hipotecarios fue reforzada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario, y en ello insiste el art. 4 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que da una nueva redacción a diversos preceptos de la Ley 2/1981, relativos a la sociedades de tasación. Sobre este aspecto particular incide la Directiva 2014/17/UE en su art. 19.1, que impone la obligación a los Estados miembros de velar por que en su territorio se establezcan "normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario", quienes exigirán a los prestamistas "que garanticen la utilización de esas normas cuando lleven a cabo una tasación de bienes inmuebles o que adopten

las medidas para garantizar la aplicación de dichas normas cuando la tasación sea realizada por terceros". Además, los Estados miembros velarán por que los "tasadores internos y externos que lleven a cabo las tasaciones de bienes inmuebles sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva, la cual estará documentada en un soporte duradero, manteniendo el prestamista un registro de la misma".

Conforme a nuestra normativa, son nulas las cláusulas que impongan al consumidor el tasador del inmueble, ya que es éste el que tiene libertad para elegir al que estime conveniente, siempre que se trate de un tasador homologado por el Banco de España y cumpla con los requisitos previstos legalmente (art. 3 Ley 2/1981, con las modificaciones introducidas por la Ley 41/2007 y la Ley 1/2013, de 14 de mayo). Por ello, expresamente el art. 3 bis I de la Ley 2/1981, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone a las entidades de crédito, "incluso a las que dispongan de servicios propios de tasación, aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación".

Esta libertad del consumidor para elegir al tasador que cumpla los requisitos legales deberá constar expresamente en la ficha de información precontractual que las entidades de crédito deben proporcionar gratuitamente a sus clientes (art. 21 y Anexo I de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), a diferencia de lo que prevé el Anexo II de la Directiva 2014/17/UE, en relación con el formato que ha de tener la FEIN (Ficha europea de información normalizada), apareciendo, por tanto, más tuitiva para el consumidor la legislación nacional.

6. Llegados a este punto cabe plantear la cuestión de las consecuencias que se derivarían del incumplimiento de las normas (prudenciales, en su caso) adoptadas con base en la Directiva 2014/17/UE en relación con la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito hipotecario.

Al respecto, tras prever la obligación precontractual de evaluación de la solvencia, el apartado 6 del art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 sostiene que "la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de los clientes". En este sentido, ya los arts. 48.2 Ley de Disciplina e

Intervención de las Entidades de Crédito —ahora derogada— y el art. 29.2 de la Ley de Economía Sostenible —de donde derivaba la habilitación al Ministerio de Economía y Hacienda para dictar normas de protección del cliente bancario— contenían dicha limitación al precisar que las previsiones sobre concesión responsable del crédito y obligación de solvencia del cliente se hacían "sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deban presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela". La vigente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (LOSSEC), parece continuar en esta línea, aunque deroga el mencionado apartado 2 del art. 29 de la LES. Así, atendiendo al art. 5.4 LOSSEC, las disposiciones que dicte el Ministro de Economía y Competitividad relativas a la protección de los clientes de entidades de crédito serán consideradas "normativas de ordenación y disciplina y su supervisión corresponderá al Banco de España", con lo que, a juicio de algún sector doctrinal, implica que no tendrían incidencia en la esfera contractual del cliente de la entidad crediticia, tesis que vendría reforzada con el inciso "sin perjuicio a la libertad contractual", incluido en el art. 5.2 LOSSEC —aun cuando se refiere expresamente a la publicación de índices de referencia aplicables a préstamos hipotecarios a interés variable—.

Luego, según la normativa española la infracción por las entidades bancarias de las normas sobre evaluación de la solvencia del cliente bancario previstas, entre otras, en la Orden EHA/2899/2011 (art. 18), tan sólo dará lugar a responsabilidad (disciplinaria) administrativa [entre otros, GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", Préstamo responsable y Ficheros de Solvencia, coords. L. PRATS ALBENTOSA y M. CUENA CASAS, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 229-231], pero no afectará a la validez y eficacia del contrato de préstamo o crédito hipotecario que se entable entre la entidad y el cliente (consumidor, en nuestro caso), no pudiendo, en ningún caso, imputar a aquéllas las consecuencias derivadas del incumplimiento del prestatario (el impago), cuya solvencia fue incorrectamente valorada. Sería preciso una norma con rango legal para limitar la libertad de contratación (ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a costes asociados y obligación de transparencia*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 82). Esta tesis queda avalada por la previsión del anteriormente mencionado apartado 6 del art. 18 Orden EHA/2899/2011 o la Norma duodécima, apartado 3 in fine, de la Circular del BE 5/2012.

Sin embargo, existe otro sector doctrinal que sostiene que estas normas sobre transparencia y protección del cliente bancario tienen carácter imperativo, de manera que, en virtud del art. 6.3 CC, y atendiendo al art. 1258 CC —en tanto que tales normas integrarían el contrato celebrado con el cliente bancario—, cabría sancionar la nulidad del contrato o de la cláusula contractual que vulnerara dicho límite (v. para una exposición de las distintas tesis CASADO NAVARRO, A.: "La normativa", cit., p. 18-20). La infracción de estas normas (aun de carácter

reglamentario) trascendería a la relación contractual entablada entre el cliente y la entidad de crédito infractora.

La Directiva 2014/17/UE guarda silencio sobre las consecuencias del incumplimiento de esta obligación precontractual de evaluar la solvencia que incumbe a las entidades prestamistas. En su Cdo. 58, en cambio, sí que se expone que "es conveniente que los Estados miembros puedan prever sanciones para los casos específicos en que los consumidores, deliberadamente, faciliten información incompleta o incorrecta con el fin de que la evaluación de su solvencia sea positiva, en particular en caso de que la información completa y correcta hubiera dado como resultado una evaluación negativa, y no puedan posteriormente satisfacer las condiciones del contrato", lo que es coherente con la previsión según la cual los Estados miembros no permitirán a los prestamistas "rescindir" ("anular") o modificar el contrato de crédito cuando posteriormente a su celebración descubran que la información facilitada por el consumidor fue incompleta (Cdo. 58 y art. 20.4 Directiva 2014/17/UE). Por tanto, el riesgo de una errónea evaluación de la solvencia del deudor debido a una inexacta o incompleta información por él suministrada lo asumirá íntegramente la entidad prestamista, que no podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo ni variar sus condiciones, salvo el caso de que demuestre que el consumidor haya ocultado o falsificado conscientemente la información pertinente (art. 20.3.III). Aun cuando no se diga explícitamente, del art. 18.4 y 18.5 a) Directiva se desprende que, en caso de que la entidad de crédito haya incumplido la obligación de evaluar la solvencia del deudor, aun cuando éste haya facilitado información, o para el supuesto de que, habiendo evaluado la solvencia del consumidor, la entidad de crédito ya hubiera detectado un probable incumplimiento futuro, y pese a ello, concediera el crédito, el prestamista deberá asumir el riesgo de su falta de diligencia, no pudiendo trasladar al consumidor las consecuencias de su negligencia.

En efecto, para el caso de que no haya podido llevar a cabo la evaluación de la solvencia, porque el consumidor haya optado por no facilitar la información o no pueda verificarse, o habiéndolo hecho el resultado fuera negativo, la prestamista deberá denegar la concesión del crédito, decisión que deberá ser comunicada sin demora al consumidor [cfr. art. 18. 5 c) Directiva 2014/17/UE]. Así lo defiende un sector doctrinal con base en el art. 18.5 a) y art. 20.4 Directiva 2014/17/UE (entre otros, ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación", cit., p. 146; NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014", *RDBB*, núm. 139, julio-septiembre 2015, p. 19; DE LA CUESTA SAENZ, F.: "La Directiva europea del crédito hipotecario", *Teoría y Derecho*, 2014, nº 16, p. 47). Esta prohibición limita la libertad de contratación, a diferencia de lo previsto actualmente por las normas españolas, que la deja intacta. Así, la entidad crediticia será libre de conceder o no crédito a un cliente que haya superado la evaluación de la solvencia, pero tiene prohibido conceder el crédito al que no lo haya superado. Se trataría de una "cuestión de orden público económico que limita la libertad de contratación" (ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación", cit., p. 148),

orientada a la defensa de intereses públicos y puede ser que, incluso, contraria a los intereses del consumidor (DE LA CUESTA SAENZ, F.: "La Directiva", cit., p. 47). Consecuencia de la calificación de esta materia como de orden público y, en suma, del carácter imperativo de la norma, es que, aunque la Directiva no se pronuncie expresamente sobre los posibles efectos en el contrato del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, el contrato sería contrato nulo, si bien, en cuanto norma tuitiva sólo lo sería a instancia del consumidor (cfr. art. 6.3 CC). Así, lo defiende ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación", cit., p. 151, para quien podría alegarla el consumidor sin necesidad de que sobreviniera su insolvencia; solución que propugna con base en la jurisprudencia sobre el test de idoneidad del inversor en el mercado de valores (normativa MIFID). En contra de esta solución se pronuncia CUENA CASAS en "Evaluación", cit., p. 4, quien sostiene que no cabe mantener que la Directiva prohíba al prestamista contratar con el consumidor cuando la evaluación de la solvencia ha arrojado un resultado negativo, no afectando esta decisión a la validez del contrato, lo que cercenaría la libertad de contratación. Ello no empece a que, si la prestamista no evaluó la solvencia del deudor o cuando haciéndolo, la evaluación fue negativa y pese a ello contrató con él, si posteriormente deviene insolvente por causas no sobrevenidas (ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo) tendrá que responder la prestamista (en mismo sentido, LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito,* cit., pp. 300-301). En efecto, es este el "quid" de la cuestión: la determinación de las consecuencias derivadas de este incumplimiento. El art. 38 Directiva 2014/17/UE deja libertad a los Estados miembros para establecer el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la Directiva. El único límite es que tales sanciones sean "efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Por su parte, y en cuanto puede arrojar luz sobre la cuestión que analizamos, la Directiva 2008/48/CE, de Crédito al Consumo, se limita, en general, y al igual que la Directiva 2014/17/UE, a remitir a los Estados miembros "la determinación del régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas conforme a la Directiva" y la adopción de medidas para garantizar su aplicación, con el único límite de que las sanciones sean "efectivas, proporcionadas y disuasorias". A la determinación de estas medidas sancionatorias se enfrentó la STJUE de 27 de marzo de 2014 (Asunto C-565/2012, Caso Le Crédit Lyonnais), que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal francés en relación con la sanción prevista en la normativa francesa (en su Código de consumo) por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, consistente en la privación de intereses convencionales y su sustitución por intereses moratorios legales, incrementados, en determinada circunstancia, en cinco puntos, y su consideración como "sanción disuasoria". El TJUE confirma que la Directiva deja libertad a los Estados miembros para prever las sanciones, en sus respectivos ordenamientos, al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, con el límite antes expuesto. El TJUE acaba concluyendo que la sanción prevista por el ordenamiento francés, al permitir a la entidad infractora exigir unos intereses legales

incrementados en cinco puntos que superaban con mucho los previstos convencionalmente, no es ni efectiva, ni proporcional, ni disuasoria.

Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en relación con esta Sentencia del TJUE [v. GARCÍA RUBIO, Mª P.: "La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. (Comentario a la STJ, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA v. Fesih Kalan)", *La Ley Unión Europea*, 16 junio 2014, p. 7] no existe en Derecho español una norma análoga al francés, que prevea consecuencias civiles (supresión de intereses convencionales) para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. CUENA CASAS en "Evaluación", cit., pp. 5-6, propone, razonablemente a mi juicio, la supresión de intereses moratorios y remuneratorios así como la subordinación del crédito de la prestamista en un eventual procedimiento concursal del deudor como sanciones disuasorias y proporcionadas que el regulador español podría prever en la transposición de la Directiva 2014/17/UE.

En relación con el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del art. 8 Directiva 2008/48/CE, pero extrapolable a la prevista en la Directiva 2014/17/UE, hay doctrina defiende que tendría efectos civiles, pudiendo el consumidor resolver el contrato por incumplimiento —lo que implica necesariamente considerar que aquella obligación que incumbe a la prestamista es recíproca (sinalagmática) respecto de la que atañe al consumidor, esto es, la de reembolsar el importe del crédito/préstamo más los intereses pactados—, exigiendo, además, en su caso, una indemnización por los daños sufridos [en tal sentido, GARCÍA RUBIO, Mª P.: "La obligación", cit., p. 7, siguiendo a ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario al art. 14", *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (dir. M. J. MARÍN LÓPEZ) Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 615]. Por la anulabilidad por error en casos de concesión irresponsable del crédito, cuando no se informado al consumidor, se decantan otros autores (DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *RDBB*, núm. 130/2013). Incluso se propone reconducir esta responsabilidad del prestamista por provisión del crédito inasumible sobre la base de una complicidad concursal o una eventual administración de hecho (así PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014, BIB 2014/818).

En relación con la Directiva 2014/17/UE se defiende, en caso de incumplimiento de obligación de evaluar la solvencia, o en caso de concesión "irresponsable", la exigibilidad de responsabilidad civil al prestamista por no haber sido advertido el consumidor por la entidad de crédito de que se trataba de una oferta contraria a sus intereses o a su capacidad para hacer frente al crédito (ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación", cit., p. 148).

En suma, si el objetivo declarado por el legislador europeo es conseguir una "concesión responsable del crédito", que beneficie a las entidades financieras, pero también proteja a los consumidores, el legislador español en su tarea de incorporar

la Directiva 2014/17/UE ha de aclarar cuáles son las consecuencias para los contratos celebrados con consumidores del incumplimiento por la entidad prestataria de la obligación de evaluar la solvencia del deudor, sin perjuicio de las sanciones administrativas en que puedan incurrir.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DORHMANN, K. J.: "Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 2, abril-junio, 2015, pp. 1-30.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario al art. 14", *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (dir. M. J. MARÍN LÓPEZ) Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 578-615.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Notas a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13, CA Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr&Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015, pp. 245.-256.

CASADO NAVARRO, A.: "La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores", *Diario La Ley*, nº 8636, 2015, Ref. D-403, pp. 1-19.

CUENA CASAS, M.: en "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *El Notario del siglo XXI*, julio 2014, p. 1-7, disponible en www.elnotario.es.

DE LA CUESTA SAENZ, F.: "La Directiva europea del crédito hipotecario", *Teoría y Derecho*, 2014, nº 16, pp. 39-51.

DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *RDBB*, núm. 130/2013, pp. 47-78.

GARCÍA RUBIO, Mª P.: "La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. (Comentario a la STJ, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA v. Fesih Kalan)", *La Ley Unión Europea*, nº 16, junio 2014, pp. 47-53. Smarteca pp. 1-10.

LUQUIN BERGARECHE, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativa y tutela del consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014", *RDBB*, núm. 139, julio-septiembre 2015, pp. 11-55.

ORDÁS ALONSO, M.: "El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 16/2008, pp. 2673-2727, consultado en BIB 2008/2866, pp. 1-40.

PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014, pp. 207-232, consultado en BIB 2014/818, pp. 1-24.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Teoría y Derecho*, núm. 16, 2014, pp. 141-160.

ÍNDICE

¿QUÉ ES LO QUE QUEDA DE LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS SOBRE LAS UNIONES DE HECHO?*

WHAT REMAINS OF THE REGIONAL LAWS ON COMMON-LAW RELATIONSHIP?

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

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza qué es lo que actualmente queda de las leyes autonómicas de uniones de hecho, después de diversos fallos del Tribunal Constitucional, en materia de extralimitación competencial y de respeto del principio de libre desarrollo de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: uniones de hecho, protección constitucional, libre desarrollo de la personalidad.

ABSTRACT: This paper analyses the remains of the regional laws on common-law relationships after Constitutional Court decisions on overstepped boundaries and free development of personality.

KEY WORDS: common-law relationship, constitutional protection, free development of personality.

FECHA DE ENTREGA: 10/02/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

* 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).

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares: las leyes autonómicas sobre uniones de hecho.- 2. El encaje constitucional de las uniones de hecho.- 2.1. La inclusión de la familia no matrimonial dentro del genérico mandato de protección del art. 39.1 CE.- 2.2. La diversidad de grados de protección constitucional de la familia matrimonial y no matrimonial.- 2.2.1. La acertada jurisprudencia constitucional en materia de pensión de viudedad al interpretar el texto anteriormente vigente del art. 174 TRLGSS.- 2.2.2. La desacertada jurisprudencia constitucional a propósito del antiguo art. 58.1 LAU 1964. 3. El problema de la extralimitación competencial de algunas legislaciones autonómicas. 3.1. Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil.- 3.1.1. El caso valenciano.- 3.1.2. Los casos, gallego y navarro.- 3.2. Comunidades Autónomas sin competencia en materia de Derecho civil: el caso madrileño- 4. La necesidad de respetar el principio de libre desarrollo de la personalidad y la inconstitucionalidad de las normas que imponen imperativamente un *quasi status*, prescindiendo de la voluntad de los convivientes de asumirlo: de nuevo, el caso navarro.

1. En el Derecho civil común no existe una regulación sistemática de las uniones de hecho, sino, exclusivamente, algunas normas que, básicamente, las equiparan a los matrimonios en algunos aspectos concretos, como, por ejemplo, el ya mencionado art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en materia de subrogación en el arrendamiento urbano por muerte del conviviente del inquilino. Sí existe, en cambio, un conjunto de normas civiles autonómicas que establecen una regulación detallada, pero diferente, de las uniones de hecho.

A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de "uniones estables de pareja", sustituida por el art. 234-1 a 14 del Código civil de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de "parejas estables no casadas", sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables" [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre "uniones de hecho" [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81)]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, "reguladora de las uniones de hecho" o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho". La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de "uniones de hecho formalizadas", cuyos arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 han sido declarados inconstitucionales por STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110).

Esta situación se traduce en una indeseable dispersión normativa y en una inseguridad jurídica, máxime, cuando alguna de ellas, en clara contradicción con el art. 149.1, regla 8ª, determina las reglas de solución de los conflictos interregionales cuando los convivientes tienen vecindades civiles diversas. Es lo que sucedía con el art. 2.3 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", declarado inconstitucional por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE".

Estas legislaciones autonómicas plantearon dudas acerca de su inconstitucionalidad (en parte, resueltas por recientes sentencias del TC); y ello, en un doble sentido: por un lado, desde el punto de vista de la competencia de las Comunidades Autónomas (o de alguna de ellas) para regular aspectos estrictamente civiles de las uniones de hecho, que, en principio, según el art. 148.1, regla 8º, CE son de competencia exclusiva del Estado ("sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"); por otro lado, desde la perspectiva del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, desde el momento en que, algunas de las legislaciones, imponen imperativamente a los convivientes, en ciertas condiciones, una especie de estatuto jurídico semejante al matrimonio, prescindiendo de la voluntad de los mismos de someterse a las normas que lo integran.

Examinaremos aquí dichas cuestiones a la luz de la jurisprudencia constitucional, para determinar qué es lo que actualmente queda en vigor de las legislaciones autonómicas.

2. Me referiré, con carácter previo, al encaje constitucional de las uniones de hecho.

2.1. El art. 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de "familia", y no de "familia legítima" (o "matrimonial"), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso.

Ésta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos. Ya la STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (*Tol* 82002), afirma que "Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su

origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (arts. 1.1. y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen". Según la STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (*Tol* 82070), "la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja". La STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), se refiere a la convivencia *more uxorio* como la constituida por el "hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio". Y la STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (*Tol* 82029), insiste en la idea de la "estabilidad", como nota caracterizadora de las uniones convivenciales no matrimoniales. Es, también, tajante la STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (*Tol* 13003), cuando afirma que "el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial".

Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

2.2. Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del "grado" de dicha protección. Es, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) La Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres (*relaciones verticales*), sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente. b) La Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (*relaciones horizontales*), es decir, cónyuges o convivientes de hecho).

La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (*Tol* 81857), afirma que "lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza". La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (*Tol* 82474), afirma que "no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*". Más recientemente, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), afirma que "constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida".

Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual.

Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional, de la que se hace eco la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2)"; por el contrario, la unión de hecho, "ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento".

Este argumento sirve a la referida sentencia para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el art. 149.1., regla 8ª, CE, que, "en todo caso", atribuye al Estado competencia exclusiva para regular "las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio". Observa que, "Así como la competencia estatal en relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa". Y añade: "Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan".

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas (señaladamente, el art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a efectos de la subrogación en caso de muerte del arrendatario), es una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación, por lo que no nos parece pertinente justificarla en el art. 14 CE.

2.2.1. A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual el antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad (tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre), reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al

cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad.

Es emblemático el ATC 156/1987, según el cual "la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo, como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. En cuanto derecho fundamental autónomo no necesita ser subsumido en ningún otro derecho fundamental, en particular, en el derecho a la libertad ideológica, con el que sólo muestra delimitados puntos de contacto. Pero aun admitiendo esta subsunción de la 'libertad negativa' al matrimonio en el art. 16.1 de la Constitución a efectos de su amparo constitucional, parece claro que nada tiene que ver este derecho con la percepción de una pensión de viudedad o, dicho de otro modo, el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de la unión de hecho. Tal afirmación se vertebra sobre la idea de que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diversas de la diferente situación de partida", pues del art. 14 C.E. no se desprende "la parificación de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes, de los derechos y deberes de las parejas que hubieren o no contraído matrimonio".

El ATC 156/1987 tiene una importancia práctica extraordinaria, porque perfila las líneas básicas de una abundantísima jurisprudencia posterior, de la que son manifestación, entre otras muchas, la STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184); las SSTC (Pleno) 29/1991, de 11 de febrero (RTC 1991, 29); 30/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 30); 35/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 35); 38/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 38); 77/1991, de 11 de abril (RTC 1991, 29); o la STC 29/1992, de 29 de marzo (RTC 1992, 22). La STC 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 66), afirma igualmente que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 C.E.: "no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquéllas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*".

En la jurisprudencia referida subyace, pues, la idea de que las personas que, en el ejercicio de su libertad nupcial, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual.

Más recientemente, ilustran esta idea las SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92), y 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual

vulneraba el art. 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad. El TC reitera que "la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales", insistiendo en "el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección"; y concluye: "Ha de ser, por tanto, el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance".

La primera de las sentencias, al resolver una cuestión interna de constitucionalidad afirma que "Ha de ser […] el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público– el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance. Así lo ha hecho el legislador con posterioridad, tanto con la regulación del matrimonio homosexual en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, lo que permite a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extiende este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, previendo, además, en su disposición adicional tercera, su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Una decisión de política legislativa ciertamente legítima (STC 41/2013, FJ 3), como también lo era, no obstante, la anterior, que ninguna tacha ofrecía, por las razones ya expuestas, desde la perspectiva del art. 14 CE".

Por cuanto concierne a la segunda de las sentencias, STC (Pleno) 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93). El demandante de amparo imputaba a las resoluciones impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, artículo 14 CE, afirmando "que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual, que convivió ininterrumpidamente más de cuarenta años con el fallecido como si de un matrimonio se tratase, supone una vulneración del artículo 14 CE, al llevar consigo una desigualdad de trato respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por exclusiva razón de sexo o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, toda vez que al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la medida en que dicho precepto sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite".

2.2.2. Posición contraria sostuvo, sin embargo, el TC en relación con el art. 58.1 LAU de 1964, que no contemplaba al conviviente supérstite entre las personas con derecho a

subrogarse en el lugar del inquilino en caso de muerte de éste. Así, la STC 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47), estimó que, "en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja". Y, sobre la base de que el mandato de protección a la familia del art. 39.1 C.E. constituía "el fundamento constitucional sobrevenido del derecho de subrogación *mortis causa* del art. 58.1 L.A.U." (del anterior Texto Refundido de 1964), declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto, en cuanto excluía "del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido". Por consiguiente, el Constitucional consideró que la diferenciación, derivada del tenor literal del antiguo art. 58.1º L.A.U., entre las uniones matrimoniales y "las constituidas por quienes conviven *more uxorio*", no poseía una justificación objetiva y razonable, contradiciendo, además, el art. 14 C.E., en relación con los mandatos y principios de los arts. 39.1 y 47 C.E.

En realidad, dicha sentencia no hacía, sino reiterar la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222), que ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la anterior L.A.U., habiendo precisado que la situación protegida por el referido precepto, mediante la subrogación, no era la unión matrimonial, *per se*, sino la convivencia ("haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento"), y, de ahí, que posibilitara "una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia". El mismo razonamiento se hallaba presente en la STC 6/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 6).

Nunca compartí esta doctrina jurisprudencial, que, a mi parecer, realizaba una lectura incorrecta del art. 58.1 LAU, que era totalmente contradictoria con la sentada a propósito de la pensión de viudedad (v. a este respecto la nota 7), pues mientras en el ámbito del Derecho Público el TC consideraba que la mera conceptuación del matrimonio como una institución constitucionalmente garantizada justificaba una tratamiento más favorable respecto de las uniones de hecho, en el ámbito del Derecho Privado (donde sus decisiones no tienen costes económicos inmediatos para las arcas del Estado) se mostraba proclive a unificar el tratamiento jurídico de ambos tipos de familia, recayendo la carga de esa parificación sobre el ya, de por sí, sufrido (bajo la vigencia de la LAU de 1964) propietario arrendador de la vivienda.

3.1. El problema de la extralimitación competencial de las legislaciones autonómicas se plantea de diversa manera, según que la Comunidad Autónoma tenga, o no, competencia en materia de Derecho civil (o sea ésta dudosa).

Como es sabido, en las Comunidades Autónomas que tienen reconocida competencia en materia de Derecho civil, hay diferencias, pues, mientras en unas, al tiempo de promulgarse la Constitución, existían Compilaciones escritas de Derecho foral o civil especial (es, por ejemplo, el caso de Galicia o Navarra), en otras (básicamente, es el caso de Valencia), sólo existían algunas normas propias que se habían mantenido por vía de costumbre.

3.1.1. En la Comunidad Valenciana existe una regulación específica sobre la materia: se trata de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalidad, de uniones de hecho formalizadas, que sustituyó a la anterior Ley 1/2001, de 6 de abril: su finalidad esencial fue "la regulación de los derechos y deberes" de los miembros de tales uniones (art. 1.1), previendo su aplicación cuando ambos tuvieran la vecindad civil valenciana o, cuando sólo uno de ellos tuviera dicha vecindad, de conformidad a lo que resulte "de las disposiciones estatales sobre resolución de conflicto de leyes" (art. 2.1).

El problema es que el art. 9 CC, al que se remite el art. 16.1 CC, nada dice sobre conflictos de leyes en materia de uniones de hecho. La norma más próxima a este tipo de conflictos es el art. 9.2 CC, que se refiere a los efectos económicos del matrimonio. Del precepto resulta que, cuando los cónyuges tengan vecindades civiles diversas, cabe que ambos pacten "en documento auténtico" que el régimen económico de su matrimonio se rija por la ley personal de cualquiera de ellos. Aun consciente de que matrimonio y uniones de hecho no son realidades equivalentes y de que, por lo tanto, en estricta técnica jurídica, no cabe una aplicación analógica del art. 9.2 CC, me pareció prudente defender una solución semejante, entendiendo que, en el caso de que uno de los convivientes tuvieran la vecindad civil valenciana, ambos podrían haber acordado que los efectos económicos de su unión de hecho se rija por la Ley 5/2012, acuerdo que debía presuponerse, cuando ambos hubiesen solicitado la inscripción de la unión en el registro autonómico correspondiente.

La mayoría de los artículos de la Ley 5/2012, y, concretamente, los de carácter civil, han sido declarados inconstitucionales por extralimitación competencial (del mismo que hiciera la STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), que declaró inconstitucional la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano), al recaer sobre una materia respecto de la cual la Comunidad carece de capacidad para legislar, subsistiendo, tan sólo, los preceptos (neutros desde un punto de vista competencial) que se limitan a definir la "unión de hecho formalizada" y prever su inscripción (art. 3), a determinar quiénes pueden formarla (art. 4) y a establecer sus causas de extinción (art. 5); y, así mismo, el art. 15, que regula efectos no civiles de la unión, meramente administrativos o sociales, equiparándola al matrimonio, por ejemplo, respecto de licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar.

Hay que tener en cuenta que, por aplicación del art. 149.1, regla 8ª, CE, no existiendo en Valencia una Complicación de Derecho Foral al tiempo de promulgarse la Constitución, la competencia de la Comunidad Valenciana para legislar sobre cuestiones de Derecho civil se reduce, exclusivamente, a materias sobre las que en ese momento (1978) hubiere pervivido un Derecho histórico por vía de costumbre, como es el caso paradigmático de los arrendamientos rústicos [STC 121/1992, de 28 de septiembre (*Tol* 80731)], o que fueran conexas a dichas materias en orden a una actualización o innovación de contenidos, según sus principios informadores peculiares [Ello, según la doctrina de las materias conexas, claramente expuesta en la STC 88/1993, de 12 de marzo (*Tol* 82111)].

Ciertamente, el artículo 49.1.2a del Estatuto de la Comunidad Valenciana, en su redacción de 2007, atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho Foral civil valenciano. Hay quien ha considerado que este precepto legitimaba a la Generalidad para recuperar el Derecho Foral antiguo, adaptándolo a la actual realidad social. Sin embargo, lo cierto es que el precepto, como el art. 149.1, regla 8ª,

CE, presupone la existencia previa de un Derecho foral vigente, por lo que no habilita a la Comunidad para regular instituciones ya desaparecidas en 1978, como tampoco para regular *ex novo* las que, como es el caso de las uniones de hecho, nunca fueron reguladas.

Así, la STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110), al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, observa, que la validez de la misma depende "de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley", "o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero 'conexa' con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un 'desarrollo' de su Derecho civil foral o especial", concluyendo que "De no poder hacerlo [que es lo que aconteció], la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia".

El TC ha declarado, pues, inconstitucionales todos los preceptos de la Ley 5/2012, que regulaban aspectos civiles de las uniones de hecho, esto es: el art. 6, que bajo la rúbrica "efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada" dispone en tal caso la "revocación automática de los poderes que cualquiera de sus miembros hubiera otorgado a favor del otro"; el art. 7, que establece la "libertad de regulación" de las "relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia"; el art. 8 ("gastos comunes de la unión de hecho formalizada"); el art. 9, que regula el "derecho de alimentos" entre los convivientes; el art. 10 ("disposición de la vivienda habitual de la unión de hecho"); el art. 11 ("responsabilidad patrimonial"); el art. 12, que regula el destino del "ajuar doméstico y uso de la vivienda" tras el fallecimiento de uno de los convivientes; el art. 13 ("representación legal de la persona conviviente"); y el art. 14 ("derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta"). También el art. 2, que –como observa el TC- "regula el 'ámbito de aplicación' de la Ley haciéndolo depender de la 'vecindad civil' de 'las partes', debe ser igualmente anulado, pues una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al 'principio de territorialidad de las competencias' que este Tribunal ha declarado 'implícito al propio sistema de autonomías territoriales'". En cambio, respecto del art. 1 ("Objeto y principios de esta Ley"), el TC entiende que "solamente resulta inconstitucional en el inciso que da soporte a la normativa civil comentada, pero no en su integridad; el resto del precepto puede seguir dando soporte a las normas válidas de la Ley".

Nada queda, en consecuencia, de los preceptos civiles Ley 5/2012 que regulaban los derechos y deberes de la los convivientes; sin embargo, hay que tener en cuenta que, con la excepción del art. 14, que regulaba los "derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta", el cual no se llegó a aplicar nunca, por estar suspendido por el TC [ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)], el resto de los preceptos, sí que se aplicaron, creando situaciones consolidadas firmes, que (como aconteció en el caso de Navarra, al que posteriormente nos referiremos) no resultan afectadas por la posterior declaración de inconstitucionalidad.

Así, la STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110) afirma que "teniendo en cuenta la existencia de un régimen legal anterior al ahora anulado (el de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho) y los efectos que haya podido producir la aplicación de la Ley impugnada entre los miembros de las uniones de hecho formalizadas acogidas a la misma, y en sus relaciones con terceros, el principio de seguridad jurídica

consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta Sentencia, que tendrá solo efectos 'pro futuro', sin afectar a las 'situaciones jurídicas consolidadas'". Es, pues, la misma solución adoptada por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), respecto de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

3.1.2. Actualmente, subiste la duda sobre la constitucionalidad de la Disposición Adicional de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (modificada por el artículo único de la Ley 10/2007, de 28 de junio), que equipara uniones de hecho y matrimonio (mediando voluntad de los convivientes en favor de dicha equiparación), ya que la STC (Pleno) 75/2014, de 7 de mayo (RTC 2014, 75), no ha entrado sobre el fondo del asunto.

El Tribunal proponente de la cuestión dudaba de su constitucionalidad, en la medida en que podía suponer una extralimitación competencial, por no suponer "un supuesto de conservación ni modificación del derecho foral de Galicia" y ser "más que dudoso que se pueda entender como desarrollo, pues no es fácil la conexión con ninguna institución ya regulada por el Derecho foral gallego a la que se esté actualizando o innovando, por lo que no cabe descartar la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil".

Estamos, pues, ante un caso de una Comunidad Autónoma, que, como es Galicia, tiene indudablemente competencia para legislar en materia de Derecho civil, pero lo que se pone en duda (y es legítimo planteárselo) es si dicha competencia puede ejercerla sobre las uniones de hecho, por ser ésta una materia ajena al Derecho Foral gallego, que no está conectada con ninguna de las en él reguladas.

Como he dicho, no se entró en el fondo del asunto planteado, por entenderse que "la disposición cuestionada no es aplicable al litigio y en consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de fundamento competencial para la regulación de las parejas de hecho en el Derecho civil de Galicia, sería innecesario o indiferente para la decisión del proceso en el que, realmente, lo que se debate es la existencia misma de una situación de convivencia de hecho sometida a las previsiones de la norma". Y añade que "En un caso que tiene gran similitud con el aquí enjuiciado, este Tribunal declaró en la STC 18/2014, de 30 enero 2014, en relación con esta misma disposición adicional tercera de la Ley de Derecho civil de Galicia, que del razonamiento del órgano judicial no se desprendía que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fuera necesario para resolver el caso sometido a su consideración, dado que no definía la aplicabilidad de la norma al caso por razones temporales".

En cambio, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), no ha considerado que hubiera extralimitación competencial en la regulación sustantiva de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", afirmando que el legislador foral "puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, atendiendo a las previsiones de la LORAFNA [Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra], en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3)".

¿Será extrapolable esta doctrina al resto de las regiones forales, incluida Galicia? Es dudoso. Como después se observará, la referida sentencia ha considerado inconstitucionales (por ser contrarios al principio de libre desarrollo de la personalidad) todos los preceptos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, que imponían una serie de obligaciones a los integrantes de la unión de hecho, por la mera circunstancia de la convivencia, prescindiendo de la voluntad de los convivientes de sujetarse a ellas; por lo tanto, tras ella, el nacimiento de dichas obligaciones se hace depender, exclusivamente, del principio de la autonomía privada; y no puede olvidarse la extensión con que el Fuero Nuevo de Navarra acoge dicho principio en el ámbito patrimonial, conteniendo una parte general de las obligaciones y una regulación de los principales tipos contractuales (ya existente en el momento de la promulgación de la Constitución), la cual no tiene parangón con la de los otros Derechos Forales.

3.2. Me referiré, a continuación, a las Comunidades Autónomas sin competencia en materia de Derecho civil.

La STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), ha declarado inconstitucionales los arts. 4 y 5 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre "uniones de hecho", que regulaban los requisitos de validez y contenido de los pactos encaminados a regular las relaciones patrimoniales entre los convivientes, durante la vigencia de la unión de hecho y a su cese (así como el procedimiento de inscripción registral de dichos pactos).

Dice, así, que en los preceptos se "contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros" de la misma; y, "atendiendo a la finalidad que persigue- dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil". En definitiva, concluye que con dichos preceptos la Comunidad Autónoma "se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo".

Es evidente que este razonamiento puede aplicarse a varias leyes autonómicas, cuya competencia en materia de Derecho civil es dudosa. Me refiero básicamente a la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, o a la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho".

4. Desde hace tiempo viene preocupando a un sector de la doctrina (entre el que me cuento) y a la propia jurisprudencia la compatibilidad de las regulaciones de las uniones de hecho con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE, que es una irrenunciable exigencia de la dignidad humana, que halla su centro de gravedad en la idea de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida" [STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53)]. Se trata de un "principio o norma

constitucional", "fundamento del orden político y de la paz social", plasmación del "valor superior" libertad (art. 1.1. CE), el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, "de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias" [STC 132/1989, de 18 de julio (RTC 1989, 132)].

De esta preocupación es manifestación, si bien en el ámbito del Derecho Común, la evolución jurisprudencial acaecida a propósito de la aplicación analógica del art. 97 CC a las uniones de hecho. Durante un tiempo, los Tribunales se manifestaron favorables a ella, concediendo la pensión por desequilibrio prevista en el precepto para el caso de separación o divorcio, también al conviviente perjudicado por la ruptura [v. así SSTS 5 julio 2001 (*Tol 230668*) y 16 julio 2002 (*Tol 202431*)]. Sin embargo, en la actualidad es doctrina jurisprudencial consolidada que no procede dicha aplicación analógica, dado que la unión de hecho y el matrimonio no son realidades equivalentes. En efecto, la STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (*Tol 719651*), con buen criterio, afirma que "es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio [...] aunque las dos estén dentro del derecho de familia"; y añade: "Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias". "Por ello [continúa diciendo el Pleno del Supremo] debe huirse de la aplicación por "analogía iuris" de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio". V. en el mismo sentido SSTS 22 febrero 2006 (*Tol 846265*), 19 octubre 2006 (*Tol 1006910*), 27 marzo 2008 (*Tol 1354577*), 30 octubre 2008 (*Tol 1432563*), 11 diciembre 2008 (*Tol 1432568*) y 6 octubre 2011 (*Tol 2252090*).

Tradicionalmente, en ausencia de regulaciones legales sobre las uniones de hecho, se hacía referencia al principio de libre desarrollo de la personalidad como fundamento último de la libertad de opción entre el estado de casado o de soltero, la cual es además consecuencia directa de la consagración constitucional del derecho a contraer matrimonio, que tiene dos manifestaciones: de una lado, la libertad nupcial positiva o derecho a casarse, salvo en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad; y, de otro, la libertad nupcial negativa, que comprende el derecho a no contraer matrimonio, es decir, el derecho que tiene todo individuo a permanecer soltero (sin sufrir, por ello, discriminaciones carentes de justificación objetiva y razonable, respecto de los que asumen el estado civil de casado), ya que, como recuerda la STC 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47), la decisión de contraer, o no, matrimonio, "pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas".

Sin embargo, una vez promulgadas las leyes autonómicas de uniones de hecho, el problema ha sido otro: ha surgido la duda (desde la perspectiva del principio de libre desarrollo de la personalidad) de la constitucionalidad de las normas que imponen imperativamente un *quasi status* de conviviente *more uxorio*, prescindiendo de la voluntad de asumirlo.

La STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), con indudable acierto, ha declarado inconstitucionales diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables", de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un período ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia.

Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso "hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que", y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso "y el transcurso del año de convivencia"; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso "respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles", y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1.

El TC, con buen criterio, afirma que "Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es […] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal […] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta […] Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones -antes, durante y al extinguirse esa unión- conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción".

Prosigue: "La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites […] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja".

No tengo dudas de que este criterio es igualmente aplicable para otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes, esto es, el art. 234-1 del Código civil de Cataluña y los arts. 303 y 305 del Código de Familia de Aragón.

ÍNDICE

PARTICIÓN HEREDITARIA Y PAGO POR LA COMUNIDAD DE UNA DEUDA DE UNO DE LOS COHEREDEROS GARANTIZADA CON UN BIEN RELICTO*

PARTITION OF SUCCESSION: PAYMENT BY THE COMMUNITY OF ONE DEBT OF ONE OF THE COHEIRESS GUARANTEED BY AN ASSET OF THE ESTATE

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
gorka.galicia@ehu.eus

RESUMEN: *A colación del supuesto de hecho de la STS (sala 1.ª) de 26 de febrero de 2016, en el que varios coherederos pagaron la deuda personal de otro cosucesor que se hallaba asegurada con una hipoteca recayente sobre un inmueble del caudal, se analizan en este trabajo tanto el régimen jurídico aplicable al fenómeno del pago por tercero de deuda ajena como la cuestión de si, en la hipótesis de referencia, es factible materializar el recobro en la partición sin necesidad de proceder a un específico regreso contra el coheredero deudor.*

PALABRAS CLAVE: *Partición hereditaria, deudas, pago por tercero.*

ABSTRACT: *In connecttion with the hypothesis of the High Court Sentence (1st courtroom) of February 26, 2016, in which several coheiress paid the personal debt of another cosuccessor, that was secured by a mortgage on a property of the estate, this paper analyzes the legal regime applicable to the phenomenon of payment by third party of other people´s debt as the question whether, in the case discussed, it is possible to realize the recovery in the partition without proceeding to a specific return against the debtor coheir.*

KEY WORDS: *Partition of succession, debts, payment by third party.*

FECHA DE ENTREGA: *01/04/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

· Este trabajo se enmarca en el ámbito del Proyecto I+D DER2014-57298-P, del Ministerio Economía y Competitividad, sobre *Fases sucesorias y protección de los acreedores*, así como en el del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC12 A IT 727-13 — *Persona, Familia y Patrimonio*).

SUMARIO: 1. Los hechos.- 2. Doctrina de la STS 26 febrero 2016.- 3. Un doble dilema jurídico.- 4. El artículo 1158 CC, la subrogación y el garante real por deuda ajena.- 5. La instrumentalización del derecho de regreso en el marco de las operaciones particionales.

1. La STS 26 febrero 2016 (RJ 2016, 763) versa sobre una cuestión polémica y de tratamiento oscuro, como es la del régimen aplicable al pago por tercero de deuda ajena y el exacto significado del artículo 1158 CC. Pero ocurre además que el supuesto de hecho de esta sentencia presenta una serie de aristas que, amén de singularizarlo, hacen que su resolución resulte algo más compleja.

En efecto, en este concreto caso, la causante había procedido a hipotecar la vivienda de su propiedad para garantizar dos préstamos tomados por uno de sus cinco hijos: el primero de 23.465,65 €, con interés remuneratorio del 16% y moratorio del 23%, y el segundo de 23.674,60 €, con idénticas tasas de interés. De dichos préstamos, según relata la sentencia, no llegó a abonarse cantidad alguna.

Ante el impago y la falta de efectivo suficiente en el caudal, la comunidad hereditaria, conformada por los cinco hijos de la causante a quienes esta había instituido como herederos universales por iguales partes, decide abonar (con la disidencia del obligado) la totalidad de la deuda pendiente una vez fallecida la hipotecante no deudora, la cual ascendía en el caso del primer préstamo a 24.166,09 € y en el del segundo, a 24.420,50 €. El importe necesario para realizar tales pagos se obtiene, a su vez, de otro préstamo que concede uno de los coherederos, aunque con carácter gratuito y plazo de devolución de un año.

El albacea contador-partidor designado en testamento por la causante elabora seguidamente cuaderno particional en el que toma en consideración todos estos elementos, de forma que termina por adjudicar el bien principal del caudal, es decir, la vivienda en cuestión, a los cuatro hijos no deudores, procediendo a incluir en el inventario una partida por el importe de la deuda saldada. Así, conforma el lote de aquellos asignando a cada uno no solo una cuota indivisa del piso, sino también un crédito frente a su hermano deudor por importe de 6.571,27 € en consideración a la parte satisfecha del préstamo obtenido para devolver los que pesaban sobre él. Sin embargo, al coheredero deudor le adjudica únicamente un crédito contra sí mismo por importe de 29.110,91 €.

Este último impugna el cuaderno particional y solicita que se rescinda por lesión al no habérsele adjudicado bien o derecho alguno en la herencia de su madre. Entiende además que el inventario se ha conformado, tanto en el activo como en el pasivo, de manera errónea. Pues se ha considerado que la hipoteca que gravaba la casa aseguraba un crédito personal del actor cuando esto no era verdaderamente así: la

titularidad el préstamo era de la causante de la herencia, cuya vivienda había quedado en garantía de devolución del préstamo concedido al tener este como finalidad la rehabilitación de los elementos comunes de la misma.

En la contestación a la demanda, los coherederos se oponen y alegan que dichos préstamos que gravan el inmueble hereditario son privativos del actor, habiéndose limitado la comunidad a liberar al inmueble de tal carga real mediante la solicitud de un préstamo ventajoso, otorgado por otro coheredero, que ha permitido el pago de la deuda, la cancelación de la hipoteca y el abono de los intereses de demora nacidos como consecuencia de los incumplimientos del demandante. También formulan demanda reconvencional solicitando que se condene al actor a abonarles la cantidad de 26.285,08 € en concepto de devolución del préstamo solicitado por la comunidad hereditaria para liberar la finca.

La sentencia de primera instancia (JPI núm. 6 de Vitoria-Gasteiz, con fecha 24 abril 2013) desestima tanto la demanda como la reconvención. Centrada la impugnación en las discrepancias sobre el activo y el pasivo, considera que el préstamo realizado por uno de los coherederos nunca puede integrar el inventario de la masa hereditaria, sino que debe computarse como un préstamo de uno de los coherederos a la misma, que en su caso el albacea podrá acrecer en la hijuela del heredero-acreedor. Pero su naturaleza de crédito contra la masa hereditaria es clara. Se tiene por acreditado que la comunidad pagó una deuda personal del actor con fondos procedentes del préstamo de uno de los coherederos y que anticipó dichas cantidades para poder liberar de cargas el único bien importante existente en el caudal y así evitar que el impago del préstamo llevara a los prestamistas a ejecutar la hipoteca en perjuicio de todos los herederos, incluido el actor. De todo ello se infiere la existencia de un crédito contra este. En definitiva, se concluye que en el inventario no debería haber figurado la cantidad que consta como crédito contra el actor, que el valor del inmueble debió haber sido de 157.893,30 € (en lugar de los 144.242,91 computados) y que al nuevo capital relicto debería haberse añadido un 3% por el ajuar doméstico y mobiliario del domicilio de la finada, de suerte que la diferencia del activo con el inventario sería de 13.030,09 €, que dividida por cinco, supondría una diferencia neta individualizada por cada heredero de poco más de 2000 €, no dándose en consecuencia los requisitos de aplicación del artículo 1074 CC al no superar la supuesta lesión el 25% del caudal relicto.

Recurrida la sentencia por ambas partes, la de segunda instancia (SAP Vitoria-Gasteiz, sección 1ª, 31 octubre 2013 [JUR 2014, 155834]) desestima el recurso de apelación de la parte demandante y estima sin embargo el de los demandados, revocando la sentencia de primera instancia en la parte en la que desestima la reconvención, pues, en efecto, condena al actor a abonar a cada uno de sus cuatro hermanos la cantidad de 6.571, 27 €. En relación con la titularidad de la deuda garantizada con la hipoteca entiende probado que la misma pertenecía exclusivamente al actor, quien ha obtenido un beneficio como consecuencia de su pago por la comunidad y sin que conste prohibición alguna para incluirlo en el inventario, ya que el artículo 1058 CC permite el pago por un tercero, ya lo autorice,

ya lo ignore el deudor, y en el segundo caso señala que quien realiza el pago podrá reclamar a este lo que hubiese pagado, aunque si existiese oposición por parte del deudor solo podrá repetir contra él aquello en que el pago le hubiera sido útil. La comunidad tenía, desde luego, interés directo en que los préstamos personales del actor no siguieran perjudicando a la masa hereditaria, por lo que los amortizó, cancelando las hipotecas que los garantizaban. Así, aunque el deudor mostrara su oposición, se encuentra legitimada para repetir contra él aquello en que le hubiera sido útil el pago, que en este caso es todo porque el inmueble que garantizaba el cumplimiento de una deuda ajena era de la comunidad, no del heredero. Estima que no es de aplicación el artículo 1159 CC porque en ningún caso se compele al deudor a subrogar al acreedor en sus derechos. La comunidad hereditaria no pretende situarse en el lugar de los terceros y actuar frente al coheredero, sino que se limita a reclamarle el importe de la deuda que libera el bien de la comunidad. Por ello puede repetir sin compeler al acreedor a la subrogación de sus derechos.

La parte demandante interpone recurso de casación que articula en varios motivos, de los que, a efectos del presente comentario, interesa destacar los dos siguientes:

a) En el primero, denuncia la infracción del artículo 1158 CC y de la jurisprudencia fijada por la STS 23 marzo 2000 (RJ 2000, 1210), al considerar a la comunidad hereditaria un tercero a efectos de pago. La sentencia de segunda instancia considera que el pago del préstamo que realizó la comunidad es un pago por tercero del artículo 1158 CC, sin tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que no reúne tal condición aquel sujeto que de algún modo resulta obligado por la relación jurídica a la que se refiere al pago. En el presente caso, la causante hipotecó su vivienda en garantía de ambos préstamos, resultando por tanto obligada en tal relación jurídica, por lo que no resulta ajustado a Derecho resolver la controversia mediante la aplicación del mencionado artículo, lo que conlleva la inexistencia del derecho de crédito que se incluyó en el activo hereditario.

b) En el segundo motivo, alega la infracción de los artículos 1158, 1210 y 1212 CC y de la jurisprudencia contemplada en las SSTS 23 julio 2007 (RJ 2007, 4704) y 18 diciembre 1997 (RJ 1997, 8819). Considera el recurrente que para el caso de que la comunidad tenga el concepto de tercero, al no existir pacto entre las partes y haber sin embargo interés del pagador y oposición del deudor, no surge el derecho de repetición del primero frente al segundo declarado por la sentencia recurrida en aplicación del artículo 1158 CC, sino un derecho de subrogación en los derechos del acreedor con las consecuencias que establece el artículo 1212 (transferencia del crédito con todos sus anexos). Sin embargo, este derecho de subrogación no ampararía la inclusión de un derecho de crédito en el activo de la herencia.2. Un primer tipo de argumento por el que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares del derecho al honor consagrado en el artículo 18.1 CE 1978 se apoya en la jurisprudencia constitucional que afirma que, como regla general, esta clase de entidades no son titulares de derechos fundamentales, con ciertas excepciones en las que más adelante me detengo.

Que el Tribunal Supremo fundamente su decisión en la doctrina del Tribunal Constitucional tiene todo su sentido si se atiende a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

En numerosas ocasiones determinadas personas jurídico-públicas han acudido al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo alegando la lesión de un derecho fundamental. A ello ha contribuido, sin duda, el artículo 162.1.b) CE 1978, que mantiene que las personas jurídicas ostentan legitimación para solicitar el amparo ante la violación de un derecho fundamental siempre que invoquen un interés legítimo y, con ello se abre, al menos como posibilidad inicial, el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas (CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35º, p. 73). Ahora bien, es cierto que ello no implica, en absoluto, la aceptación automática de tales entes como titulares de los derechos fundamentales, ya que legitimado es aquel que, o bien posee un interés propio (es titular del derecho lesionado), o bien posee un interés legítimo (no es titular pero ostenta un interés suficiente para la defensa de un derecho fundamental ajeno).

a) Tanto la doctrina constitucional [por todas la STC 195/2015 de 21 de septiembre (RTC 2015, 195) (fundamento jurídico 3º)] como la propia doctrina científica han puesto de relieve la incompatibilidad entre el concepto de derecho fundamental y el concepto de persona jurídica de Derecho Público. Por consiguiente, el problema de la titularidad de los derechos fundamentales por esta clase de personas jurídicas está ligado en principio con el significado y el origen de los derechos fundamentales. Estos nacen en el Estado Liberal para garantizar a los individuos una esfera de libertad frente a los abusos del poder público. Su objetivo es la tutela de un ámbito de intereses de carácter individual en que el Estado tiene prohibido entrometerse. Pero ha de puntualizarse que en el momento actual tal fundamento sufre una cierta quiebra, ya que la libertad de los individuos está también en peligro por ataques procedentes de entidades u otros particulares con gran poder social y económico, frente a los que aquellos se hallan en una situación de inferioridad análoga a la que se encuentran frente al Estado. A lo anterior se añade el hecho de que por la evolución del Estado Liberal al Estado Social de Derecho los derechos fundamentales han pasado de ser protegidos frente al poder público a concebirse como derechos y libertades imprescindibles para la propia vida del Estado (véase más extensamente RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 78-79).

La sentencia del Tribunal Supremo aquí analizada, como he apuntado, recoge la opinión de cierta doctrina científica para fundamentar su negativa a indemnizar el derecho al honor del Ayuntamiento recurrente: En la propia lógica de los derechos

fundamentales se halla la idea de que entre gobernantes y gobernados hay una situación de desequilibrio a favor de los primeros, que poseen potestades y privilegios para la obtención del interés general (idea que adopta la sentencia, aunque no lo diga de forma expresa, de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 143) . Tal posición de supremacía de los gobernantes, según el Tribunal Supremo, ha de compensarse a favor de los gobernados por medio de las garantías que constituyen en sí mismos los derechos fundamentales.

A mi juicio tampoco podría reconocerse a una administración pública la titularidad de derechos fundamentales ante una vulneración procedente de otra organización administrativa, ya que no cabe sostener que una organización administrativa se encuentre frente a otra en una situación que ponga en peligro su esfera de intereses más importantes, de forma análoga a la que se encuentra una persona física frente al poder público. Esta se trataría de una cuestión ligada con la organización administrativa y el control de unas organizaciones sobre otras. En las relaciones entre administraciones no rigen, pues, los derechos fundamentales sino normas de organización cuyo fin consiste en la delimitación de competencias (DÍAZ-LEMA, J.M.: "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", *Revista de la Administración Pública*, núm. 120º, 1989, p. 116). Cuando una administración lesiona las competencias de otra administración, la vía a seguir por la afectada no es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sino los instrumentos adecuados de que dispone; sostener la opinión contraria implicaría desvirtuar la naturaleza de los derechos fundamentales y del propio recurso de amparo.

Tampoco, en mi opinión, podrían reconocerse derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas cuando actúen sometidas al Derecho Privado (aunque a este extremo concreto tampoco se refiere la sentencia del Tribunal Supremo comentada). Aun en forma privada, la Administración no se halla en la misma situación que una persona física porque sigue gozando de ciertos privilegios y además no existe una actividad pura de la Administración en cuanto siempre está ligada su actuación a un fin público, al interés general.

b) La regla general, sostenida por la doctrina constitucional, de que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares de los derechos fundamentales encuentra ciertas excepciones.

El primer bloque de excepciones hace referencia, más que a derechos fundamentales, a garantías objetivas del proceso. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (que es mencionado por la sentencia del Tribunal Supremo) o el principio de igualdad del artículo 14 CE, en cuanto, en un caso y en otro, es muy dudoso que las personas jurídico-públicas deban carecer de ciertas garantías procesales.

En un principio el Tribunal Constitucional atribuye de forma indiscriminada el artículo 24.1 CE a las personas jurídico-públicas y también al propio Estado. Pero

con posterioridad ha sido más restrictivo, en coherencia, claro, con su negativa a reconocer con carácter general la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de este tipo. De modo que en la actualidad, según dicho tribunal, ha de distinguirse entre la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la defensa de sus actos y potestades administrativas. De acuerdo con la STC 164/2008 de 15 de diciembre (RTC 2008, 164), si la pretensión de la tutela judicial recae sobre sus intereses legítimos, que son aquellos derivados de su actividad no administrativa o pública, puede reconocerse a las personas jurídico-públicas la titularidad del artículo 24.1 CE en toda su extensión (también STC 311/2006 de 23 de octubre (RTC 2006, 311). Pero cuando el objeto de la tutela judicial es la defensa de los actos de la Administración Pública derivados en ejercicio de sus potestades administrativas, la protección del citado artículo ha de quedar restringida a no padecer indefensión en el proceso (en este sentido STC 175/2001 de 26 de junio (RTC 2001, 175) y sobre el tema consúltese DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos*, cit., p. 144).

En cuanto al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha negado a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho a la igualdad en la ley, esto es, el derecho a no ser discriminadas, de modo que las entidades públicas no pueden considerarse como titulares del derecho fundamental a la no discriminación del artículo 14 CE, derecho que se cimienta en la dignidad de la persona. Pero, en cambio, sí ha reconocido el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, al vincular el Tribunal Constitucional este derecho con la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (al respecto véase ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 280, y la doctrina constitucional allí citada).

No obstante, se ha señalado por alguna voz doctrinal que, aun compartiendo la idea general de que las personas jurídico-públicas no deben gozar de la titularidad de derechos fundamentales, debería revisarse quizás tal doctrina constitucional restrictiva en cuanto a los artículos 24.1 y 14 CE en la medida en que cada vez hay mayor número de entidades públicas con cierta independencia respecto al Estado y en las que a veces participan particulares (sociedades mixtas, empresas participadas, etc.) (GÓMEZ MONTORO, A.: "Titularidad de derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derechos fundamentales y su protección*, Tomo III (M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDO), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 56).

El segundo bloque de excepciones implica el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a algunos tipos de personas jurídico-públicas en cuanto dicho reconocimiento se considera preciso para el cumplimiento de los fines perseguidos por dichas personas jurídicas. Los ejemplos que cita el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada son la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE a las universidades públicas, la libertad de información (art. 20.1.d CE) a los entes públicos de radiodifusión y la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE) a las iglesias y entidades religiosas de naturaleza jurídico-pública. En estos tres casos qué duda cabe de que por medio de estos derechos las entidades públicas pueden recabar para sí mismas ámbitos de libertad de los que pueden disfrutar, o sus miembros, o la

generalidad de los ciudadanos (sobre la cuestión véase extensamente ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos*, cit., pp. 292-296). Sin embargo, muy claramente, señala ahora la STS de 16 de junio de 2016 que entre estas excepciones no se encuentra la titularidad del derecho al honor: "(…) No cabe sostener sensatamente que la consecución de los fines característicos de las personas jurídicas de Derecho Público requiera reconocerles la titularidad del derecho fundamental al honor, para garantizar así su existencia e identidad".

La sentencia objeto del presente trabajo acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) para corroborar la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional español cuando sienta la regla general de que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares de derechos fundamentales. Así, en el fundamento de derecho 5º de la sentencia se cita abundante jurisprudencia del TEDH sobre el significado de la expresión "organización no gubernamental" del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Dicho precepto indica qué sujetos pueden demandar ante el TEDH por violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en dicho Convenio o en sus Protocolos: cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares. El TEDH ha definido las organizaciones gubernamentales como "personas jurídicas que participan en el ejercicio del poder público o que gestionan un servicio público bajo el control de las autoridades (…)" (Radio France y otros c. Francia [(dec.) nº 53984/00, CEDH (RCL 1999, 1190 y 1572) 2003-X]). Y, en concreto, respecto a los entes públicos territoriales, se les ha negado la posibilidad de que interpongan una demanda ante los órganos del CEDH, pues, con independencia de su grado de autonomía, ejercen poder público y, por consiguiente, sus actos u omisiones conllevan la responsabilidad del Estado conforme al Convenio (por ejemplo, así se afirma en el caso Ayuntamiento de Mula c. España (dec.), nº 55346/00 CEDH 2001-1, citado en Granitul, SA c. Rumania 22 de marzo 2011 (JUR 2011, 85390).

En el caso concreto de la sentencia analizada, la mención a mayor abundamiento del CEDH y de la jurisprudencia emanada de su órgano de garantía (TEDH) es suficiente para dejar claro que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en relación con la negación de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Público es conforme con el parámetro impuesto por el artículo 10.2 CE. Según este precepto "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismas materias ratificadas por España" [según SAIZ ARNAIZ, A.: "Artículo 10.2 Constitución. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 199, sólo el artículo 10.2 CE y una decidida opción por el TC en favor de la jurisprudencia del TEDH pueden explicar la importancia que esta última doctrina tiene en la actividad del TC español, que por otra parte no se ha preocupado nunca

de explicar teóricamente su utilización, aceptándola sin más como una consecuencia impuesta de modo natural por el citado precepto constitucional].

2. El Tribunal Supremo, en su respuesta casacional, desestima ambos motivos.

En cuanto al primero, porque, según el Alto Tribunal, la aplicación al caso del artículo 1158 CC es completamente procedente: no hay duda de que la hipotecante no deudora tiene la consideración de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación a los efectos de dicho precepto, posición que concurre también en los coherederos que le suceden a título universal y efectúan el pago. En esta línea, resulta perfectamente acreditado que el pago se hizo en interés de la comunidad hereditaria, ya que el mismo, facilitado por un préstamo sin interés concedido por uno de los coherederos, evitó que el inmueble (bien principal de la herencia) disminuyera su valor atendidos los elevados intereses de demora que comportaba el impago de la deuda por el actor. Pero, certificada la rectitud del pago, considera igualmente el Tribunal Supremo que tampoco cabe hacer objeción alguna a la actuación particional del albacea que incluye en el inventario de la herencia el importe satisfecho.

Pues, en efecto, ante los incumplimientos del demandante y constante ya la comunidad hereditaria, el pago realizado debe reputarse como un gasto necesario en orden a la preservación del valor del bien relicto, es decir, hecho por razón o en interés de la comunidad; gasto que, además, trae causa de los préstamos concedidos al coheredero demandante y cuyo pago también le ha sido útil y beneficioso al comportar la citada liberación de la carga. O sea: aunque no lo haya consentido, el gasto le ha sido útil y, en consecuencia, debe ser de su cargo y responsabilidad, y no de la del resto de los coherederos (arts. 1063 y 1064 CC). De ahí (como declarara la sentencia de segunda instancia) que la inclusión de este crédito en el inventario de la herencia resulte ajustada a Derecho y acorde con la naturaleza o función de las operaciones particionales, destinadas a resolver patrimonialmente el estado de indivisión de la comunidad hereditaria con el recurso a la correspondiente operación de liquidación particional del haber relicto.

Esta misma línea argumental sirve al Alto Tribunal para desestimar el segundo motivo invocado, en el que el recurrente busca justificar la exclusión del crédito de los coherederos del inventario de la herencia mediante la apelación, esta vez, al efecto de subrogación en el crédito satisfecho, efecto que, según su criterio, se derivaría del pago realizado en la hipótesis. Pues (tal y como precisa de nuevo la sentencia de la Audiencia) ese supuesto de subrogación no es aplicable al caso, en donde la comunidad hereditaria no pretende tal subrogación en el crédito pagado, ni compele a la entidad acreedora a ese fin (art. 1159 CC), sino que se limita al pago de la deuda que libera de cargas al bien y, con ello, a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado, tal y como dispone el inciso final del artículo 1158 CC,

el cual reconoce esta acción de enriquecimiento en favor del *solvens* que paga incluso con la oposición del deudor. Pago que, a mayor abundamiento, se realiza respecto de préstamos ya vencidos y sin posibilidad de prórroga alguna. De ahí el efecto extintivo y liberatorio de la deuda para el coheredero demandante y consiguiente nacimiento de un nuevo derecho de crédito para los restantes, los cuales, atendida su naturaleza y finalidad, instrumentalizan correctamente el pago en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado.

3. Pese a la relativa complejidad del supuesto de hecho, el doble dilema jurídico que se plantea a lo largo del presente procedimiento es nítido. Consiste en saber, primero, si el pago por los coherederos de una deuda privativa de cualquiera de ellos pero garantizada con una hipoteca recayente sobre un inmueble relicto, conforma un pago por tercero del artículo 1158 CC; y, segundo, caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, si los pagadores (cosucesores junto al deudor de una misma herencia) pueden resarcirse de la pérdida patrimonial sufrida en el mismo acto de partición de la comunidad o si, por el contrario, deben hacerlo al margen. Lógicamente, todo el esfuerzo argumental del demandante se centra en defender que en el caso no hay verdadero pago por tercero y que, aun habiéndolo, no sería procedente su liquidación en el seno del negocio jurídico particional. Antes bien, estima que esta es una cuestión que ha de quedar excluida de él, sin que en modo alguno el albacea pueda privarle de su correspondiente lote o hijuela. Pues, caso de que la comunidad merezca la consideración de tercero a estos efectos, lo que habrá en todo caso será una subrogación por parte de los pagadores en los derechos del acreedor ex artículo 1212 CC, con lo que, para cobrarse, necesariamente deberán dirigirse contra el deudor, sin que sea posible la inclusión del crédito en el inventario de la herencia.

4. Según se sabe, el artículo 1158 CC faculta para hacer el pago de una deuda a cualquier persona, "tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor", o ya lo haga, incluso, "contra su expresa voluntad".

De la norma sorprende ante todo la amplísima legitimación que en ella se establece, pues tanto quiere decir como que cualquier tercero tiene aptitud para cumplir. O sea, siempre que dicho tercero ofrezca al acreedor la misma prestación que debía llevar a cabo el obligado (de forma que el ofrecimiento respete los consabidos requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad respectivamente establecidos en los arts. 1166, 1157 y 1169 CC), este no podrá rehusar el pago sin incurrir en mora (*mora creditoris*). Además, el precepto lleva aparejada cual consecuencia indisoluble el que el solvens, caso de que el acreedor se oponga al ofrecimiento de pago, pueda recurrir al expediente de la consignación para liberar al deudor.

Este laxo criterio, frente al más restrictivo adoptado por otros códigos, se explica muy probablemente porque a su través se facilita una más pronta liquidación de las relaciones obligatorias y porque, así, el deudor experimenta una ventaja antes que perjuicio alguno. En este sentido, llama la atención que el ordenamiento francés haya pasado en su reciente reforma del Derecho de obligaciones (mediante Ordenanza nº 2016-131 de 10 febrero 2016) de una legitimación limitada (antiguo art. 1236 del *Code*) a otra irrestricta, pues, desde el 1 de octubre de 2016 (fecha de entrada en vigor del nuevo régimen), "[l]e paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier" (art. 1342-1). No obstante, es asimismo presupuesto evidente para la aplicación de nuestro artículo 1158 CC que la prestación sea fungible, pues si el acreedor solo ha de alcanzar la satisfacción de su interés precisamente con la intervención de la persona del deudor, la pretensión de ejecución por un tercero constituirá un *aliud* que aquel podrá repudiar, tal cual explícitamente establece el artículo 1161 CC (vid. también art. 1180 del *Codice* italiano).

Esto aparte, el interviniente ha de actuar con consciencia del carácter ajeno de la deuda, según indica el artículo 1158. Pues cuando la norma exige que la *solutio* se haga "por cuenta de otro" impone, como ingrediente de su supuesto de hecho, la presencia en el tercero de un *animus solvendi debiti alieni* (STS 20 diciembre 2007 –RJ 2007, 9055-). Luego, entonces, si el solvens se representó equivocadamente la realidad y pagó bajo la idea de ser suya la obligación, ya no será aplicable este precepto, sino que habrá que acudir a las reglas de cobro de lo indebido (arts. 1895 y ss. CC). El regreso frente al deudor solo será factible en las hipótesis contempladas en el artículo 1899.

Si se cumplen todas estas premisas y el acreedor acepta la prestación del tercero, la deuda se extinguirá (art. 1156 CC). Pero como el obligado ha experimentado un beneficio (la disminución de su pasivo) a costa del patrimonio del pagador (STS 26 mayo 2011 –RJ 2011, 3988-), este tiene la posibilidad de regresar contra él para que le restaure la merma económica que ha padecido: "podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado", dice literalmente el 1158.

Si se hace una interpretación al pie de esta expresión, la conclusión que se obtiene es la de que la medida y el alcance de la acción de regreso serán siempre los mismos con independencia de cuáles sean las circunstancias que hayan rodeado a la intervención del tercero. Sin embargo, una adecuada intelección de la regla exige su puesta en conexión con otros artículos del Código, interpretación sistemática de la que se deriva la crucial idea de que la extensión de la susodicha acción que el artículo 1158 CC reconoce al solvens frente al deudor dependerá de la relación que medie entre ambos (o de la ausencia de ella), tal y como sostiene la jurisprudencia (SSTS 21 marzo 2007 –RJ 2007, 2355-, 29 septiembre 2005 –RJ 2005, 8803- y 23 octubre 1991 –RJ 1991, 7484-). De guisa que:

Primero: si hubiese pagado con la aprobación del deudor, la acción de regreso del solvens tendrá en realidad la consistencia de una acción contraria de mandato, la

cual otorga al mandatario una absoluta indemnidad (arts. 1728 y 1729 CC); es decir, a través de tal acción podrá reclamarle no solo el valor de la prestación, sino también todos los gastos en los que hubiese incurrido para la ejecución del encargo y los perjuicios que hubiera podido sufrir con ocasión del mismo (incluidos, si la deuda fuese dineraria, los intereses de las cantidades anticipadas –lucro cesante-). Esto es así porque quien paga con la anuencia del obligado se convierte en mandatario suyo, de suerte que en la concisa expresión del párrafo segundo del artículo 1158 CC debe sobreentenderse implícita una remisión a los 1728 y 1729. Por otro lado, el consentimiento del deudor puede haberse manifestado en forma expresa o en forma tácita. Habrá consentimiento tácito cuando el deudor conozca las intenciones del tercero y, no obstante esto, guarde silencio (SSTS 9 octubre 2006 –RJ 2006, 8684- y 18 diciembre 1997 –RJ 1997, 8819-), ya que la buena fe exige que se pronuncie. Proclama la STS 18 diciembre 1997 (RJ 1997, 8819) que "la oposición de aquel, amén de ser expresa, debe producirse antes o en el momento del pago, pues en ese instante concreto es cuando se produce la extinción de la obligación y surgen las acciones de reembolso o de repetición del enriquecimiento en favor del tercero". En fin, téngase en cuenta que, en esta primera hipótesis, es indiferente a efectos del regreso que el pago haya reportado o no un verdadero beneficio o utilidad al patrimonio del obligado, porque, aunque no lo hubiera (p. ej., porque la deuda estaba ya prescrita o había sido condonada), el pagador no es responsable de la errónea representación que el mandante (deudor) hizo de su propio interés.

Segundo: si hubiese pagado en la ignorancia del obligado, el solvens no tendrá un derecho de reembolso incondicional e irrestricto contra aquel, a pesar de que, como se ha dicho, la letra del párrafo segundo del artículo 1158 podría sugerir otra cosa. En efecto, quien paga un débito ajeno sin saberlo el deudor se erige en gestor oficioso del negocio de este (SSTS 5 marzo 2001 –RJ 2001, 2564-, 25 junio 1992 –RJ 1992, 5474- y 23 octubre 1991 –RJ 1991, 7484-), gestor que, a tenor de lo establecido en el artículo 1893 CC, solo puede repetir en la medida en que, por medio de su actuación, haya procurado una efectiva ventaja al *dominus negotii*. Expresado con otras palabras: el deudor (*dominus*) podrá enervar la reclamación que el tercero solvens dirija contra él si demuestra que su intervención no le fue útil o, tanto monta, que no le reportó ningún beneficio (STS 30 septiembre 1987 –RJ 1987, 6455-), lo cual sucederá, claro está, siempre que la deuda estuviese previamente extinguida (STS 18 noviembre 1998 –RJ 1998, 8412-) o cuando, sin estarlo, su exigencia por parte del acreedor fuese excepcionable (por prescripción, compensación, etc.) total o parcialmente. Ahora bien, si existiera real y verdadera utilidad (o en la medida en que la hubiere), el solvens podrá demandarle no solo lo que importase la obligación (es decir, "lo que hubiese pagado por el deudor"), sino todas las expensas realizadas en su interés (siempre que fuesen necesarias, es decir, siempre que en ellas hubiese debido incurrir el deudor igualmente o que, a la vista de las circunstancias, puedan estimarse indispensables) y la indemnización de los perjuicios que hubiera podido sufrir, pues tal es el alcance que el artículo 1893 CC adjudica a la *actio negotiorum gestorum* contraria que en este caso le compete y a la que necesaria e implícitamente remite el 1158. Se incluirán, por tanto, los intereses de las cantidades adelantadas por el agente, ya que constituyen reparación del lucro cesante

que ha padecido al dejar de disfrutar de ese capital. De todos modos, el deudor solo estará obligado a abonarlos en la medida de su enriquecimiento, como si, verbigracia, los intereses moratorios pactados con su acreedor fuesen inferiores a los legales aquí aplicables: deberá lo que importarían aquellos hasta el instante de su satisfacción al solvens y no los últimos; de otra manera, empeoraría su situación, contra la evidente voluntad del legislador.

La idea la corrobora el comentario que GARCÍA GOYENA dedicara al artículo 1099 del proyecto de 1851, antecedente del actual 1158. El precepto isabelino concedía al sujeto que satisficiera la deuda en la ignorancia del obligado la posibilidad de repetir, contra él, "lo que hubiere pagado" (el artículo, más exactamente, rezaba así: "Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algún interés en el cumplimiento de la obligación./Puede hacerse también por un tercero, no interesado, que obre consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor./ Puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor./ En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este"). Apostillaba GARCÍA GOYENA que todo lo que se "adquiere en este caso se reduce a una acción simple contra el deudor, que por el pago quedó enteramente libre de la obligación primitiva, y *cujus negotia gessit*, según la Sección 1, capítulo 1, título 21 de este libro", o sea, según la normativa propia de "la agencia oficiosa de los negocios ajenos" (arts. 1892 a 1894; vid. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* t. III, Madrid, 1852, pp. 128 y 129). De la remisión se infiere nítidamente que, a juicio del coautor del proyecto isabelino, la extensión material de la acción de "repetición" debía medirse en función de lo establecido en dicha disciplina.

Tercero: dice el artículo 1158 en su párrafo tercero que quien pague la deuda contra la expresa voluntad del deudor "solo podrá repetir" de este "aquello en lo que hubiera sido útil el pago". Pues bien, esta última proposición no debe entenderse en el sentido de que solo entonces podrá el deudor oponer al solvens aquellas excepciones que hubiera podido blandir igualmente frente al acreedor y que le hubiesen liberado total o parcialmente del pago; y ello porque tal intelección sería sistemáticamente incorrecta: a la vista está (vid. segundo supuesto) que también en las hipótesis de pago ignorado es pertinente dicha oposición. Lo que quiere significar el Código aquí con el término "útil" es otra cosa, a saber, que cuando el solvens haya intervenido no obstante la oposición expresa del obligado no podrá pretender que le indemnice el entero empobrecimiento patrimonial que haya padecido. Antes bien, tendrá que conformarse con que le restituya el efectivo enriquecimiento que le haya proporcionado, excluyéndose, por ende, la reparación de los perjuicios que la intervención haya irrogado al tercero y, en especial, el lucro cesante padecido (así, los intereses de la suma anticipada si la deuda era dineraria). La solución se justifica en la medida en que quien se inmiscuye en una esfera jurídica ajena con la oposición del interesado ha de hacerlo a su riesgo y ventura, sin que le cuadre la calificación de "gestor". Hasta tal punto esto es así que el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 (art. 1099) eliminaba toda posibilidad de regreso por parte de aquel sujeto que hubiese pagado *invito debitore*: "no tiene de qué quejarse",

porque "antes bien debe presumirse que quiso donar" (ibídem). Pero si quien pagó con la oposición del deudor merece semejante trato, el mismo ha de dispensarse igualmente a quien intervino buscando su propio y exclusivo beneficio. La presencia de *animus depraedandi* descarta (es incompatible con) la concurrencia de animus aliena *negotia gerendi*, y elimina el nacimiento de cualquier deber de indemnizar por parte del *dominus*. En estos casos, es decir, cuando la actuación del gestor no sea desinteresada, "se sustituye dicha obligación por la de restituir aquello que [el dueño] hubiese obtenido como consecuencia de la gestión, que normalmente será de inferior cuantía y que se encuentra limitado al enriquecimiento ocasionado por la intervención del agente" (SÁNCHEZ JORDÁN, E.: *La gestión de negocios ajenos*, p. 133; y es que, como sostuviera GARCÍA GOYENA, solo "los actos de beneficencia deben ser libres y favorecidos" –ibídem-). En tal marco encajaría, por ejemplo, el caso de aquella sociedad limitada que se constituye con el único propósito de pagar débitos ajenos a fin de situarse en buena posición para embargar los bienes inmuebles del deudor de turno y adjudicárselos a continuación por bajo precio, hipótesis que no es, desde luego, ficticia y que puede encontrarse en el supuesto de hecho de la STS 26 mayo 2011 (RJ 2011, 3988).

Los tres regímenes que acaban de describirse sucintamente deben observarse tanto cuando el solvens sea un sujeto por completo extraño a la relación obligatoria de que se trate como cuando tenga "interés en el cumplimiento", según señala el artículo 1158 en su primer párrafo. Esta expresión, que ha de ligarse con la idéntica empleada en el 1210.3.º, alude en puridad a todo aquel sujeto que, sin ser el deudor principal o único deudor principal, ostenta un mayor o menor grado de vinculación, directa o indirecta, con la obligación pagada, de suerte que el acreedor se halla en posición de agredir su patrimonio a resultas de su incumplimiento (STS 3 febrero 2009 –RJ 2009, 1361-). De esta guisa, quedarían comprendidos en ella, muy singularmente, de un lado, el codeudor solidario que en las relaciones internas con sus compañeros de deuda no deba asumir esta totalmente y, de otro, el garante de la obligación, sea de carácter personal (fiador), sea de carácter real (hipotecante o pignorante en garantía del cumplimiento de deuda ajena).

Más concretamente, tratándose de garante personal, ha de sostenerse que solo cuando sea posible reputarlo auténtico gestor del negocio del deudor, sea porque haya prestado la caución por su mandato, sea porque lo haya hecho ocupando la posición jurídica de gestor oficioso, tendrá derecho, una vez efectuado el pago y en regreso frente al obligado, a todos los conceptos indemnizatorios que aparecen enumerados en el artículo 1838 CC. O sea: tal norma no es de aplicación automática a todo fiador, y no siempre el garante personal merecerá la absoluta indemnidad que allí se le dispensa, ya que una interpretación sistemática de los preceptos del Código pone negro sobre blanco lo desatinado de cualquier otra idea. Súmese a ello el testimonio de GARCÍA GOYENA, quien, al comentar el artículo 1752 del proyecto isabelino (antecedente del actual 1838), decía que "si el fiador entró y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1099" (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III y t. IV,

Madrid, 1852, p. 158), en cuyo último párrafo (inciso final) se establecía, se recordará, que el tercero que "pagó contra la voluntad del deudor no podrá repetir contra este". Por tanto, ya entonces se asimilaban las posiciones jurídicas del fiador y del *solvens invito debitore*, y no se aprecia en nuestro CC ningún indicio que apunte una voluntad de ruptura de tal equiparación. Antes bien, cobra de esta forma pleno sentido la previsión del último párrafo del artículo 1838, a cuyo tenor lo en él dispuesto se observará aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor: no, entonces, habiéndose prestado con su oposición o en el egoísta interés del fiador. Obviamente, la hipótesis de "ignorancia" es una suerte de apócope utilizado por el legislador para referirse al fiador que merezca el calificativo y el tratamiento de un "gestor oficioso". Vid. en este sentido la glosa de GARCÍA GOYENA al 1752 del proyecto de 1851, norma que aludía asimismo de manera expresa a la fianza otorgada en la ignorancia del deudor: "Por Derecho Romano y Patrio procedía en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; pero como no podía darse acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum:* el artículo es más sencillo" (ibídem).

Ahora bien, si el fiador que se limita a gestionar a través de su intervención un interés ajeno (sea en calidad de mandatario, sea en la de gestor oficioso) puede, tras el pago, regresar contra el deudor garantizado, por ser este el auténtico *dominus negotii* y, por tanto, quien ha asumir definitivamente sus resultas, idéntico derecho ostentará, reuniendo tales condiciones, el prestador de garantía real por débito ajeno, quien (como dice la STS 15 diciembre 2014 –RJ 2014, 6579-) obviamente "no debe", "salvo que se alteren los conceptos usuales de deuda y responsabilidad". Es decir, él también ha de disponer de un derecho de regreso contra el obligado una vez satisfaga la deuda, ya lo haga en modo voluntario, ya forzosamente por medio de la ejecución de la caución.

Mas, al igual que en el caso anterior, la consistencia y alcance de esa acción de recobro dependerá de la forma en que el tercero dador se haya inmiscuido en la esfera jurídica del obligado, sea que se repute analógicamente extensible el régimen descrito para la fianza (lo que resulta absolutamente viable habida cuenta de la identidad de causas –entendido tal término como "función económica"- que preside ambos negocios –la de garantía-), sea que se proceda a la recta aplicación de los artículos 1893.1.º, 1728, 1729 y 1158.3 CC (recuérdese que el 1838 no recoge sino una prescripción "abreviada" de los tres primeros). Por eso, si el prestador de la hipoteca o prenda la otorgó no obstante el veto del deudor o posponiendo el interés de este al suyo propio, únicamente podrá repetir el enriquecimiento propiciado al patrimonio del obligado, pero no el empobrecimiento que realmente haya sufrido (p. ej., intereses del anticipo, gastos de constitución de la caución, costas que haya debido afrontar a resultas de la ejecución, etc.), mientras que si la dio por su mandato o en calidad de gestor oficioso podrá pretender esto último.

En el caso de la sentencia que da pie a estas líneas la garantía hipotecaria se constituyó por la causante a solicitud de uno de sus hijos o, lo que es igual, por su mandato, a fin de asegurar el pago de un préstamo asumido por él. Se da, además,

por probado que la deuda le incumbía en exclusiva y que no guardaba relación alguna con los intereses económicos de la hipotecante. De donde se sigue que, frente a lo argüido en el recurso de casación, la susodicha merecía indudablemente la consideración de tercero respecto de la relación obligatoria en cuestión, aunque con un obvio interés en el cumplimiento en la medida en que las consecuencias del impago podrían llegar a afectarla patrimonialmente. Y esta posición, como dice el TS, concurría también en los coherederos que le sucedieron a título universal y que efectuaron el pago.

Hasta aquí, se comparten plenamente los pronunciamientos de la resolución. Sin embargo, visto el modo en que la causante salió como garante real de su hijo deudor, no puede compartirse la aseveración de que el derecho de regreso se constriñe en el caso (FJ 2.º, § 2) "a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado; tal y como dispone el inciso final del artículo 1158 CC que reconoce esta acción de enriquecimiento en favor del solvens que paga, incluso con la oposición del deudor, caso que nos ocupa". Pues vuelve a reiterarse que la garante actuó por mandato del deudor y que, para medir el alcance de su acción de repetición, debió estarse a esa subyacente relación jurídica; es decir, las circunstancias a tener en cuenta a estos efectos son las que rodearon en su día a la constitución de la garantía, por la simplicísima razón de que fue entonces cuando el garante se inmiscuyó en una esfera jurídica ajena: la del obligado. Luego la extensión del regreso era, en el caso de autos, la propia de una *actio mandati contraria* y no la de la prevista en el último párrafo del artículo 1158 CC.

Esto aparte, es sabido que, además del regreso, nuestro Código civil anuda al fenómeno del pago de un débito ajeno otra consecuencia jurídica distinta, la cual, sin embargo, solo opera cuando concurren determinadas circunstancias: se trata de la subrogación, regulada en los artículos 1159 y 1209 a 1213.

Pues bien, una cuestión muy debatida en este punto es la del modo en que se articulan la acción de regreso y la acción subrogatoria en las hipótesis en las que el tercero disponga simultáneamente de ambos recursos, como cuando acredita un interés en el cumplimiento de la obligación por ser su garante personal o real (art. 1210.3.º y SSTS 15 diciembre 2014 –RJ 2014/, 6579- y 3 febrero 2009 –RJ 2009, 1361-; vid. también DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, febrero 2016, p. 256). Pues comoquiera que la subrogación "transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas" (art. 1212), y es claro que el solvens no podría cobrar dos veces por la misma causa, surge la cuestión de dilucidar si ha de ejercitar preferentemente la acción subrogatoria, o, por contra, la de regreso, o si ha de elegir entre ellas (y cuándo), o si puede ejercitarlas conjuntamente pero en forma alternativa, etc.; posibilidades, todas, que, a tenor de su formulación, colocan al pagador ante un gravísimo dilema (vid. STS 23 octubre 2008 –RJ 2008, 6043-), a saber, el de tener que optar entre que

se le indemnice todo el empobrecimiento sufrido (gastos del pago, lucro cesante, etc.) mas sin garantía ni privilegio de ningún tipo, o que se le restituya exclusivamente el importe objetivo del crédito pagado, para lo que podrá hacer uso, esta vez, de los accesorios (garantías y privilegios) pero renunciando a la reclamación de los daños padecidos. La jurisprudencia suele inclinarse por considerar, como acontece en el presente fallo, que el solvens tiene la facultad de optar por una u otra vía, aceptando al tiempo la posibilidad de que la subrogación se entienda renunciada en forma tácita. Así, la STS 29 mayo 1984 (RJ 1984, 2804) afirma que esta "puede venir descartada por las circunstancias del caso, demostrativas de que el tercero beneficiario de la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y sí únicamente la acción de reembolso a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1158, ello además de que según autorizada opinión de la doctrina científica la titularidad de los derechos de reembolso y a la subrogación es cumulativa, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto, y en el supuesto debatido las circunstancias de toda índole, ya resaltadas, están proclamando que los pagos hechos por la Sociedad a cuenta de los recurrentes miraban únicamente al reembolso, como derivado de la gestión de negocios ajenos, pues las relaciones tan estrechas entre la empresa y el grupo familiar evidencian que los pagos se hicieron con un estricto *animus solvendi* y de extinguir la obligación, finalidad que excluye todo propósito de adquirir el crédito por parte de TALLERES DE L., S. A.". En el caso de nuestra STS 26 febrero 2016, la Sala ve claro que la comunidad hereditaria no pretendía hacer valer la subrogación en el crédito pagado, pues se limitó a liberar el bien hereditario y "a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas" (FJ 2, § 2).

Es de advertir, sin embargo, que una recta intelección sistemática de los preceptos que el Código consagra a la figura de la subrogación revela que la anterior es, en realidad, una diatriba sustentada en una falsa premisa, ya que, a pesar de la letra del artículo 1212, de una tal interpretación se infiere que, por medio de la subrogación, se opera simplemente una comunicación al derecho de regreso del solvens de los privilegios y garantías que rodeaban al crédito saldado, quedando este sin embargo completamente extinguido. Son varios los argumentos invocables en esta dirección, pero hay uno crucial que se extrae de lo dispuesto en el artículo 1213. Según es sabido, este precepto establece que, en los casos en que el acreedor haya aceptado un pago parcial, puede ejercitar "su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud" de la incompleta satisfacción. Pues bien, si se considera que lo que acontece en estos supuestos es una suerte de división del crédito entre acreedor y solvens (como ha de ser si el art. 1212 se entiende literalmente), la norma genera un paradójico resultado cuando tal crédito esté desprovisto de toda garantía o privilegio: leído el artículo en esa clave, ocurre que el tercero subrogado que concurra con el acreedor sobre el insuficiente patrimonio del deudor ocupa peor posición que el solvens que nunca hubiera podido acceder al tal beneficio; o sea, el artículo 1213 estaría disponiendo que el *accipiens* es, en efecto, preferente al subrogado, pero que, sin embargo, no lo es ante el crédito contra el deudor que, en virtud del artículo 1158 CC, ostenta el tercero que haya realizado un pago "extintivo" y, por tanto, no subrogatorio.

No parece necesario insistir en lo infundado de la discriminación, que, por eso mismo, no podría ser querida por el legislador, quien regula y concibe el efecto subrogatorio como un beneficio especial dispuesto en favor de unos muy concretos y determinados pagadores. En cambio, si se asume que la subrogación opera una simple comunicación al derecho de regreso de los adminículos que acompañaban el crédito pagado, no hay cuestión: al no existir aquellos nada habría en lo que subintrar, de modo que ni el artículo 1213, ni los demás que versan sobre la materia serían de aplicación; entonces, jamás podría resultar peor la posición del solvens con derecho a subrogación que la del tercero pagador que careciese del tal beneficio. Aún más: contempladas las cosas desde esta perspectiva, la regla *nemo subrogat contra se* que la norma intenta plasmar (GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, III, cit., p. 143) alcanza pleno sentido; el acreedor satisfecho parcialmente es el sujeto que disfrutaba desde un inicio y en primera instancia del rango, privilegios y garantías que rodeaban al débito, luego resulta de todo punto lógico que pueda hacer uso de ellos para cobrarse el resto "con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito"; le protegían de una posible situación de insolvencia, se prestaron en su favor y han de seguir cumpliendo tal función incluso frente al subrogado. Esto supone, es obvio, que si concurriesen, verbigracia, como únicos acreedores privilegiados estos dos sujetos y el patrimonio del deudor fuese insuficiente para satisfacer a ambos íntegramente, el acreedor sería preferentemente pagado al solvens; mas ello no implica discriminación alguna con respecto al tercero pagador que no se subrogue: este, por supuesto, habría de padecer siempre e irremediablemente el dicho privilegio.

5. Una vez despejada, en sentido positivo, la duda acerca de si la comunidad hereditaria podía regresar ex artículo 1158 CC contra el coheredero asegurado en el caso de autos, restaba por resolver otra más, consistente en dictaminar si los pagadores debían ejercitar tal acción frente al deudor al margen de la partición y una vez concluida esta o si, por el contrario, podían instrumentalizar el negocio jurídico particional a fin de enjuagar directamente en él la pérdida patrimonial padecida, tal y como, se sabe, hicieron.

La STS 26 febrero 2016 se decanta por la segunda opción con base en el argumento de tratarse de un pago hecho en interés de la comunidad: primero, al evitarse por su medio que el inmueble gravado, elemento principal del caudal, disminuyera de valor atendidos los elevados intereses de demora que el impago de la deuda llevaba aparejados; y segundo, al merecer la consideración de gasto necesario en orden a la preservación del bien relicto en cuestión. En definitiva, con base en el artículo 1063 CC, entiende el Alto Tribunal perfectamente viable la actuación por la que se toma en consideración en el cuaderno particional el importe satisfecho para liberar la carga, gasto que, a tenor del artículo 1064, debe quedar a cargo –concluye- del coheredero deudor como hecho en interés particular suyo.

La conclusión se aparece correcta en la medida en que el artículo 1063 está efectivamente pensando en impensas e inversiones que interesan a todos los coherederos, y que, por tanto, han de soportar con independencia de si las han consentido o no. En el inventario deben comprenderse las rentas y los frutos que los titulares de la comunidad hereditaria hayan percibido individualmente de los bienes relictos, así como el importe de los daños causados en los mismos por su conducta dolosa o culposa, mientras que en la relación de deudas pendientes procede incluir los gastos útiles y necesarios que hayan costeado.

Pues, tal y como afirma, la STS 25 julio 2002 (RJ 2002, 6938), "la expresión legal deben abonarse recíprocamente en la partición no es apropiada, pues se tratará, en su caso, de aportaciones a la masa todavía partible o de valores a deducir de la misma, pero no entre los coherederos. Es decir, la responsabilidad no es entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia". Piénsese que si el deudor garantizado por el causante mediante una hipoteca de un inmueble de su titularidad hubiese sido un tercero y alguno o algunos de los coherederos hubiesen procedido a abonar la deuda impagada para así liberar el bien y evitar su ejecución, estos desde luego estarían legitimados para, en la cuenta de la partición, exigir a los restantes (recte: a la herencia) el retorno de lo pagado de más con respecto a su respectiva cuota hereditaria, pues tal es la proporción en la que deben sufrir internamente el riesgo de insolvencia del obligado.

BIBLIOGRAFÍA

CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35º.

DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, febrero 2016.

DÍAZ-LEMA, J.M.: "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", *Revista de la Administración Pública*, núm. 120º, 1989.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

GALICIA AIZPURA, G.: "Pago por tercero de deuda ajena realizado con ánimo depraedandi (a propósito de la STS de 26 de mayo de 2011)", *Estudios de Derecho civil en homenaje a D. Joaquín Rams Albesa* (coord. por Matilde Cuena Casas, Luis A. Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013.

GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III y t. IV, Madrid, 1852.

GÓMEZ MONTORO, A.: "Titularidad de derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derechos fundamentales y su protección*, Tomo III (M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDO), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario al artículo 1158", en *Comentarios al Código civil* (dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996.

ROSADO IGLESIAS, G.: *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SAIZ ARNAIZ, A.: "Artículo 10.2 Constitución. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ JORDÁN, E.: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000.

ÍNDICE

REFORMA DEL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN EN ESPAÑA (I). NORMATIVA APLICABLE Y FUENTES

THE NEW SPANISH MARITIME NAVIGATION LAW. IMPLEMENTATIONS PROBLEMS AND LEGAL SYSTEM

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)
pablo.girgado@urv.cat

RESUMEN: *La recientemente aprobada Ley 14/2014 de navegación marítima supone una renovación sustancial de esta disciplina jurídica. El presente trabajo no pretende analizar exhaustivamente toda la reforma sino se centra en una de las cuestiones de mayor relieve, en concreto, la normativa y las fuentes aplicables.*

PALABRAS CLAVE: *reforma legal; derecho de la navegación marítima.*

ABSTRACT:. *The recently approved Law 14/2014 of maritime navigation is a substantial renewal of this legal discipline. This paper does not aim to exhaustively analyze all reform but focuses on one of the more important issues, in particular the applicable rules and sources of law.*

KEY WORDS: *legal reforms; maritime navigation law.*

FECHA DE ENTREGA: *03/02/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

SUMARIO: 1. La novedad legislativa.- 2. Objeto y ámbito de aplicación.- 3. Fuentes jurídicas.- 4. Conclusiones.

1. La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM), vino a poner fin a una regulación obsoleta y desactualizada, hasta entonces contenida en el Libro II del Código de Comercio de 1885 y en otras normas posteriores que la revisaron [entre las que cabe destacar: la Ley -de 21 de agosto de 1893- de Hipoteca Naval, la Ley -de 22 de diciembre de 1949- sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantiles, la Ley -de 24 de diciembre de 1962- sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, si bien en esta última las disposiciones del Título II continuarán vigentes aunque como normas de carácter reglamentario (v. Disp. Derogatoria única LNM)].

La nueva Ley ha sido el resultado de un proceso largo de elaboración en varias fases [como detalla DUQUE, J.: "La modernización del derecho marítimo español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación" en BELTRÁN, E./LOBETO, R./CAMPUZANO, A. B. (dirs.): *La modernización del Derecho Marítimo Español*, Autoridad Portuaria, Santander, 2005, pp. 21 ss., poniendo de manifiesto la existencia de varios borradores sobre algunos apartados clave de la materia -como el relativo a los seguros marítimos o el concerniente a los contratos de utilización de buque- elaborados por la Asociación Española de Derecho Marítimo (A.E.D.M.)]. La fase final se inicia con la formación de una Comisión en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en el año 1999 y cuyo primer resultado fue el borrador de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, terminado en el año 2002 y publicado por el Ministerio de Justicia dos años más tarde. A pesar de la existencia –en líneas generales- de conformidad entre los diversos grupos parlamentarios con dicho borrador, el proyecto de ley no se llevó a término hasta la anterior legislatura, en la que, después de su tramitación parlamentaria en 2013 y 2014 se aprueba la norma definitiva [Sobre esta última fase, recientemente, v. FUENTES, J. C.: "El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 25 ss.].

La Ley de Navegación marítima tiene una considerable extensión, en total 524 artículos, clasificados en diez títulos en los que tratan los aspectos más relevantes de la navegación marítima (ordenación administrativa, vehículos de la navegación, sujetos de la navegación, contratos de utilización de buque, contratos auxiliares de la navegación, accidentes de la navegación, limitación de la responsabilidad, contrato de seguro marítimo, especialidades procesales, y la certificación pública de determinados expedientes de Derecho marítimo).

El tema objeto de nuestra ponencia se centrará en analizar el objeto y el ámbito de aplicación de la norma (art. 1), así como las fuentes jurídicas y su interpretación (art. 2), recogido en su título preliminar. Al margen del estudio, queda el régimen correspondiente a la navegación de buques de Estado y de guerra (art. 3), igualmente exceptuado en la propia ley, porque suscita problemas de diversa índole.

2. Según señala el art. 1 LNM el objeto de esta ley es "la regulación de las situaciones y relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima".

De esta afirmación legal corresponde resaltar dos cuestiones de interés:

1º) Por un lado, el legislador ha venido a justificar la especialidad del Derecho marítimo en los riesgos derivados de la navegación marítima y la situación de aislamiento en la que se desarrolla dicha actividad [RECALDE, A.: "El objeto y el ámbito material de la Ley de Navegación Marítima", en EMPARANZA, A./ MARTÍN OSANTE, J. M. (dirs.): *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 40; especialidad y no autonomía, como afirma J. DUQUE: "La modernización", cit., pp. 24-25; en sentido contrario, a favor de la consideración del Derecho marítimo como categoría autónoma ARROYO, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 60-61; también parece optar por esta postura PULIDO, J. L.: *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Tecnos, Madrid, 2015].

2º) Por otro, la navegación atendida únicamente se corresponde a la realizada por vía marítima y no aérea, a diferencia del antecedente legislativo italiano, cuya influencia es relevante en otros ámbitos de la LNM. La solución parece adecuada, no sólo por la excepcionalidad del texto legislativo italiano respecto de otros ordenamientos comparados, sino también por las diferencias evidentes entre una y otra forma de navegación [DUQUE, J.: "La modernización", cit., p. 26; RECALDE, A.: "El objeto", cit., p. 41, siguiendo a los autores citados en la nota 32].

Según indica la propia ley, la navegación marítima comprende la que se realiza por mar y se extiende limitadamente a la practicada en las aguas de los ríos, canales, lagos o embalses naturales o artificiales. Decimos limitada porque sólo en la medida en que sean accesibles a los buques desde el mar, pero únicamente hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como en los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general. Desde la perspectiva española, sólo entraría dentro de esta categoría la actividad marítima realizada por el río Guadalquivir hasta el puerto de Sevilla o la de aquellos puertos ubicados en el interior de una ría. Esta solución es atinada pues no tendría sentido diferenciar el régimen jurídico entre la fase marítima y la de las aguas interiores cuando la navegación no se interrumpe [RECALDE, A.: "El objeto", cit., p. 41].

En los demás supuestos, será aplicable la normativa reguladora del dominio público hidráulico u otras legislaciones especiales, como en el caso específico del transporte fluvial de mercancías, que, a falta de un régimen propio, se rige por la Ley 15/2009,

del contrato de transporte terrestre de mercancías (D.A. 1ª LCTTM). En este último caso, como se manifiesta en la doctrina, el transporte fluvial carece no sólo de los riesgos inherentes a la navegación marítima sino también del aislamiento que le caracteriza [RECALDE, A.: "El objeto", cit., p. 41].

No obstante, la Exposición de Motivos plantea que la LNM regula un marco que comprende tanto las actividades del tráfico marítimo, como el propio medio geográfico y los espacios físicos que lo hacen posible, así como los instrumentos y vehículos que en él operan. De tal manera, la LNM pretende comprender todos los aspectos de la navegación de Derecho público y privado, lo que trae a colación el clásico debate sobre la consideración del Derecho marítimo como rama autónoma, antes mencionada [a favor, ARROYO, I.: *Curso*, cit., pp. 25 ss.]. No obstante, conviene tener en cuenta que un *Derecho del mar* que comprenda todas las materias enlazadas por el medio geográfico en que se ubican no parece razonable, especialmente si tenemos en cuenta la diversidad de principio e intereses perseguidos por cada una de las materias (por ej., la conexión entre los principios del transporte marítimo y las normas de policía) [RECALDE, A.: "El objeto", cit., pp. 35 ss.; reconociendo su autonomía, pero dejando al margen el Derecho del mar en cuanto rama del Derecho Internacional Público, v. PULIDO, J. L.: *Curso,* cit., p. 28]. Ello no serviría para resolver los problemas inherentes a cada una de estas materias; más bien, implicaría una unidad formal integrada por una pluralidad de materias carentes de la necesaria conexión teleológica entre ellas.

Por otro lado, en la actualidad, tampoco se puede limitar el Derecho marítimo a las actividades con fines económicos que justificaban su ubicación tradicional en el Derecho mercantil [al respecto, resaltando la diferencia entre "maritimidad" y "empresarialidad", v. DUQUE, J.: "La modernización", cit., p. 26]. Sin menoscabo de las razones históricas explicativas de su inicial emplazamiento en esta rama del ordenamiento, se puede afirmar que no existe un "común fundamento material" entre ambos [como incide RECALDE, A.: "El objeto", cit., p. 46, al señalar que "… las instituciones del Derecho marítimo no están teleológicamente vinculadas al comercio, sino a las características técnicas que suscita la actividad técnica de navegar por mar … el comercio es la ocasión y no el fundamento del Derecho marítimo …" (*ibídem*, p. 43)]. Ello explica la inconsistencia de algunas referencias contempladas en la LNM, así por ejemplo en su Disposición Final 6ª, que justifica la regulación estatal en el título competencial del art. 149.1.6 (referido a la competencia sobre la legislación mercantil); y también en el art. 1 LNM en relación con el art. 86 *ter*.2.c) LOPJ, pudiendo suscitar una adopción acrítica del precepto relevantes conflictos de incongruencia en la aplicación de la normativa por los tribunales competentes.

3. En cuanto a las fuentes del Derecho, el art. 2 formula un orden de prelación de fuentes en el que priman los tratados internacionales vigentes en España, las normas de la Unión Europea; y, en lo que no se oponga a ellos, la propia LNM. A continuación y de manera supletoria, se estará a lo dispuesto en las leyes y

reglamentos complementarios. Y, posteriormente, los usos y costumbre relativos a la navegación marítima de indudable importancia en este ámbito.

En caso de falta de normas legales o consuetudinarias, el legislador recurre a la aplicación analógica del Derecho común (art. 2.2, 2º párr.), en consonancia con otras legislaciones de nuestro entorno [en concreto, se reconoce la influencia de las normativas italiana y argentina, GABALDÓN, J. L.: *Compendio de Derecho marítimo*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 19]. En cualquier caso, su remisión al Derecho común -entendiendo por tal al Derecho Civil en cuanto Derecho privado general- se presenta como más oportuna que las previstas en los proyectos de LNM de 2006 y 2007 a la legislación mercantil [RECALDE, A.: "El objeto", cit., p. 46, sin menoscabo de que suponga una cierta reiteración a lo ya previsto en el art. 4.3 CC].

Pues bien, como acabamos de indicar, la normativa marítima tiene un componente internacional de una enorme importancia. Por ello, la aprobación de una nueva regulación debe prestar atención a este componente, especialmente si tenemos en cuenta que los Tratados internacionales aprobados por España en la materia se integran en nuestro ordenamiento después de ser publicados y ratificados (art. 96 CE y art. 1.5 CC). En este sentido, se ha de resaltar que el legislador nacional carece, sin duda, de competencia en la materia, puesto que los Tratados internacionales son una fuente autónoma de Derecho y tienen sus propios mecanismos de revisión [RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme en la Ley de Navegación Marítima," en EMPARANZA, A./MARTÍN OSANTE, J. M.: *Comentarios*, cit., pp. 49 ss.; RECALDE, A.: "El objeto ", cit., p. 37].

Durante el largo proceso de elaboración de la normativa, se plantearon dos líneas diferentes de solución. La primera, contemplada en el ALNM de 2004, implicaba una regulación *in extenso* de toda la materia, nacional e internacional, incorporando las cuestiones ya expresadas en los Convenios. Se trataba, en definitiva, de una doble regulación, que, como se ha destacado, suponía una fuente de conflictos interpretativos evidentes [RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme", cit., p. 50]. Este planteamiento ya fue criticado por la Asociación de navieros [ANAVE, como se manifiesta, resumidamente, en BELTRÁN, E./ LOBETO, R./ CAMPUZANO, A. B. (dirs.): *La modernización*, cit., p. 217], así como desde el propio Ministerio de Justicia [(FUENTES, J. C.: "El largo proceso", cit., p. 31)]. La segunda opción, finalmente elegida por el legislador, recurre a la técnica de la remisión legislativa, ya sea a los convenios universales como a los que no lo son. Aparte de cada una de las materias tratadas, el ejemplo claro se ve en el art. 2 LNM, según el cual la norma se aplicará "en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia". Esta redacción, no obstante, se califica como "plenamente superflua" y "caso patente de sobrelegislación", pues el art. 2 LNM repite lo ya expresado en los art. 96 CE y 1.5º CC [así, J. M. RUIZ SOROA: "El Derecho uniforme", p. 51].

No obstante la técnica remisoria, el legislador español no ha dejado de prestar atención a algunas de estas materias en la propia LNM, lo que genera una doble

regulación que no es inmune a los futuros problemas de interpretación y de aplicación que se susciten en la práctica marítima [RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme", cit., pp. 51-52; PULIDO, J. L.: *Curso*, cit., p. 37]. En tal sentido, los criterios expresados en la Exposición de Motivos nos han de servir como punto de referencia para clarificar al intérprete cuál es el verdadero sentido de la normativa. En concreto, se resaltan los siguientes puntos [siguiendo a RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme", cit., pp. 51-52]:

- (II) "la técnica legislativa empleada se basa en la remisión a los Convenios vigentes en cada materia, *reservándose la ley, el papel de dotar de contenido los espacios que esos tratados internacionales dejan a los Estados*" (la cursiva es del autor citado);

- (XI) "… el criterio es el de no reiterar en la ley aquello que ya está previsto en los Convenios Internacionales";

- (IX) la ley sólo "completa" lo previsto en el Convenio.

De acuerdo con este planteamiento [*ibidem*, pp. 52 ss.], a la hora de analizar esta doble regulación conviene distinguir entre aquellos convenios que regulan la institución marítima correspondiente tanto a nivel nacional como internacional (los llamados convenios "universales") y aquellos otros que tienen un alcance más restringido, ya que prescinden de tratarla a nivel nacional (convenios "de alcance limitado"). En el primer grupo, cabe destacar la coordinación con el Convenio sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, de 6 de mayo de 1993 (CPH), con el Convenio sobre Salvamento Marítimo, de 28 de abril de 1989 (CSM), y con el Convenio sobre la Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo (CLR). En el segundo grupo, interesa relacionar la LNM con el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, de 23 de septiembre de 1910 (CRA), y al Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (conocidas como Reglas de la Haya-Visby, RHV).

Respecto de los primeros -convenios de alcance universal-, la situación de doble regulación puede agruparse en tres supuestos diferentes y con respuestas también distintas [siguiendo a RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme", cit., pp. 53 ss.]:

- artículos relativos a materias en las que el Convenio había expresado la competencia del legislador nacional. Su validez no plantea dudas, siempre que se realice dentro del ámbito delimitado por el propio Convenio [con respecto a los privilegios marítimos, v. PULIDO, J. L.: *Curso,* cit., p. 134; GABALDÓN, J. L.: *Compendio*, cit., p. 118].

- artículos relativos a materias ya comprendidas en el Convenio y que ahora son objeto de reiteración. Tales preceptos "carecen de fuerza normativa" [RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme", cit., p. 54] ya que se corresponden a una materia en la que el Estado ha perdido competencia a favor del Convenio; por tal motivo, nunca podrían contradecirlo ni apartarse de su interpretación [GABALDÓN, J. L.: *Compendio*, cit., p. 118], incurriendo el legislador en una escenario de sobreregulación.

- artículos que complementan lo previsto en el Convenio y añaden novedad a su texto normativo [PULIDO, J. L.: *Curso*, cit., p. 131]. La cuestión de su validez es discutida, pues puede interpretarse que modifican el texto del Convenio, siendo función que no les compete.

Con respecto a los convenios de alcance limitado, e independientemente de la técnica delimitadora empleada (si es transporte nacional o internacional, exclusión o no de alguna modalidad de transporte), la institución marítima correspondiente queda sujeta a dos normas diferentes [siguiendo a RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme", cit., pp. 54 ss.]:

- la del propio Convenio como fuente de Derecho, a la que no se puede oponer ninguna otra normativa,

- la LNM en coordinación con la propia normativa del Convenio, pero ya no como fuente del Derecho, sino mediante la cláusula de remisión establecida en la LNM; lo que implica que pueda ser objeto de alteración por la propia LNM.

Así, por ejemplo, en el régimen jurídico del abordaje la LNM se remite a lo dispuesto en el CRA y añade algunos preceptos propios (art. 339 LNM); estos últimos, si bien siguen la misma orientación del CRA, también presentan algunos puntos de confrontación con la regulación internacional; en concreto, cabe destacar los siguientes:

- entre el art. 342 LNM -la responsabilidad solidaria de ambos armadores concurre tanto en daños personales como materiales- y el art. 4 CRA –la solidaridad sólo se predica respecto a los daños personales [PULIDO, J. L.: *Curso*, cit., p. 363; GABALDÓN, J. L.: *Compendio*, cit., p. 211].

- entre los arts. 339.2 LNM y 1 CRA, el concepto de abordaje más amplio (cualquier choque) en el primero que en el segundo (sólo entre buques) [GABALDÓN, J. L.: *Compendio*, cit., pp. 208-209].

También se puede observar la misma problemática en la responsabilidad del porteador cuando realiza el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. En tal caso, siguiendo a J. M. RUIZ SOROA ["El Derecho uniforme", cit., pp. 59-60] cabe resaltar las siguientes contradicciones en la regulación:

- en las RHV sólo se considera al porteador contractual mientras en la LNM se incluye también al efectivo (arts. 1.a/ RHV, 276 LNM);

- el período de responsabilidad del porteador es más breve en las RHV (comprende desde la carga en el buque hasta su descarga) respecto del correspondiente en la LNM (desde que se hace cargo de las mercancías hasta que las pone a disposición del destinatario en el puerto de destino) [ARROYO, I.: *Curso*, cit., p. 610];

- la responsabilidad del porteador marítimo en caso de retraso sólo aparece en la LNM (arts. 280 y 283), pero no en las RHV, limitada únicamente a supuestos de pérdida o daños ARROYO, I.: *Curso*, cit., p. 611;

- el plazo para ejercitar la protesta por daño o pérdida aparente es más breve en las RHV (en el momento de la entrega o antes, art. 3.6) que el estipulado en la LNM (el siguiente día laborable, art. 285.1º);

- el ejercicio de la acción de responsabilidad está sujeta a un plazo de caducidad en las RHV (art. 3.6), en cambio, es de prescripción en la LNM (art. 286.2).

4. Sin menoscabo del indudable éxito que ha supuesto la aprobación de la Ley de Navegación Marítima, no puede dejarse de lado los problemas que puedan surgir como consecuencia de la existencia de una doble regulación nacional e internacional. Como se ha puesto de manifiesto en las líneas precedentes, tanto en los Convenios universales como en los de alcance limitado, no se ha conseguido una plena coordinación con el régimen jurídico nacional. En cualquier caso, habrá que esperar a conocer las primeras decisiones adoptadas por los tribunales competentes para conocer cuál es el criterio a la hora de determinar la normativa aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015.

DUQUE, J.: "La modernización del derecho marítimo español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación" en BELTRÁN, E./LOBETO, R./CAMPUZANO, A. B. (dirs.): *La modernización del Derecho Marítimo Español*, Autoridad Portuaria, Santander, 2005.

FUENTES, J. C.: "El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015.

GABALDÓN, J. L.: *Compendio de Derecho marítimo*, Marcial Pons, Madrid, 2016PULIDO, J. L.: *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Tecnos, Madrid, 2015.

RECALDE, A.: "El objeto y el ámbito material de la Ley de Navegación Marítima", en EMPARANZA, A./ MARTÍN OSANTE, J. M. (dirs.): *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

RUIZ SOROA, J. M.: "El Derecho uniforme en la Ley de Navegación Marítima," en EMPARANZA, A./ MARTÍN OSANTE, J. M. (dirs.): *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

ÍNDICE

PROTECCIÓN REFORZADA DE LOS DEPOSITANTES DE ENTIDADES DE CRÉDITO EN CONCURSO*

ENHANCED PROTECTION FOR DEPOSITORS OF CREDIT INSTITUTIONS IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

RAFAEL NEBOT SEGUÍ
Especialista en Conducta de Mercado y Transparencia Bancaria
Banco de España
rafael.nebot@gmail.com

RESUMEN: *La protección de los depositantes en caso de concurso de acreedores de una entidad de crédito se ha visto reforzada con la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de inversión. La citada ley reforma el procedimiento administrativo especial existente de reestructuración y resolución para las referidas entidades –que opera con carácter preferente y alternativo al concurso de acreedores–, para, entre otros, garantizar una mayor absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad. No obstante, ofrece un trato especial a los depositantes frente a otros acreedores, otorgando, en el caso de concurso de la entidad, el carácter de crédito privilegiado general a los derechos de crédito procedentes de los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y para aquellos constituidos por personas físicas, microempresas y PYMES.*

PALABRAS CLAVE: *concurso de acreedores; depositantes; entidades de crédito; resolución.*

ABSTRACT: *The Law 11/2015, on Recovery and Resolution of Credit Institutions and Investment Firms, has enhanced protection of depositors in case of insolvency proceedings of credit institutions. Such Law amends the current existing specific restructuring and resolution administrative procedure for the aforementioned entities – which takes place preferentially and alternatively to insolvency proceedings–, in order to, among others, ensure a greater absorption of losses of shareholders and creditors of the entity. However, in the event of insolvency, it offers a special treatment to depositors over other creditors by granting general privileged nature to the credit claims arising from the deposits guaranteed by the Guarantee Fund Deposit Credit Institutions and to those placed by individuals, small businesses and SMEs.*

KEY WORDS: *insolvency proceedings; depositors; credit institutions; resolution.*

FECHA DE ENTREGA: *13/02/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

· Las opiniones expresadas en este trabajo son propias del autor, sin que, por lo tanto, se correspondan con las del Banco de España.

SUMARIO: 1. El Fondo de Garantía de Depósitos: orígenes y evolución de la protección de los depositantes.- 2. La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.- 3. Mecanismo Único de Resolución versus concurso de acreedores.- 4. Disposición Adicional 14ª de la Ley 11/2015: nuevo régimen de protección concursal reforzada de los depositantes de entidades de crédito en concurso.- 5. Nuevas obligaciones de transparencia y otras novedades introducidas

1. En noviembre de 1977, en una época de liberalización bancaria, como contrapartida a la misma, se creó originariamente el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, con la finalidad primordial de proteger a los depositantes y, en términos del legislador de entonces, "muy especialmente, a aquellos ahorradores modestos que no siempre pueden discernir con facilidad la situación de las instituciones en que depositan sus fondos, de forma análoga a la seguida en otros países que, durante los últimos años, han creado o reforzado diversos sistemas de seguro de depósitos en entidades financieras".

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante, "Ley 11/2015"), que tuvo lugar, con carácter general, el 20 de junio de 2015, los titulares de depósitos en entidades de crédito no gozaban de protección concursal privilegiada. Por tanto, la garantía reforzada de reintegro de sus depósitos procedía de la protección del Fondo de Garantía de Depósitos para Entidades de Crédito ("FGD"), creado mediante Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, que unificó los fondos de garantía de bancos, cajas y cooperativas de crédito, y que garantiza la devolución, en términos generales, de los depósitos en dinero hasta cien mil euros o de valores o instrumentos financieros, también y de forma independiente con la anterior, hasta cien mil euros por titular y entidad de crédito. A su vez, el FGD ha adoptado un papel fundamental en la reestructuración de entidades de crédito, ya que, excepcionalmente y en supuestos tasados legislativamente puede adoptar medidas preventivas y de saneamiento tendentes a facilitar la viabilidad de la entidad para superar la situación de crisis.

Las causas originadoras de la obligación de reintegro de depósitos, por parte del FGD, difieren para los depósitos en entidades de crédito realizados en efectivo y los de valores o instrumentos financieros. El reintegro de los depósitos en efectivo (con cargo al compartimento de garantía de depósitos) se activará en los siguientes supuestos: a) cuando la entidad haya sido declarada o se tenga judicialmente por solicitada la declaración en concurso de acreedores, o, b) cuando, no habiéndose declarado el concurso de la entidad y habiéndose producido impago de depósitos vencidos y exigibles, el Banco de España determine que, en su opinión y por razones directamente derivadas de la situación financiera de la entidad de que se

trate, ésta se encuentra en la imposibilidad de restituirlos y no parece tener perspectivas de poder hacerlo en un futuro inmediato. Mientras que, el reintegro de los depósitos de valores o instrumentos financieros (con cargo al compartimento de garantía de valores), tendrá lugar cuando se dé alguno de los siguientes supuestos: a) que se haya dictado auto declarando el concurso de la entidad de crédito y esa situación conlleve la suspensión de la restitución de los valores o instrumentos financieros; no obstante, no procederá el pago de esos importes si, dentro del plazo previsto para iniciar su desembolso, se levantase la suspensión mencionada; o, b) que, no estando la entidad en concurso o solicitado judicialmente el mismo, el Banco de España declare (en los términos legalmente establecidos) que la entidad de crédito no puede, a la vista de los hechos de los que ha tenido conocimiento el propio Banco de España y por razones directamente relacionadas con su situación financiera, cumplir las obligaciones contraídas con los inversores.

2. La Ley 11/2015, tal y como reza su exposición de motivos, acomete la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en adelante, la "Directiva de Reestructuración y Resolución"), así como de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantías de depósitos (en adelante, la "Directiva de Depósitos"), y se introducen aquellas previsiones que permiten la correcta articulación y coordinación del sistema español de resolución y el europeo.

Entre las disposiciones finales de la Ley 11/2015, se incluye una modificación del régimen jurídico del FGD, consecuencia de la trasposición de la Directiva 2014/49/UE, de 16 de abril de 2014, que armoniza el funcionamiento de estos fondos a escala europea. Dado que la Directiva de Depósitos establece que las funciones que pueden desempeñar los sistemas de garantía de depósitos deben limitarse a la cobertura de los depósitos o la financiación de las medidas de actuación temprana o de resolución, el FGD se ha dividido en dos compartimentos estancos: el compartimento de garantía de depósitos, cuyos fondos se destinarán a las tareas encomendadas por la Directiva de Depósitos, y el compartimento de garantía de valores, que asume el resto de funciones atribuidas anteriormente al FGD.

La Ley 11/2015 sucede a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, en cuya elaboración ya se consideraron los trabajos preparatorios que por entonces existían de la hoy Directiva de Reestructuración y Resolución. En palabras del propio legislador, la Ley 11/2015, entre otros, articula un nuevo régimen de máxima protección a los depositantes. En aquellos aspectos en los que esta Ley diverge de la Ley 9/2012, lo hace para garantizar una mayor absorción de pérdidas por parte de los accionistas y

acreedores de la entidad, frente a la asunción de pérdidas por el sector público, y para otorgar una mayor protección a los depositantes y a los recursos públicos.

3. Excede del objeto del presente artículo el análisis pormenorizado de la Ley 11/2015, desde la perspectiva del Mecanismo Único de Resolución ("MUR"), con descripción de las características del sistema de resolución bancaria establecido y de la correcta articulación y coordinación del sistema español de resolución y el europeo. El objeto de comentario se centra, principalmente, en la protección reforzada, que viene a establecer la Ley 11/2015, para los depósitos en caso de concurso de acreedores de una entidad de crédito. Supuesto que pudiera pensarse remoto, si no fuera por el no muy lejano caso de la declaración del concurso voluntario de Banco Madrid, S.A.U., acordada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, el 25 de marzo de 2015 y publicada en el B.O.E. el 8 de abril de 2015.

No obstante lo anterior, en relación con la remotidad del concurso de una entidad de crédito, debe tenerse presente que la Ley 11/2015, como ya hacía su predecesora (Ley 9/2012), configura la resolución ejecutiva (reestructuración o liquidación) de entidades de crédito como un procedimiento administrativo especial que debe tener lugar únicamente por razones de interés público y estabilidad financiera, cuando resulte necesario evitar la liquidación concursal de la entidad, estableciendo que ningún acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal. Por ello, incluso aunque nos encontremos en una fase ejecutiva de resolución bancaria, la ley concursal siempre debería ser el espejo en el que se reflejaran los resultados del proceso de resolución administrativa, para verificar si los mismos conducirán o, en su caso, han conducido, a algún acreedor a ocupar una peor posición con la resolución administrativa que con el concurso de la entidad, situación proscrita por la norma. Por ello, aunque exceda del objeto de análisis el MUR y el sistema de resolución establecido por el legislador, sí que conviene tenerlos muy presentes, ya que están directamente interrelacionados con el desenlace concursal de una entidad de crédito o de algunas de sus ramas de negocio, y conocer las diferencias básicas entre el proceso de liquidación concursal ordinaria y la resolución ejecutiva dentro del MUR.

Debe recordarse que, al margen de la aplicación preferente y alternativa del proceso de reestructuración y resolución, apto para evitar riesgos de inestabilidad financiera, en el caso de entidades de menor complejidad y tamaño, que no entrañen peligro para la estabilidad y los fondos públicos, puede optarse por no activar el procedimiento administrativo especial de resolución (tal y como ocurrió con Banco Madrid), dejando actuar a las normas concursales. A su vez, si, finalmente, se opta por activar tal procedimiento especial, tras la aplicación de los instrumentos de resolución de una entidad de crédito consistentes en la venta del negocio de la entidad o la transmisión de activos o pasivos a una entidad puente, la Ley 11/2015 (en su artículo 25.6.) establece que "la entidad residual se someterá a un

procedimiento concursal dentro de un tiempo razonable teniendo en cuenta la necesidad de que la entidad residual colabore para garantizar la continuidad de los servicios por parte del adquirente y el mejor cumplimiento de los objetivos y principios de resolución". Por tanto, tras la aplicación de los instrumentos de resolución referidos, podría darse el supuesto de que quedaran depósitos en la entidad residual a someter al procedimiento ordinario concursal, debiendo activarse la protección reforzada o el privilegio general que se introduce por la Ley 11/2015 y que es objeto de análisis.

La Ley 11/2015 y el MUR parten de la consideración de que "los tradicionales procedimientos concursales, llevados a cabo en vía judicial, no son, en muchos casos, útiles para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable. Dados su tamaño, la complejidad y singularidad de sus fuentes de financiación, que incluye depósitos legalmente garantizados, y su interconexión con otras entidades, la liquidación ordinaria de una entidad financiera difícilmente podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía de un país. Por lo tanto, resulta necesario articular un procedimiento especial, riguroso y flexible al tiempo, que permita a las autoridades públicas dotarse de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores".

Así, establece la exposición de motivos de la Ley 11/2015, que "la liquidación [concursal] de una entidad financiera alude a la finalización de sus actividades en el marco de un proceso judicial ordinario, proceso que se dará principalmente en el caso de entidades que por su reducido tamaño y complejidad, sean susceptibles de ser tratadas bajo este régimen sin menoscabo del interés público; mientras que la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera".

En atención a la especialidad exigida en los concursos de las entidades de crédito y otras entidades, la Ley 11/2015, a través de su Disposición final quinta, modificó la Disposición adicional segunda de la Ley Concursal ("Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras"), para incluir a la propia Ley 11/2015, como legislación especial, a aplicar de forma prioritaria frente a la Ley Concursal. La referida disposición adicional, establece, en su apartado primero, que: "En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal".

En una fase anterior a la Ley 11/2015, la reestructuración o resolución de las entidades de crédito se llevó a cabo con grandes aportaciones de fondos públicos

("bail-out"), tras la asunción de pérdidas llevadas a cabo por accionistas y deudores subordinados. Con la Ley 9/2012, la absorción de pérdidas alcanzaba únicamente hasta la denominada deuda subordinada, a través de los instrumentos de gestión de híbridos (acciones o participaciones preferentes, obligaciones convertibles o instrumentos de deuda subordinada). Sin embargo, siguiendo las directrices del G20, del Consejo de Estabilidad Financiera ("FSB", por sus siglas en inglés) y del Fondo Monetario Internacional, y con la intención de que las pérdidas o nuevas aportaciones de fondos (para recapitalizar y dar continuidad al negocio, y así evitar pérdidas mayores), derivadas de la insolvencia de las entidades de crédito, sean asumidas por el sector privado y, principalmente, por los accionistas y acreedores del banco ("bail-in"), en lugar de por todos los contribuyentes (siendo residual la aportación de fondos públicos), tal y como ocurre con las empresas privadas de otros sectores, la Ley 11/2015 extiende la asunción de pérdidas a todo tipo de acreedores, sin obviar el nuevo régimen introducido de máxima protección a los depositantes.

El artículo 3 de la Ley 11/2015, dentro de los objetivos de la resolución administrativa, incluye la protección de los depositantes cuyos fondos están garantizados por el FGD y de los inversores cubiertos por el Fondo de Garantía de Inversiones ("FOGAIN"). Así, a lo largo de la norma se introducen diversas normas protectoras de los referidos depósitos dentro del proceso especial de resolución como, por ejemplo, que los depósitos garantizados por el FGD sean pasivos excluidos de los instrumentos de recapitalización interna (amortización o conversión en capital con dilución de participación). Tal y como indica la Directiva de Restructuración y Resolución: "Toda vez que la protección de los depositantes es uno de los objetivos más importantes de la resolución, los depósitos garantizados no deben someterse al instrumento de capitalización".

Tal y como se ha apuntado, el FGD cubre los depósitos en efectivo y de valores o instrumentos de valores en entidades de crédito (excluyéndose, entre otros, los depósitos realizados por otras entidades de crédito por cuenta propia y por empresas de servicios de inversión). El FOGAIN tiene como finalidad ofrecer a los clientes de las sociedades de valores, agencias de valores y sociedades gestoras de carteras (conjuntamente, conocidas como empresas de servicios de inversión) la cobertura de una indemnización de hasta 100.000 euros por cliente y entidad, en caso de que alguna de estas entidades se vea abocada a una situación de concurso de acreedores o declaración de insolvencia por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Excede del objeto del presente artículo el análisis de las cuentas ómnibus y de los problemas derivados de la dificultad en la identificación de los titulares finales de las mismas.

Tal y como dicta la exposición de motivos de la Ley 11/2015: "esta necesidad de imponer pérdidas a accionistas y acreedores es compatible con la especial protección a los depósitos a la cual ya se ha hecho referencia. Con esta Ley, los depósitos garantizados de menos de 100.000 euros mantienen la garantía directa del Fondo de Garantía de Depósitos, y además, contarán con un tratamiento preferente máximo

en la jerarquía de acreedores. Asimismo, los depósitos de personas físicas o pequeñas y medianas empresas tendrán reconocida preferencia como acreedores, solo inferior a la otorgada a los depósitos de menos de 100.000 euros". A su vez, actualmente, se está ultimando la creación e implantación del Fondo de Garantía de Depósitos Europeo, tercer pilar de la Unión Bancaria Europea, acompañando a los otros dos, el Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución.

4. Al margen de las medidas de protección de los depósitos en caso de resolución o concurso referidas, desde el punto de vista concursal, en la parte final de la Ley 11/2015, entre las disposiciones adicionales, se recoge el régimen aplicable a los depósitos en caso de que una entidad de crédito entre en concurso, que ya se ha visto que, aunque difícil, no es imposible. Dicho régimen otorga un tratamiento preferente máximo en la jerarquía de acreedores a los depósitos garantizados por el FGD de entidades de crédito, y un privilegio general a todos los depósitos de personas físicas, microempresas y PYMEs (que no se encuentren garantizados por el FGD por exceder su límite o por estar constituidos a través de sucursales extranjeras de entidades comunitarias). En palabras del legislador, esta es una novedad muy relevante en la regulación concursal española que viene a afianzar el nivel de máxima protección de los depósitos bancarios. Podría darse el caso de personas físicas que fueran titulares de depósitos de más de cien mil euros, del mismo modo que PYMEs, que pueden operar con depósitos a la vista en su día a día o constituir depósitos a plazo por importes muy superiores a la cantidad garantizada por el FGD.

Así, siendo el objeto central de análisis, a continuación, se transcribe el texto íntegro del apartado primero de la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015 ("Régimen aplicable en caso de concurso de una entidad"), que recoge el referido régimen reforzado de protección de los depositantes del siguiente modo: "En caso de concurso de una entidad: 1. Serán considerados créditos con privilegio general, con posterioridad en el orden de prelación a los créditos con privilegio general previstos en el artículo 91.5.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio: a) los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos y los derechos en que se haya subrogado dicho Fondo si hubiera hecho efectiva la garantía, y b) la parte de los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que exceda del nivel garantizado previsto en el Real Decreto Ley 16/2011, de 14 de octubre, y los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que serían depósitos garantizados si no estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea de entidades establecidas en la Unión Europea".

Por tanto, los créditos derivados de los depósitos bancarios a los que ahora se otorga privilegio concursal general deberían ser abonados después de, por orden de enumeración, los siguientes: 1) créditos contra la masa (por ejemplo, salarios de los

últimos 30 días); 2) créditos con privilegio especial (por ejemplo, créditos garantizados con hipoteca y algunas prendas); y, 3) de los siguientes créditos con privilegio general (todos ellos con las limitaciones legales establecidas, que no resulta procedente especificar en detalle): a) los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso, gastos de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso; b) las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal; c) los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso; d) los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme a los apartados anteriores; y, e) los créditos por responsabilidad civil extracontractual.

Y, en contraposición con lo anterior, los créditos derivados de los depósitos bancarios a los que ahora se otorga privilegio concursal general deberían ser abonados antes de, por orden de enumeración, los siguientes: a) los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación; b) los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe; c) los créditos ordinarios; y, c) los créditos subordinados, entre los que se encuentran, por ejemplo, los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor (art. 92.2º de la Ley Concursal).

En relación con los créditos subordinados, y al margen de exceder el objeto del presente artículo por no afectar dicha norma a los depósitos directamente, como novedad concursal también destacable, la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015, en su segundo apartado, hace una referencia a los diferentes niveles de subordinación que pueden existir dentro del grupo de créditos que por pacto contractual son designados como subordinados por la normativa concursal (artículo 92.2), lo cual se limita a recoger la práctica que es habitual en nuestro ordenamiento jurídico y acorde con la normativa de solvencia de distinguir diferentes grados de subordinación dentro de un mismo tipo de créditos, siempre que no se haga en perjuicio de otros acreedores. Así, el referido apartado 2º de la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015 establece lo siguiente: "2. Los créditos subordinados incluidos en el artículo 92.2.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, tendrán, en el caso de concurso de entidades incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, la siguiente prelación: a) El importe principal de la deuda subordinada que no sea capital adicional de nivel 1 o 2. b) El importe principal de los instrumentos

de capital de nivel 2. c) El importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1".

Conviene destacar que la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015, establece el privilegio concursal general en relación con los depósitos garantizados por el FGD, esto es, los depósitos en efectivo y de valores o instrumentos financieros depositados en entidades de crédito. En cambio, no se refiere al FOGAIN, por tanto, parece que no gozarían de tal privilegio concursal los derechos de crédito derivados de la no devolución de valores o instrumentos financieros depositados en empresas de servicios de inversión y sí en cambio los depositados en entidades de crédito. A tal efecto, debe resaltarse, a diferencia de lo que ocurre con valores, que en los depósitos en efectivo se trata bienes fungibles y que el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (anterior artículo 12 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) establece, declarado el concurso de una entidad encargada de la llevanza del registro de valores representados mediante anotaciones en cuenta o de una entidad participante en el sistema de registro, que los titulares de valores anotados en dichos registros gozarán del derecho de separación respecto a los valores inscritos a su favor y lo podrán ejercitar solicitando su traslado a otra entidad. Por tanto, dichos valores o instrumentos financieros deberían quedar fuera de balance de la entidad.

5. Por último, destacar que el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, que desarrolla la Ley 11/2015, regula la forma de valorar las entidades con carácter previo a la adopción de cualquier medida de resolución, debiendo realizarse la comparativa con las pérdidas que asumirían los acreedores en un hipotético escenario concursal. A su vez, modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre FGD, para completar la trasposición de la Directiva de Depósitos, incrementando la protección respecto de los depósitos garantizados e introduciendo obligaciones de información para las entidades de crédito con respecto de sus depositantes, reforzando la transparencia bancaria en este campo. A pesar de no ser objeto de comentario, podría resultar conveniente destacar algunas de las novedades introducidas para mejorar la protección de los depositantes. Así, ahora, por ejemplo, se añade que la garantía de reintegro de los depósitos alcanzará también a los intereses devengados pero sin abonar hasta la fecha en que se produzcan los hechos causantes de la ejecución de la garantía, sin que, en ningún caso, se sobrepase la mencionada cantidad de cien mil euros por titular y entidad. No obstante, por citar alguna otra novedad a tener en cuenta por las entidades y depositantes, se incluye como causa de exclusión de garantía de los depósitos cuyo titular no haya sido identificado, conforme a lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, por ello, es de interés para ambas partes la debida identificación.

Como se ha podido observar, la protección de los depositantes es de vital importancia, tanto en el seno de un procedimiento de resolución administrativa como en el concurso de acreedores, tanto a nivel nacional como comunitario e internacional, para garantizar la estabilidad del sistema financiero y la confianza del cliente e inversor. Así, próximamente se podrá apreciar cómo han fructificado las negociaciones respecto del Fondo de Garantía de Depósitos Europeo y, en su caso, el resultado final. Del que se podrían derivar, si cabe, mayores esfuerzos armonizadores y de control comunitario de los sistemas de protección nacionales de depósitos y de los sistemas de resolución preventiva.

ÍNDICE

LAS FIANZAS A DEPOSITAR POR LOS FABRICANTES DE MÁQUINAS DE AZAR EN LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS A LA LUZ DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

THE BONDS THAT THE MANUFACTURERS OF GAMING MACHINES HAVE TO DEPOSIT WITH THE DIFFERENT REGIONAL ADMINISTRATIONS IN LIGHT OF THE SPANISH LAW OF SECURITY OF THE MARKET UNITY

ANDREA MOYA LATORRE
Abogada
Directora del Área Legal de Novomatic Gaming Spain, S.A.U.
andreamoyalatorre@gmail.com

RESUMEN: *A tenor de los expedientes instados por un fabricante de máquinas de juego ante la Secretaría de del Consejo para la Unidad de Mercado por habérsele exigido en diferentes Comunidades Autónomas la constitución de una fianza con carácter previo a obtener el registro para poder fabricar máquinas, se ha puesto de manifiesto que la normativa autonómica que exige dichas fianzas podría ser vulneradora de los principios de necesidad, proporcionalidad y eficacia nacional que propugna la Ley de garantía de la unidad de mercado. Así, el mero hecho de exigir una fianza con carácter previo a poder fabricar máquinas de juego (y no ya con carácter previo a poder explotar la actividad de juego propiamente dicho) podría considerarse un requisito de acceso al mercado que no se justifica por las razonas de protección de la seguridad y la salud pública que persiguen las diferentes normativas. Por otro lado, el hecho de requerírsele una fianza en una Comunidad Autónoma, cuando ya la ha depositado una similar en otra, podría no ser acorde con el principio de eficacia nacional que pretende el reconocimiento de la validez de requisitos exigidos en origen en otros destinos del territorio nacional.*

PALABRAS CLAVE: *Fianza; Fabricante de máquinas de juego o azar; Comunidades Autónomas, Autorización, Registro, Principios de necesidad y proporcionalidad, Principio de eficacia nacional, Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.*

ABSTRACT: *In light of the administrative proceedings started by a manufacturer of gaming machines against the requirement to deposit a bond prior to produce said machines in different Spanish Autonomous Regions, it has been noted that said requirement could be not in accordance with the principles of need, proportionality and national effectiveness of the Spanish Law on Security of the Market Unity. On the one hand, just the fact of having to deposit a bond previously to produce machines (and not just prior to operate the proper gaming activity) could be considered as a requirement to enter into the market. This could again be understood as not justified by the reasons of security and public health, which the different regulations try to protect. On the other hand, the requirement to deposit a bond in an Autonomous Region considering that*

the manufacturer already deposited similar bonds in other regions could be not in accordance with the principle of national effectiveness, which aims to achieve that the requirements demanded in a region are recognized in other regions of the Spanish territory.

KEY WORDS: *Bond; Manufacturer of Gaming Machines; Authorization; Recording; Principles of need and proportionality; Principle of national effectiveness, Law on Security of the Market Unity.*

FECHA DE ENTREGA: *13/02/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

SUMARIO: 1. Exigencia de fianzas a las empresas fabricantes de máquinas de juego o azar.- 2. Expedientes sobre la potencial vulneración de los principios de necesidad, proporcionalidad y eficacia nacional de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.- 3. Regulación autonómica en general y finalidad de dicha regulación.- 4. Normativa de juego balear, gallega y cántabra.- 5. Principios de necesidad y proporcionalidad.- 6. Principio de eficacia nacional.- 7. Soluciones en diferentes Comunidades Autónomas.

1. La normativa de juego de casi todas las Comunidades Autónomas españolas obliga a las empresas que quieran obtener una autorización para poder fabricar máquinas de azar y comercializar las máquinas que fabrica, a depositar una fianza en la Comunidad Autónoma en cuestión. Así, una empresa que quiera vender sus productos en diferentes Comunidades Autónomas está obligada a depositar tantas fianzas como Comunidades Autónomas quiere abordar para la comercialización de sus productos. También se exige por las diferentes normativas autonómicas una fianza a aquellas empresas que quieran obtener una autorización para explotar directamente la actividad de juego (como serían las empresas operadoras de máquinas de juego o azar, o las empresas operadoras de salones de juego).

La obligación de depositar una fianza en las Comunidades Autónomas para las empresas solicitantes de una autorización como empresa fabricante se está poniendo en entredicho por varios organismos como la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado o la Conferencia Sectorial del Juego, por ser potencialmente contraria a varios principios que inspiran la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado ("LGUM"). Así pues, como se desarrollará más adelante, de un lado, el hecho de exigir una fianza para la mera inscripción en un Registro autonómico en calidad de fabricante, o lo que es lo mismo, para obtener la autorización como fabricante (y no como requisito previo al ejercicio de la actividad concreta, como sería la exigida para la operación de máquinas de azar o de salones de juego) podría no ser acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad que establece la LGUM. De otro lado, con la exigencia a un operador de depositar fianza en una Comunidad Autónoma cuando éste ya habría constituido fianzas similares en otras Comunidades Autónomas se podría estar yendo contra el principio de eficacia nacional que también propugna esta Ley.

2. La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad) ha manifestado recientemente en tres informes su postura relativa a la potencial vulneración de los referidos principios, a la luz de procedimientos de información iniciados por un mismo fabricante de máquinas de juego tipo "B" en septiembre de 2015 y marzo 2016, por el cauce del artículo 28

LGUM (esto es, el procedimiento en virtud del cual cualquier operador económico puede informar a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado sobre cualesquiera obstáculos o barreras para acceder al mercado). Así pues, a tenor de la exigencia de depositar fianza para obtener el registro o autorización de fabricante con que este operador se ha ido encontrado en diversas Comunidades Autónomas –en concreto, Islas Baleares, Cantabria y Galicia- la referida Secretaría ha ido analizando la cuestión y las normativas autonómicas de las que trae causa (en concreto, en los expedientes 28.52 relativo a una fianza exigida en Islas Baleares, 28.39 relativo a una fianza exigida en Juego Cantabria y 28.65 relativo a una fianza exigida en Galicia). En todos ellos ha llegado a la conclusión de que la referida exigencia podría ser vulneradora de los principios de la LGUM mencionados en el párrafo anterior.

3. Recordemos que las Comunidades Autónomas tienen reconocidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias exclusivas en el sector de actividad de juego presencial (en contraposición a la actividad de juego "on-line" cuya regulación es de ámbito estatal y queda recogida en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego), y ello sin perjuicio, como luego veremos, de la normativa estatal para garantizar la unidad de mercado y el acceso de los operadores al mismo.

Prácticamente todas las Comunidades exigen, en virtud de sus diferentes normativas, un título habilitante a los operadores para que éstos puedan ejercer la actividad relacionada con el juego de azar presencial de que se trate –ya sea, por ejemplo, la fabricación y venta de máquinas de azar o la explotación de las mismas en lugares habilitados para dicha actividad, así como la operación de salones de juego-. Para la obtención de dicho título habilitante se exige estar inscrito en un Registro autonómico, y, a su vez, para lograr dicha inscripción es necesaria, entre otros requisitos, la presentación de un resguardo que acredite que se ha depositado una cantidad en concepto de fianza en la Administración correspondiente, cuyo importe y forma en la que se tiene que, o puede prestar, varía en función de la Comunidad Autónoma.

Las fianzas se vienen requiriendo en el sector del juego por las diferentes Administraciones con la finalidad de que los operadores de juego garanticen sus obligaciones frente a la Administración a la hora de pagar las tasas fiscales que se exigen para dicha actividad, o para hacer frente a posibles sanciones que pudieran imponérseles a dichos operadores. También se pretende con la fianza evitar un perjuicio frente a los consumidores ante al riesgo de que el operador no satisfaga los premios que correspondan. En definitiva, se busca potenciar la seguridad jurídica de los participantes del sector y la garantizar la protección de quienes son susceptibles de ser dañados en su salud o su economía, como reconocen las diferentes normas autonómicas de juego y recuerda la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en su análisis de la cuestión acerca de la exigibilidad de las fianzas a la luz

de los diferentes expedientes de los que, como decíamos, ha conocido dicha Secretaría. La cuestión, como se analiza en el presente artículo, es precisamente si la fianza que se exige a los fabricantes como requisito para obtener el registro o autorización para poder fabricar y vender es acorde con la finalidad perseguida por la normativa autonómica o si, por el contrario, es un requisito de acceso al mercado que no se justifica por la finalidad de la norma.

4. Así pues, poniendo el ejemplo de las Comunidades cuyas normativa relativa a la fianza exigida para la inscripción en el Registro de fabricantes ha sido puesta en concreto en entredicho por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado:

De un lado, el artículo 18 de la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del juego y las apuestas en las Illes Balears, establece que "las empresas y las personas empresarias que realicen actividades relacionadas con el juego deben constituir a favor de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, una fianza en los términos, las formas y las cuantías previstos en la normativa vigente…" y el artículo 6.3 del Decreto balear 132/2001, de 30 de noviembre, por el que se establece medidas reguladoras en materia de juego, dispone que la fianza exigida a los referidos operadores ascendería a 60.000 euros.

De otro lado, la Ley 14/1985, de 23 de octubre, reguladora de los juegos y apuestas en Galicia, establece en su artículo 6 que requerirá autorización administrativa previa la organización, práctica y desarrollo de los siguientes juegos…(entre los que se enumeran las máquinas de juego)". En su Artículo 7. 1. dispone que "las autorizaciones se otorgarán siempre que se cumplan los requisitos exigidos legalmente", y, por último, en su artículo 12.2. que "todas las empresas de juego habrán de constituir fianza ..." incluyéndose por tanto a las empresas fabricantes. El posterior Decreto 39/2008, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de Galicia establece en su artículo 30 la obligación de las empresas que desarrollen su actividad en este sector en el ámbito territorial de Galicia, a inscribirse en el Registro de Empresas de Máquinas de Juego de esa Comunidad Autónoma, debiendo constituir a favor de la consejería competente, y depositar en la Caja de Depósitos de la Junta de Galicia, una fianza por importe de 30.000 euros, si se trata de empresas cuyo objeto sea la fabricación, importación, distribución y comercialización de máquinas y material de juego (artículo 32).

Y de otro lado, la Ley 15/2006, de 24 de octubre, de Juego de la Comunidad Autónoma de Cantabria, somete en su artículo 7 a autorización administrativa la organización, explotación y práctica de juegos y apuestas en Cantabria y establece como requisito indispensable para la realización de cualquier actividad en el sector, incluida la fabricación de maquinaria, la necesaria inscripción en el Registro de Juego (artículo 5). Por su parte, el Decreto 23/2008, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de azar en la Comunidad cántabra establece

en su artículo 32 la obligación de inscripción en el Registro de juego de esa Comunidad para todas la empresas activas en el sector, incluyendo las que tengan por objeto la fabricación, importación, exportación o venta de máquinas recreativas o de azar. También establece en sus artículos 34 y 35 la obligación de constituir una fianza en metálico o aval bancario, a disposición de la Consejería competente en materia de juego, por importe de 60.000 euros para el caso de empresas fabricantes comercializadoras o distribuidoras de máquinas tipo "B".

5. En el otro lado de la balanza nos encontramos con la normativa estatal, en concreto, con la LGUM y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, la "Ley de acceso").

Como avanzábamos, la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado, llegaba a la conclusión en los referidos diferentes expedientes de que la exigencia de la fianza para obtener la autorización de fabricante podría ser vulneradora de los principios de necesidad y proporcionalidad. Y lo hacía en base a los siguientes artículos:

Por una parte, al artículo 5 de un lado la LGUM que establece que cualquier límite al acceso de una actividad económica o a su ejercicio debe estar motivado por la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley de acceso. Asimismo, dicho límite o requisito debe ser proporcionado a la razón de interés general invocada y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

El referido artículo 3.11 de la Ley de acceso enumera entre las "razones imperiosas de interés general" a aquellas motivadas, entre otras, por el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, y de los destinatarios de servicios.

Por otra parte, el artículo 21 de la Ley de acceso establece en primer lugar, que "se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario", y en segundo lugar, que "la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto".

A la luz de los artículos referidos de la LGUM y la Ley de acceso, extrae por tanto la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado la conclusión de que la exigencia de fianzas para la inscripción como fabricante podría no ser necesaria y ser desproporcionada, y ello por considerar que la fianza exigida es una fianza de inscripción asimilable a un requisito de acceso (mientras que la fianza que luego se le exija para la explotación de la actividad de juego en concreto es una fianza de

explotación asimilable a un requisito de ejercicio). La diferencia entre uno y otro tipo de fianzas es relevante por cuanto tal requisito de acceso sólo sería aceptable desde el punto de vista de la LGUM y la Ley de acceso si, en el contexto que hemos visto, este requisito se exigiera por razón imperiosa, en este caso de salud pública, protección de los derechos, seguridad y salud de los consumidores. Los operadores que denuncian la exigencia de fianzas lo hacen precisamente en tanto que requisito previo a la inscripción y no al ejercicio de la actividad de juego, porque entienden que, con su actividad de fabricación (y se entiende que también de venta) no se está generando (todavía) un riesgo que haya que cubrir con la referida fianza. O lo que es lo mismo, no se da el nexo de causalidad necesario que tiene que haber entre la exigencia de una garantía como la fianza y el riesgo a proteger.

En efecto, pese a que, como exponíamos, las diferentes normativas autonómicas fundamentan la exigencia de la fianza analizada en este artículo precisamente por las razones de salud pública, protección de los derechos, seguridad y salud de los consumidores, la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado interpreta que dicha protección solo es necesaria cuando el operador va efectivamente a ejercitar la actividad. Por ello, se podría concluir que la finalidad que persiguen las normativas autonómicas de protecciones de dichos bienes esenciales no se está consiguiendo con la exigencia de una fianza con carácter previo a la obtención del registro para poder fabricar máquinas de azar o juego. Es decir, no se objeta la exigencia de fianzas para la obtención de autorizaciones para el ejercicio ya propiamente dicho de la actividad de juego, como sería la explotación de máquinas de azar o la operación de salones de juego, puesto que es ahí cuando se da el riesgo que efectivamente hay que proteger, según dicha Secretaría, y que justificaría una fianza. Si se objeta en cambio la exigencia en el momento anterior de obtener el Registro para poder fabricar, que lo considera un requisito de acceso a la actividad no necesario y desproporcionado por los motivos expuestos.

A la misma conclusión había llegado la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en la resolución de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, de 2 de junio de 2015, en relación con la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del juego y las apuestas en las Illes Balears. La discrepancia sobre la redacción del referido artículo 18 de la Ley 8/2014, de 1 de agosto, suscitó que se convocara la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en aplicación del artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (relativo al recurso de inconstitucionalidad sobre una norma). En concreto, establece dicha resolución que el artículo 18 de la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del juego y las apuestas en las Illes Balears, que exponíamos anteriormente, relativo a la constitución de fianzas por empresas y personas empresarias que realicen actividades relacionadas con el juego, debe interpretarse en relación con el también mencionado artículo 21 de la Ley de acceso, referente a las garantías que se pueden exigir a los prestadores de servicios, en conexión con los expuestos artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que, como decíamos, regulan los

principios de necesidad y proporcionalidad, considerando dicha Secretaría que de conformidad con la legislación básica estatal, la constitución de fianzas queda circunscrita a las condiciones de ejercicio de la actividad, y para aquellas actividades que supongan un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario.

6. Por otra parte, como avanzábamos, también interpreta la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado que la exigencia de fianzas para un operador que ya ha constituido fianza en otra Comunidad Autónoma podría vulnerar el principio de eficacia nacional que propugna la LGUM.

Así pues, la LGUM proclama dicho principio en su artículo 6 y lo desarrolla en su artículo 20, estableciendo que los medios de intervención que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, entre los que se cita expresamente la inscripción en registros (como sería el de fabricante), tienen eficacia en todo el territorio nacional sin necesidad de que el operador cumpla nuevos requisitos. Adicionalmente, el artículo 19 LGUM dispone que una vez que el operador está legalmente establecido en un lugar del territorio nacional puede ejercer su actividad en todo el territorio; y que la autoridad de destino debe asumir la validez de los requisitos de acceso exigidos en origen, aunque sean distintos en su alcance o cuantía. Matizar en este sentido, como han hecho varios Acuerdo Bilaterales entre el Estado y diferentes Comunidades Autónomas, que obviamente estos artículos se refieren a los requisitos de acceso (como es la exigencia de fianza previa a la obtención del registro de fabricante) y no a las condiciones de ejercicio, que pueden ser libremente fijadas por las Comunidades Autónomas.

En base a estos preceptos, queda claro para la referida Secretaría que la Administración de una Comunidad Autónoma debería admitir las autorizaciones y registros realizados en otra Comunidad sin exigir requisitos de acceso nuevos como sería el requerir fianzas nuevas.

En este sentido ha habido adelantos, como explica la Secretaría, tales como la Declaración del Consejo de Políticas de Juego de 17 de diciembre de 2014, donde se valoró positivamente por la mayoría de las Comunidades Autónomas la aproximación de los requisitos de inscripción autonómicos para reconocer la validez de las inscripciones en los diferentes Registros. No obstante, esta Declaración no da el paso de reconocer que se debería aceptar la validez de las inscripciones en diferentes Comunidades Autónomas, aun cuando los requisitos de acceso varíen en su alcance y cuantía, a diferencia de lo que sí entiende como evidente la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado.

Por último, en relación con este punto recuerda la Secretaría que el principio de eficacia nacional está estrechamente vinculado con las actuaciones limitadoras de la libertad de establecimiento y circulación que se detallan en el artículo 18 de la

LGUM y entre las que se especifican los seguros de responsabilidad civil o garantías adicionales a los establecidos en la normativa de origen, si son equivalentes en cuanto a la finalidad y cobertura en términos de riesgo, suma asegurada o límite de la garantía.

Así pues, dado que la fianza exigida al operador por la Comunidad Autónoma de Galicia es una mera fianza de inscripción, como decíamos, ligada exclusivamente al acceso del operador a la actividad, y que no responde al ejercicio de la misma, ni a riesgos o sumas aseguradas adicionales a los de las fianzas ya constituidas en otras Comunidades Autónomas, dicha fianza sería redundante y contraria a la LGUM, por tratarse de un requisito prohibido por el referido artículo 18, en concreto en su apartado 2.d) que establece que serán actuaciones consideradoras como limitadoras del libre establecimiento y libertad de circulación, entre otras, aquellas que contengan o apliquen, garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente.

7. En cuanto a cómo resuelve la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado cada uno de los expedientes suscitados por el referido operador-fabricante de máquinas de azar tipo "B" contra la exigencia de la fianza para el registro de fabricantes, a la vista de lo expuesto: en todos ellos, la referida Secretaría concluye que las normativas autonómicas podrían no ser conformes a la LGUM en el punto de las referidas fianzas para la inscripción de fabricantes, por ser potencialmente vulneradoras de los referidos principios de necesidad, proporcionalidad y eficacia nacional. En el caso de Galicia y Cantabria, tal y como manifiesta la Secretaría en sus informes, ambas Comunidades se comprometen a revisar sus normativas.

En el caso particular de las Islas Baleares, motivado por el referido Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears, la Comunidad de Islas Baleares, además de comprometerse también a revisar su normativa, reconoce expresamente que no se exigirá la fianza al fabricante en el expediente en cuestión. La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado había dado trasladado del expediente con carácter previo a la emisión de su informe, a colación del expediente instado por el referido fabricante, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quien habría determinado también, en particular, y entre otras conclusiones, (i) que para el ámbito de las Islas Baleares, existe una barrera al exigirse una fianza para acceder al registro autonómico para el ejercicio de la actividad, (ii) que no resulta evidente que la exigencia de fianza a un fabricante venga justificada en una razón imperiosa de interés general, y ello por los mismo motivos expuestos que también utiliza la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, (iii) que se debe conceder eficacia

nacional a las autorizaciones para el acceso a la actividad de juego concedidas por una autoridad competente, incluida la exigencia de fianza, (iv) que la carga de prestar sucesivas fianzas simultáneas, además de no ser conforme con el principio de simplificación de cargas que también propugna la LGUM, podría favorecer a los operadores de mayor tamaño de manera discriminatoria. Más adelante, el Gobierno Balear ha facilitado incluso un formulario para solicitar la devolución de las fianzas exigida a los fabricantes.

Así pues, es de esperar que, por ejemplo, si la situación de un fabricante que plantea un procedimiento de no conformidad con la exigencia de una fianza para su inscripción como tal, por ejemplo en el territorio del Principado de Asturias, el asunto se pueda resolver de una manera semejante al de Islas Baleares (ello partiendo de la base de que, como sucedió en el caso de Islas Baleares, la Administración hubiera continuado en un momento concreto con la exigencia de la fianza pese a la existencia del referido Acuerdo previo de la Comisión Bilateral). Planteamos el caso de Asturias porque también existe un Acuerdo, de febrero de 2015, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Principado de Asturias en relación con la Ley del Principado de Asturias 6/2014, de 13 de junio, de Juego y Apuestas, no en particular sobre las fianzas, pero sí sobre el hecho de que en atención a la LGUM se ha de reconocer la validez de otras inscripciones en Registros de Juego de otras Comunidades Autónomas, y por tanto no se debería exigir la autorización cuando ya existe en otras Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que se practique la inscripción de oficio en el Registro general del juego y apuestas del Principado de Asturias.

Otro ejemplo es el caso de Castilla y León, cuya Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de medidas para la reforma de la administración de la Comunidad de Castilla y León, incorpora una Disposición Adicional Quinta a la Ley 4/1998, de 24 de junio, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León, en la que se habilita a la consejería competente en materia de juego a dar publicidad en el Boletín Oficial de Castilla y León de la forma de hacer eficaces diversas autorizaciones y habilitaciones en materia de juego otorgadas por autoridades distintas de la Administración Autonómica para que puedan hacerlas valer en el territorio de dicha Comunidad.

Como vemos, cómo reaccionen las diferentes Comunidades Autónomas ante un supuesto similar puede variar, y así entendemos continuará siendo por bastante tiempo, y por supuesto no solo en el contexto de las fianzas exigidas objeto de este artículo. En el juego del equilibrio entre las competencias de las Comunidades Autónomas y la garantía de la unidad de mercado -en atención también a la defensa de la competencia entre operadores del sector-, no se puede prever por el momento una solución unificada a todos los supuestos planteados puesto que aún se está lejos de alcanzar una revisión integral y unificada de todas las normativas de juego a la luz de la referida normativa nacional.

ÍNDICE

MÉXICO Y DERECHO SOCIETARIO: UNA APROXIMACIÓN A LAS RECIENTES REFORMAS DESDE LA PERSPECTIVA DE INVERSORES INTERNACIONALES

COMPANY LAW IN MEXICO: A REVIEW OF THE RECENT REFORMS FROM AN INVESTOR"S POINT OF VIEW

PAOLA N. RODAS PAREDES
Profesora Lectora de Derecho Mercantil
Universidad Rovira i Virgili
paola.rodas@urv.es

RESUMEN: *La regulación societaria mexicana cuenta con una ley específica en la materia, desde principios del siglo XX. Sin embargo, la organización tipológica hasta ahora había incidido en la preponderancia de las sociedades anónimas. La reciente reforma de la Ley General de sociedades mercantiles ha introducido un régimen simplificado a este tipo social, además de permitir la unipersonalidad. Ambas novedades sin duda incentivarán la organización de la actividad empresarial con recurso a este nuevo subtipo social.*

PALABRAS CLAVE: *sociedades simplificadas; unipersonalidad; flexibilización tipológica.*

ABSTRACT: *The Mexican corporate regulation has a specific Act to regulate business companies since the early twentieth century. However, the typological organization had so far affected the preponderance of shares companies. The recent reform of the General Companies Act has introduced a simplified version of this social type, besides allowing sole proprietorship regimes. Both developments undoubtedly will encourage the organization of business using this new type.*

KEY WORDS: *simplified societies; sole proprietorship; typological flexibility.*

FECHA DE ENTREGA: *26/02/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016*.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La configuración general del régimen legal de las sociedades mercantiles mexicanas.- 3. Estructura de la LGSM. Las relaciones entre Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada como modelos prototípicos de sociedades de capital y de personas.- 4. El futuro del Derecho societario mexicano: la sociedad simplificada y la velada introducción de la unipersonalidad.- 5. Conclusiones.

1. A su privilegiada situación de puente entre Estados Unidos y Latinoamérica, México suma una dimensión y una estabilidad macroeconómica envidiables (en la actualidad, México es la decimotercera economía en importe de producto interior bruto del mundo), que han ayudado a reducir en los últimos años tanto la inflación, como los costes de los préstamos y las tasas de interés. A todo ello, México añade un ordenamiento jurídico moderno, abierto a inversores internacionales y con fuerte conexiones con otros ordenamientos jurídicos (incluyendo, sin lugar a dudas, el español) que permite a nuestros inversores encontrarse con figuras jurídicas reconocibles y equivalentes a aquellas con las que operarían normalmente en sus jurisdicciones de origen.

El presente artículo pretende realizar una breve introducción general de alguno de los elementos básicos del Derecho societario mexicano, con las limitaciones propias del ámbito en el que se incluye, y destinado a quienes tengan interés en una visión transversal de este sector del ordenamiento jurídico mexicano.

2. Para entender el ordenamiento jurídico societario imperante actualmente en México, el punto de partida más adecuado probablemente sea la Ley General de Sociedades Mercantiles ("LGSM"), en vigor desde el año 1934, y que ha sido recientemente modificada en el año 2016 a fin de dar cabida a sociedades simplificadas. Cierto es que, como señala BERRERA GRAF: "Historia del Derecho de Sociedades en México", Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano, pp. 129 y ss.), el Derecho mexicano cuenta con precedentes importantes en materia societaria anteriores a la LGSM, cuyas raíces entroncan con la propia regulación de la época colonial: en este sentido, cabe recordar que en México se llegaron a aplicar las Ordenanzas de Bilbao, de forma más o menos oficial, e incluso, sin necesidad de retrotraerse a un precedente tan lejano, puede mencionarse el Código de Comercio de Sáinz de Andino como antecedente del Derecho mexicano, en tanto que el mismo era citado de forma oficiosa por los tribunales tratadistas de la época hasta la promulgación del primer código de comercio propiamente mexicano en 1854. Siendo esto cierto, no lo es menos que estos precedentes fueron tempranamente superados por la LGSM, como cuerpo principal articulador y aglutinador de la normativa societaria mexicana.

En efecto, la incardinación de la regulación de todos los tipos sociales básicos en un único cuerpo normativo (aspiración a la que España ha accedido sólo recientemente, a través de la aprobación de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC") en el año 2010) es una muestra de que el Derecho mexicano pronto superó las limitaciones de la codificación decimonónica, articulando en una única norma especial, de forma homogénea y con un tratamiento sistemático, una rama jurídica (la societaria) que por sus especialidades ha demostrado no poder quedar confinada de forma adecuada a los límites de un código de comercio al uso. Podría objetarse a lo señalado que en México han existido normas societaria especiales, articuladoras de auténticos subtipos societarios con autonomía propia (mención especial merecen la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Púbico, la Ley Orgánica para el servicio público de banca y crédito de 1983, o la propia normativa relativa a las sociedades cooperativas (a la que la LSGM hace una remisión general)), pero no es menos verdad que estas figuras societarias especiales no pueden ser consideradas sino como excepciones al sistema general, articulado de forma uniforme en la LGSM.

Así, en lo que sigue nos centraremos en señalar a grandes rasgos las características del tipo social anónima, que se configura como el tipo básico de todos los articulados por la LGSM, en los aspectos más esenciales del mismo, para concluir con un breve comentario a las recientes modificaciones al texto a estudio que han traído como consecuencia la introducción de las sociedades simplificadas.

3. Como se ha señalado, la regulación de la LGSM bascula de forma primordial sobre la Sociedad Anónima. Así, tras un breve Capítulo I, aplicable a todas las sociedades, y una sucesión de capítulos de extensión más o menos breve (el capítulo II – correspondiente a la sociedad de nombre colectivo – incluye 25 artículos, mientras que el capítulo III – sociedades en comandita simple – sólo 7) la LGSM centra su capítulo V en la Sociedad Anónima, a la que regula de forma prolija en seis secciones diferenciadas.

A partir de allí, la norma estructura la regulación de otros tipos sociales – comandita por acciones –, de subtipos de aquéllos ya tratados – sociedades de capital variable (potencialmente todas las sociedades mercantiles) – o de procedimientos comunes a todos los tipos sociales (modificaciones estructurales, disolución y liquidación).

Resulta importante destacar esta estructura, pues, a diferencia de lo que ocurre con la LSC, que realiza un tratamiento sistemático por cada aspecto relevante de una sociedad de capital (órganos sociales, cuentas anuales, etc.), tratamiento aplicable, con los matices correspondientes, a todos los tipos societarios de capital; la LSGM opta por un tratamiento más o menos distribuido por tipos sociales, encumbrando a la Sociedad Anónima como tipo societario básico. Así, los demás tipos sociales aparecen relegados en un segundo plano, incluyendo, para sorpresa de un jurista español, la propia Sociedad de Responsabilidad Limitada, a la que apenas se dedican

28 artículos de los casi 280 artículos de la LSGM. Podríamos decir, en este sentido, que la LSC ha optado por una regulación transversal, en la que todos los tipos sociales figuran tratados de manera homogénea, mientras que la LSGM ha optado por un tratamiento hasta cierto punto centralizado, en el que la Sociedad Anónima opera como tipo principal del tratamiento normativo. Así, los demás tipos sociales o bien se sirven de la regulación de la Sociedad Anónima como modelo normativo – es el caso de determinados aspectos de las sociedades de capital variable – o bien surgen, justamente, como antítesis a dicho modelo. Ejemplo de lo primero lo encontramos en las referencias expresas a la normativa de la Sociedad Anónima en ciertos tipos sociales: el artículo 208 LSGM lo hace en relación con la sociedad en comandita por acciones. Ejemplo de lo segundo, se encuentra en la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada, que surge justamente como modelo normativo personalista contrapuesto al modelo netamente capitalista de la Sociedad Anónima.

Esto apunta a una característica que nos permitimos anticipar: a diferencia de España, en dónde la Sociedad de Responsabilidad Limitada ha sustituido a la Sociedad Anónima como tipo social más usual, el tipo social predominante en México – al menos desde el punto de vista de potenciales inversiones – sigue siendo el de la Sociedad Anónima. Así, debe tenerse en cuenta que en España se han constituido, durante el último año con información disponible (2015), 622 sociedades anónimas frente a 91.750 sociedades de responsabilidad limitada [no hemos podido acceder a información estadística equivalente en México, pues el Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México no facilita los datos en función del tipo social].

La causa de esta marcada disparidad entre la práctica jurídica española y la mexicana estriba, con toda certeza, en la diferente concepción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en España y en México. Así, en España la Sociedad de Responsabilidad Limitada ha ido gradualmente aproximando su regulación a la de la sociedad anónima, constituyendo un tipo social de capital dotado, hasta cierto punto, de unos componentes personalistas, pero al mismo tiempo articulado de forma tal que su normativa permite a los socios enorme flexibilidad de configuración estatutaria (sobre este tema en el ordenamiento jurídico español, EMBID IRUJO, J. M.: *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo,* Comares, Granada 2013, en particular los capítulos 5to y 6to.). Ello es así hasta el punto que, incluso, tras la aprobación de la Ley 5/2015, de 27 de abril, se ha abierto (aunque con evidentes limitaciones y salvaguardas) la posibilidad de participación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada al mercado de títulos de deuda, mediante la emisión de obligaciones. Dicha aproximación gradual de la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada a la sociedad anónima, y el relativo amplio margen de configuración estatutaria con que se cuenta en España, arbitran un sistema que permite, en última instancia, que la Sociedad de Responsabilidad Limitada constituya un tipo multifuncional, útil para el desarrollo de una amplia diversidad de empresas diferentes (desde micro empresas, hasta empresas no cotizadas, pero de envergadura económica considerable).

En México, por el contrario, la normativa reguladora de la Sociedad de Responsabilidad Limitada sigue manteniendo unos componentes personalistas más marcados, que han impedido la flexibilidad que el tipo social ha ganado en España. Estas características personalistas que influyen en esta falta de flexibilidad incluyen, por ejemplo, la limitación del número máximo de socios (actualmente, limitado a cincuenta) contenida en el artículo 51 LSGM, o la necesidad de contar con el consentimiento de, al menos, socios que representen la mayoría del capital social en caso de cesión de las partes sociales (equivalente a las participaciones sociales en España), inclusive, entre socios de la propia sociedad.

A lo anterior se suma el hecho de que, en México no existe, desde el año 2012, un importe mínimo de capital social, ni para la Sociedad Anónima (originariamente, cuantificado en $50,000 pesos) ni para la Sociedad de Responsabilidad Limitada (originariamente, cuantificado en $3,000 pesos), sino que la fijación del importe mínimo de capital se deja a la libertad de los socios/accionistas en la constitución de la sociedad correspondiente. Esto elimina el incentivo, existente en España, de acudir a las Sociedades de Responsabilidad Limitada debido a la menor onerosidad en sus requisitos de constitución. Todo ello conlleva en la práctica la mayor aceptación de la Sociedad Anónima como organización de negocios idónea. La inexistencia de capital social mínimo no hará tampoco necesaria ni imprescindible la mayor homogenización de ambos tipos sociales.

4. Al marco jurídico ya descrito se suma, recientemente, la aprobación de una reforma de la LSGM para introducir un nuevo tipo social: la sociedad por acciones simplificada (o S.A.S., por su abreviatura), cuya regulación encuentra una clara inspiración en la "société par actions simplifiée" regulada en los artículos L.227-1 a L.227-201 y L.244-1 a L.244-42 del Código de Comercio Francés. Al igual que este, la sociedad por acciones simplificada pretende articular un régimen jurídico adaptado a una empresa de reducida dimensión, quedando limitada su aplicación a empresas cuyos ingresos totales no excedan de 5 millones de pesos (al cambio actual, unos 250.000 euros).

Si bien esta limitación hace que la regulación de la S.A.S. pueda parecer de escasa relevancia dada sus limitaciones económicas, lo cierto es que la introducción de este nuevo tipo social ha comportado, a su vez un cambio de mayor calado en la estructura del Derecho societario mexicano: en efecto, por primera vez, se admite la unipersonalidad en materia societaria.

Así, señala el artículo 260 LSGM que "la sociedad por acciones simplificada es aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones". Idea reiterada (por si hubiera algún género de dudas), entre otros, por el artículo 262 LSGM, al indicar que, entre otros requisitos, para proceder a la constitución de una sociedad por acciones simplificada únicamente se requerirá que "haya uno o más accionistas".

Con esto, el Derecho societario mexicano da un paso esperado y de notable magnitud, al admitir por primera vez la unipersonalidad en el ámbito societario, además en un tipo social de nueva adopción destinado, sin duda, a ser el de mayor preferencia por los pequeños y medianos empresarios – quienes son los que suelen conformar el tejido básico de la economía – deseosos de encontrar una figura afín a sus intereses comerciales y que al mismo tiempo les permita proteger su patrimonio personal tal cual ocurre en nuestro medio (sobre el éxito de esta figura en un medio con características jurídicas e históricas similares véase NIETO NIETO, N. C.; ISAZA RAMÍREZ, E.: "Perfil jurídico de las sociedades por acciones simplificadas constituidas en Medellín durante el primer año de vigencia de la Ley 1258 de 2008", *Derecho Constitución y Política Pública*, núm., 163, 2012, pp. 202 y ss.).

5. Por todo lo expuesto creemos que esta ampliación de la nomenclatura tipológica mexicana no puede ser sino bienvenida y celebrada, si bien nos consta que existen todavía pasos importantes que dar en esta dirección: la unipersonalidad debe extenderse a otros tipos sociales en línea con la legislación internacional además de articularse – la unipersonalidad – como mecanismo de organización de negocios no exclusivamente al alcance de socios personas físicas (como exige el citado artículo 260 LSGM), sino también de socios personas jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

BERRERA GRAF: "Historia del Derecho de Sociedades en México", Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano.

EMBID IRUJO, J. M.: *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo,* Comares, Granada 2013.

NIETO NIETO, N. C.; ISAZA RAMÍREZ, E.: "Perfil jurídico de las sociedades por acciones simplificadas constituidas en Medellín durante el primer año de vigencia de la Ley 1258 de 2008", *Derecho Constitución y Política Pública*, núm., 163, 2012.

ÍNDICE

EVOLUÇÕES RECENTES NO DIREITO INGLÊS DAS "INSURANCE WARRANTIES".

RECENT DEVELOPMENTS IN THE ENGLISH LAW OF INSURANCE WARRANTIES

DRA. MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS
Assistente de Teoria Geral do Direito Civil e de Economia Política
Universidade de Coimbra
mi.oliveiramartins@gmail.com

RESUMEN: *O presente escrito trata a evolução da regulação das "insurance warranties" no Direito inglês, perante o pano de fundo da recente substituição do seu regime tradicional, constante do Marine Insurance Act, por um novo regime constante do Insurance Act de 2015. Dá-se conta das críticas ao carácter draconiano e à falta de transparência do anterior regime e expõe-se os principais traços caracterizadores do novo regime, com especial destaque para a introdução de testes de conexão do risco.*

PALABRAS CLAVE: *contrato de seguro; Direito inglês; ónus do segurado.*

ABSTRACT: *This article handles the evolution of the English law of insurance warranties, against the background of the recent replacement of the traditional regulation, as set out on the Marine Insurance Act, for a new set of rules foreseen on Insurance Act of 2015. It gives notice of the criticism aimed at the draconian character and lack of transparency of the former regime and presents the main features of the new regulation, with a special focus on the introduction of risk increase requirements.*

KEY WORDS: *insurance contract; English law; insurance warranties.*

FECHA DE ENTREGA: *02/03/2016*/FECHA DE ACEPTACIÓN: *02/06/2016.*

SUMARIO: 1. Enquadramento da questão nas tendências de evolução dos ordenamentos europeus. - 2. Contexto da aprovação do Insurance Act. - 3. Estrutura das "warranties" e sua regulação tradicional. - 4. As novidades trazidas pelo Insurance Act.

1. A preservação da utilidade da cobertura, mantendo-se esta mesmo quando é a actuação do segurado a interferir no risco ou no sinistro, é um eixo central nas alterações à regulação do contrato de seguro nos países europeus ao longo dos sécs. XX e XXI. O período é longo, mas a tendência é discernível, impondo-se no sentido da garantia de que a cobertura do risco contratado apenas é posta em causa por factos que transcendam o risco que o segurado pode confiar em ter transferido para a esfera do segurador. Reconhece-se, neste processo, que não é sempre o segurado a parte favorecida pela assimetria informativa; no que concirna à valoração dos factos para efeitos de relevo estatístico ou mesmo causal, é o segurador a deter a experiência e o saber especializado. Descortina-se, como tal, também margem para o oportunismo do segurador, em cujas mãos repousa, em grande medida, a efectividade do direito do segurado. Verifica-se, com tudo isto, uma mutação na compreensão do princípio da máxima boa fé, tradicionalmente invocado de modo sistemático contra o segurado.

Actualmente assistimos, pois, a um separar das águas. De um lado, as normas que actuam a reacção contra a fraude, mantendo toda a sua dureza e mesmo o relevo jurídico-penal (cfr., por exemplo, o art. 1:103 dos PEDCS). Para lá destas, a reacção dos ordenamentos jurídicos tem sido sobretudo no sentido de protecção do adquirente de seguros face à preservação da utilidade da cobertura contratada. Visa-se evitar que a imposição de exigências de conduta ligadas ao risco, cujo não cumprimento comprometa o direito à prestação seguradora, venha esvaziar o contrato do seu sentido útil.

Esta linha de evolução começa com as legislações especificamente votadas ao seguro terrestre que, nos inícios do séc. passado, despontaram na esfera germânica; tem específica refracção no princípio da protecção da parte mais frágil em sede seguradora, atinente aos riscos de massa e, mais latamente, no movimento de protecção do consumidor; e estende-se praticamente até ao presente, em que nos cumpre assinalar a recente aprovação do Insurance Act de 2015, que reformou drasticamente o sistema leonino das "insurance warranties". É da mudança de paradigma que este introduz no Direito dos seguros inglês que pretendemos dar conta neste escrito.

2. O Insurance Act recebeu o "royal assent" a 12 de Fevereiro de 2015 e entrará em vigor a 12 de Agosto de 2016 na Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte (cfr., para as limitações quanto a este último país, a Secção 23). Para o que aqui releva, este veio estabelecer limites à severidade do regime das "insurance warranties" – severidade que se entendia não ser alheia à perda de quota do mercado inglês de seguro marítimo inglês para mercados rivais, como o alemão (SOYER, B.: "Beginning of a new era for insurance warranties?", *LMCLQ*, 2013, pp. 384-400, pp. 385-386; HARE, J.: "The omnipotent warranty: England v. the world", in *Marine Insurance at the Turn of the Millennium, II*, coord. por M. HUYBRECHTS, E. VAN HOOYDONK e C. DIERYCK, Intersentia, Antuérpia/Groningen/Oxford, 2000, p. 52).

Já em 1980 a Law Commission se havia debruçado sobre o tema das "warranties", tecendo ao sistema uma crítica similar à que muito recentemente se apontou ("Insurance law: non-disclosure and breach of warranty: report on a reference under section 3(1) (e) of the Law Commissions Act 1965", Relatório N.º 104, Cmnd 8064, de 1980). Tal como nessa gorada tentativa, o impulso para a reforma actual proveio em parte dos trabalhos desenvolvidos em sede europeia com vista à consecução de um regime unificado para o contrato de seguro (MERKIN, R., e LOWRY, J.: "Reconstructing Insurance Law: The Law Commissions' Consultation Paper", *Modern Law Review*, 2008, n.º 1, pp. 95-113, p. 95). Mais decisivo para esta reforma dos preceitos que regem o contrato de seguro foi, porém, o impulso da parte dos próprios "stakeholders". Foi determinante o relatório apresentado pela "British Insurance Law Association", em 2002, e preparado por um sub-comité integrado por seguradores, académicos, advogados, e técnicos de liquidação de sinistros. No tocante em especial ao regime das "warranties", o novo processo conduzido pela "Law Commission" e pela "Scottish Law Commission", no sentido da avaliação do impacto da regulação vigente e elaboração de propostas de refoma, culminou com a apresentação de um relatório final, em 2014: "Insurance contract law: Business disclosure; warranties; insurer's remedies for fraudulent claims; and late payment", de 2014 (adiante, "Relatório de 2014"; sobre o contexto da reforma legislativa, cfr. pp. 4 e ss.). As provisões incluídas no "Insurance Act" a este respeito, de que daremos conta de seguida, incorporaram em grande medida as recomendações conclusivamente formuladas nesse mesmo relatório.

3. As "insurance warranties" são muito latamente entendidas à face dos textos legais como cláusulas que determinam que até determinado momento certa conduta deve ser adoptada ou certa condição deve ser preenchida (cfr. já a Secção 33, 1), do "Marine Insurance Act" e a Secção 10, 6) a) do "Insurance Act"). Tipicamente, trata-se de promessas de adopção de certa conduta de controlo do risco: não é, porém, evidente a sua identificação, já que esta provém de critérios materiais, e não formais, e que o mesmo escopo material pode ser servido por outras figuras.

Com efeito, estas não são as únicas cláusulas a lançar exigências de conduta por sobre o segurado, manifestando-se uma pluralidade de possibilidades de conformação.

O regime que vale para as "warranties" à luz do "Marine Insurance Act" é, de entre estas várias possibilidades, geralmente feito corresponder ao das cláusulas configuradas como "conditions precedent to any liability". Com efeito, mostra-se corrente a afirmação de que o funcionamento como "condition precendent to any liability" descreve a mecânica das "warranties", que surgem por vezes mesmo definidas, para efeitos práticos, como "any term of an insurance contract, which, properly construed, is a condition precedent to the inception or continuation of cover", cujo não acatamento determina a exoneração automática do segurador (Lord Goff no caso *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd. (The Good Luck)*, de 1992; CLARKE, M.: "Warranties: the guaranteed curse of English insurance contract law", *RGDA*, 2012, n.º 3, pp. 581-597, p. 582; LEGH-JONES, N., BIRDS, J., e OWEN, D. G.: *MacGillivray on Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, pp. 235 e 239-240). Tal afirmação deve ser tomada com certa cautela, já que não dá o devido relevo à complexidade inerente ao próprio conceito de "condition". Com efeito, este termo abarca na verdade duas figuras diversas: as "conditions precedent", reportando-se à ordenação temporal das prestações contrapostas, e as "conditions" enquanto termo referido à conformidade da prestação e oposto às "warranties" em sentido geral, bem como aos "intermediate terms". Com as "conditions" do primeiro tipo ("precedent"), as "warranties" seguradoras partilham o facto de funcionarem de modo automático. Contudo, ao contrário do que ocorre no âmbito daquelas, as "warranties" não são condição para que a garantia devida pelo segurador sequer se constitua: pelo contrário, estas interferem com a produção de efeitos de uma garantia que já se encontra em vigor. Acresce que, ao contrário do que ocorre com as "conditions precedent", a sua violação não se limita a ter um efeito suspensivo sobre os direitos da contraparte (permitindo à parte fiel apenas recusar a prestação enquanto subsistir o incumprimento), já que exoneram o segurador para futuro. Já com as "conditions" atinentes à conformidade da prestação, as "warranties" partilham o facto de fundarem um direito a recusar definitivamente a prestação; e apartam-se das mesmas por força do seu funcionamento automático (TREITEL, G.: *The law of contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, pp. 788-789 e 846-847; PEEL, E.: *The law of contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 2011, n.ºs 18-039 e ss).

Como dissemos, deveres de conduta deste tipo podem ainda ser conformados como "conditions precedent to recovery", caso em que é claro que o não cumprimento apenas preclude uma concreta pretensão – e, em todo o caso, a defesa não é invocável no caso de ter já havido reparação do incumprimento. Por último, tais exigências podem ser qualificadas como "innominate terms", sendo próximos das "warranties" em sentido geral (diverso do das "insurance warranties") – dão então ao segurador o direito a fazer cessar o contrato, mas só quando se concluir que a violação é repudiatória, no sentido de atentar contra as bases do contrato; quando a violação não tiver esse carácter, ou o segurador não exercer o seu direito a fazer

cessar o contrato, terá de todo o modo direito a reparação (LEGH-JONES, N., BIRDS, J., e OWEN, D. G.: *MacGillivray on*..., cit., pp. 240-241).

Tal coloca, claro está, problemas desde logo na identificação de uma cláusula como "warranty". Assim, no caso *HIH Casualty & General Insurance Ltd vs New Hampshire Insurance Co. e outros*, foram recenseados três critérios de identificação de uma "warranty": o facto de a cláusula ser basilar na transacção, ser descritiva ou relevante para a materialidade do risco de perda, ou de a concessão de uma indemnização não ser um remédio adequado a afrontar a sua violação (como tal, a cláusula que previa que o segurado, num seguro de perdas pecuniárias ligadas à sua actividade de produtor de cinema*,* deveria realizar seis filmes num determinado arco temporal configurava uma "warranty", já que, tanto aquele número era decisivo para a receita da produtora, como não era possível determinar em quanto a não realização de um dos filmes a afectaria).

Ora, tais dúvidas qualificatórias são tanto mais relevantes quanto, sendo as "warranties" o invólucro mais protectivo para o segurador, é esta a qualificação a que este procura acolher-se. Em caso de incumprimento, fica automaticamente exonerado para futuro: o contrato não cessa necessariamente, mas não brotam dele novos deveres de prestar do segurador, apenas se mantendo o direito aos prémios (CHALMERS, M. D., e OWEN, D.: *The Marine Insurance Act, 1906*, William Clowes and Sons, Londres, 1907, p. 49; jurisprudência *The Good Luck*; BIRDS, J.: *Birds' modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2010, pp. 164 e ss.).

O "Marine Insurance Act" de 1906 ainda fornece o quadro geral de enquadramento das "warranties", mesmo em sede de seguro terrestre, já que, ele próprio integrando os princípios que se haviam anteriormente estabelecido na common law a este respeito – e onde foi decisiva a intervenção de Lord Mansfield, de modo claro sobretudo a partir do caso *De Hahn vs. Hartley*, de 1786 –, entendeu-se que continua a conter os quadros da common law aplicável à generalidade dos contratos de seguro (VANCE, W. R.: "History of the development of the warranty in Insurance Law", *Yale Law Journal*, 1911, n.º 7, pp. 523-534, pp. 526 e ss.; HARE, J.: "The omnipotent", cit., p. 44). Ora, o seguro marítimo corporiza um modelo em que o segurado é geralmente um agente económico de grandes dimensões, com grande saber técnico relativamente ao risco; mais ainda, o diploma encarna as valorações de uma época em que se via o segurador como o único sujeito desfavorecido pela assimetria informativa.

É bem ilustrativo desta compreensão o leading case a este respeito, *De Hahn vs. Hartley*, de 1786. Da apólice constava que o navio deveria sair do porto com pelo menos 50 membros na tripulação; o navio saiu com apenas 46, mas, umas horas depois de a viagem ter começado, sem que o navio chegasse a correr perigo relevante, engajou mais 6. Já na Costa de África, o navio viria a ser capturado e perdido. Face ao sinistro, o segurador invocou a violação da garantia, tendo-lhe o tribunal dado razão, considerando que as "warranties" deveriam ser cumpridas pontualmente, não sendo relevante se a sua violação era ou não relevante para o

sinistro. Tal jurisprudência foi incorporada nas Secções 33, 3), e 34, 2), do "Marine Insurance Act".

Herdeiro destas compreensões, o regime vigente consagra condições verdadeiramente draconianas de aplicação das "insurance warranties". Permite-se ao segurador recusar a prestação, mesmo quando o incumprimento da "warranty" tenha sido entretanto reparado – por exemplo, o sistema de alarme não foi instalado logo aquando do contrato, mas foi-o depois – ou, na que já foi dita "one of the less attractive features of English insurance law" (Lord Griffiths em *Forsikringsaktieselskapet Vesta & Ors*, 1989) quando tal incumprimento não tenha qualquer relação causal com o sinistro. Por exemplo, quando, num seguro de recheio da casa, face ao sistema de alarme não instalado, aquela sofre danos decorrentes de cheias; ou quando, como no caso *Forsikringsaktieselskapet Vesta & Ors*, face à cobertura de danos causados por tempestade, a cláusula incumprida diga respeito ao dever de manter uma vigilância de 24 horas por dia das instalações (MERKIN, R., e LOWRY, J.: "Reconstructing Insurance", cit., pp. 110-112; LEGH-JONES, N., BIRDS, J., e OWEN, D. G.: *MacGillivray on*..., cit., pp. 252 e ss.; cfr. ainda o Relatório de 2014, pp. 9 e 159-160). A falta de um requisito de relevância ("materiality") da warranty para o risco ou para a perda foi, aliás, já a crítica centralmente tecida pela Law Commission, no Relatório de 1980 (HARE, J.: "The omnipotent" cit., p. 53).

As causas legítimas de não cumprimento são, por sua vez, muito estreitas, abarcando apenas as hipóteses em que, por alteração de circunstâncias, a conduta deixa de ser aplicável às circunstâncias do contrato ou se torna ilegal, ou aquelas em que o segurador renuncia ao seu direito a invocar a violação. Acresce que o entendimento dominante considera que estas cláusulas estão fora do escrutínio proporcionado pelas "Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations", de 1999, quer por se considerar que integram a definição do objecto negocial – preenchendo então a hipótese do Reg. 6(2)(a) desse diploma –, quer por concernirem à adequação do preço face ao serviço prestado – preenchendo então a hipótese do Reg. 6(2)(b) desse diploma (RÜHL, G.: "Common Law, Civil Law, and the Single European Market for insurances", *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, pp. 879-910, p. 902; CLARKE, M. A., BURLING, J. M., PURVES, R. L.: *The law of insurance contracts*, Informa, Londres, 2009, 19-5A3, pp. 626-627).

Ora, esta tutela estrita dos termos pactuados colide com a compreensão hodierna de que um dos propósitos centrais do contrato de seguro é exactamente compensar os segurados face às consequências da falta de cuidado, "demasiado normal entre simples mortais" (CLARKE, M.: "Insurance warranties: the absolute end?", *LMCLQ*, 2007, pp. 474-493, p. 478; Relatório de 2014, p. 169).

Conquanto a jurisprudência tente suavizar estes rigores, acaba por fazê-lo de um modo errático. Tal ocorre desde logo através da mobilização da doutrina da interpretação *contra proferentem* em caso de dúvida sobre a natureza da cláusula, evitando-se então a qualificação como "warranty". Por outro lado, os tribunais

sempre invocam em casos limite parâmetros de relevância, considerando que a violação fica sem efeito se os factos previstos pela "warranty" forem triviais e não fundamentais para o risco – ao ponto de certa doutrina comparatista considerar que a jurisprudência não chega a resultados muito díspares dos que resultam do controlo da abusividade do clausulado e da aplicação do parâmetro da culpa no Direito alemão (RÜHL, G.: "Common Law", cit., pp. 903 e ss.; cfr. ainda LEGH-JONES, N., BIRDS, J., e OWEN, D. G.: *MacGillivray on*, cit., p. 255). Porém, a jurisprudência fá-lo com oscilações, que são bem ilustradas pela convocação de dois casos relativamente recentes. Assim, no caso *Kler Knitwear Ltd v Lombard General Insurance Co Ltd.*, de 2000 – em que a inspecção do sistema de *sprinklers* a que o segurado deveria proceder a cada trinta dias foi feita apenas ao sexagésimo, verificando-se que estava tudo conforme, mas vindo posteriormente a fábrica em causa a sofrer *danos por tempestade* –, em que estava em causa uma cláusula claramente recortada como *warranty*, o tribunal qualificou-a como condição suspensiva da cobertura. No caso *Sugar Hut Group Ltd v Great Lakes Reinsurance (UK) plc,* de 2010, estava em causa, entre outras matérias, o incumprimento de uma disposição contratual que impunha a instalação de um determinado sistema de alarme anti-roubo; antes que o segurado tivesse instalado o sistema correcto, ocorreram danos por incêndio nas instalações. Neste caso, o tribunal considerou que a cláusula configurava uma verdadeira warranty, cujo incumprimento teria efeitos automáticos; apenas face a uma extensão do prazo para cumprimento da warranty posteriormente pactuada entre as partes, o tribunal veio a considerar um efeito suspensivo, atinente somente a esta ulterior extensão do prazo. Face a esta, uma vez que o sistema de alarme anti-roubo não se encontrava correctamente instalado no momento do fogo, a cobertura deveria ter-se por suspensa nesse momento.

Os riscos que para o segurado decorrem da severidade destes quadros de funcionamento são, pois, cumulados com os da falta de transparência, que decorre já da falta de linhas claras na identificação do que seja uma "warranty". Assim, Clarke fala aqui de um "maze [...] that even the most patriotic English lawyer does not enter with pleasure or pride" (CLARKE, M.: "Warranties: the guaranteed", cit., p. 597). E não surpreende que os segurados venham crescentemente substituindo o recurso aos tribunais, forçados a aplicar a common law, pelo recurso ao "Financial Ombudsman Service", que pode decidir as queixas com base na equidade ("what is... fair and reasonable in all the circumstances of the case", nos termos da Secção 228 do *Financial Services and Markets Act*, de 2000). A falta de transparência é especialmente sensível no tocante às "basis of the contract clauses" (cfr. o Relatório de 2014, pp. 10, 158, 175-177). Mediante a formulação de que o conteúdo de certa cláusula passa a integrar a base do contrato, esta passa a estar sujeita ao regime das "warranties", independentemente do seu conteúdo. Assim, qualquer afastamento dos factos em relação à descrição constante da apólice, mesmo que nada tenha que ver com o grau de risco, constitui violação da garantia e fundamento para a recusa de prestação pelo segurador. O leading case é aqui o *Dawsons Ltd v Bonnin* (1922), em que estava em causa a mera declaração por erro de um local que era o da sede do segurado, e não aquele onde a viatura sobre a qual incidia o risco estava geralmente estacionada, vindo o segurado argumentar que tal não vinha aumentar o risco, mas

mesmo possivelmente diminuí-lo (já que o local de estacionamento era nos arrabaldes de Glasgow, e não no seu centro, como declarado). Não obstante, o tribunal considerou que a cláusula, integrando a base do contrato, continha uma "warranty", sendo todo o incumprimento exoneratório do segurador.

4. A regra que ficou a constar do "Insurance Act" proíbe simplesmente as "basis of the contract clauses", valendo tal quer se trate de seguros celebrados com consumidores, quer com não consumidores (veja-se a Secção 9, 2) do "Insurance Act", atinente às "warranties and representations"). No tocante ao regime das "warranties", passa a prever-se que, quando a violação da exigência de conduta tiver sido reparada antes de surgir um direito à prestação, o segurador permanece obrigado a prestar (Secção 10, 5). A suspensão da cobertura enquanto dura o incumprimento substitui, pois, o automatismo da cessação da mesma que valia anteriormente (Relatório de 2014, p. 171). A exoneração só vale desde que o dano ou o seu facto causador ocorra no intervalo de tempo no qual o segurado está em incumprimento face à "warranty" (Secção, 10, 2) e 4). Assim, por exemplo, se o navio afunda numa zona de guerra, quando uma warranty determina que aí não há cobertura, é o dano a ocorrer nesse intervalo; se o navio apenas sofre aí o dano nos motores que o irá levar ao afundamento uma vez saído de tal zona, é a causa do dano a ocorrer nele. Em ambos os casos, há perda do direito à cobertura (Relatório de 2014, pp. 181-182).

Uma última limitação concerniu à adopção do requisito da relevância, patente na Secção, 11, 3), permitindo-se agora ao segurado demonstrar que o não cumprimento não poderia ter elevado o risco da perda que efectivamente ocorreu e nas circunstâncias em que ocorreu. Note-se que esta vale qualquer que seja a qualificação da cláusula, desde que tenha por escopo a redução do risco de perda de determinada natureza, em determinado tempo ou local – assim, não vale, por exemplo, para uma cláusula de delimitação espacial ou temporal da cobertura, ou para a "warranty" que respeite ao pagamento do prémio até determinada data (SOYER, B.: "Beginning of", cit., p. 391).

Trata-se de uma disposição influenciada pelo art. 31. 06 da Lei nova iorquina sobre seguros, de cuja al. b) consta que "[a] breach of warranty shall not avoid an insurance contract or defeat recovery thereunder unless such breach materially increases the risk of loss, damage or injury within the coverage of the contract. If the insurance contract specified two or more distinct kinds of loss, damage or injury which are within its coverage, a breach of warranty shall not avoid such contract or defeat recovery thereunder with respect to any kind or kinds of loss, damage or injury other than the kind or kinds to which such warranty relates and the risk of which is materially increased by the breach of such warranty". O segurador permanece, pois, vinculado quando a exigência de conduta em causa não tenha por escopo a prevenção do tipo de perda emergente do sinistro. Note-se que não se trata aqui de um teste de causalidade, mas apenas de conexão do risco: trata-

se apenas de saber se o cumprimento poderia ter diminuído as hipóteses de concretização daquele tipo de risco, sendo irrelevante saber se efectivamente o causou (Relatório de 2014, pp. 194-198). É enfático o exemplo dado a propósito de um seguro contra danos provocados por actos ilícitos dos empregados (fidelity policy): se não foram dadas referências quanto ao trabalhador A e se o trabalhador B se apropria de bens da empresa, tem-se a cláusula por incumprida, já que foi o tipo de risco em causa que se concretizou (SOYER, B.: "Beginning of", cit., pp. 393-394). Tratando-se de um teste de pendor abstracto, o seu estabelecimento presta-se menos à dúvida do que ocorre face a um genuíno teste de causalidade – cumprindo-se por esta via finalidades de política legislativa atinentes ao controlo da litigiosidade.

O novo regime não é, porém, isento de normas de difícil concretização, que poderão fundar a contestação de decisões de não cobertura – é, desde logo, o caso da demarcação entre as cláusulas de pura delimitação do risco coberto, que aqui não seriam objecto do teste de relevância, e as cláusulas que impõem acções de controlo do risco (vg., uma cláusula que determine que o veículo em causa seja mantido em boas condições de funcionamento). Testemunha tal dificuldade, aliás, a presença de debate semelhante em várias outras ordens jurídicas, com especial destaque para a alemã, onde a demarcação entre as cláusulas que acolhem exigências de conduta e as que recortam negativamente o risco coberto é tida como um dos campos problemáticos mais difíceis do Direito do contrato de seguro, e ainda não satisfatoriamente resolvido (WANDT, M. "VVG § 28 Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit", *Münchener Kommentar VVG, I*, coord. por T. LANGHEID e M. WANDT, C. H. Beck, Munique, 2010, nm. 46 e 63). Perante o protagonismo dado na ordem jurídica inglesa a uma interpretação textual do contrato nesta matéria, tal fonte de litígios poderá ser limitada por um redobrado cuidado na redacção das cláusulas, condicionando-se expressamente a vigência da cobertura a tal estado ou tais características. Por outro lado, a redacção em termos amplos de cláusulas ligadas ao controlo do risco, que na verdade as associe ao controlo de diferentes tipos de riscos, poderá reabrir o debate da causalidade.

O regime em causa é semi-imperativo no que tange os contratos com consumidores (Secção 15, 1) e, no tocante apenas à Secção 9 (abrangendo, como vimos, a referência às "basis of the contract clauses"), é-o também em relação a seguros com não consumidores (Secção 16, 1).

Desta perspectiva em voo de pássaro resulta uma assinalável diferença face a um sistema como o germânico ou o acolhido pelos PEDCS: a da irrelevância da culpa para retirar efeitos da violação destas cláusulas relativas ao risco (HELLWEGE, P.: "Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht aus historisch-vergleichender Perspektive", *RabelsZ*, 76, 2012, pp. 864-892, pp. 871-872).

BIBLIOGRAFÍA

BIRDS, J.: *Birds' modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2010.

CHALMERS, M. D., e OWEN, D.: *The Marine Insurance Act, 1906*, William Clowes and Sons, Londres, 1907.

CLARKE, M.:

- "Insurance warranties: the absolute end?", *LMCLQ*, 2007.

- "Warranties: the guaranteed curse of English insurance contract law", *RGDA*, n.º 3, 2012.

CLARKE, M. A., BURLING, J. M., PURVES, R. L.: *The law of insurance contracts*, Informa, Londres, 19-5A3, 2009.

HARE, J.: "The omnipotent warranty: England v. the world", in *Marine Insurance at the Turn of the Millennium, II* (coord. por M. HUYBRECHTS, E. VAN HOOYDONK e C. DIERYCK), Intersentia, Antuérpia/Groningen/Oxford, 2000.

HELLWEGE, P.: "Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht aus historisch-vergleichender Perspektive", *RabelsZ*, 76, 2012.

LEGH-JONES, N., BIRDS, J., e OWEN, D. G.: *MacGillivray on Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

MERKIN, R., e LOWRY, J.: "Reconstructing Insurance Law: The Law Commissions' Consultation Paper", *Modern Law Review*, n.º 1, 2008.

PEEL, E.: *The law of contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 2011.

RÜHL, G.: "Common Law, Civil Law, and the Single European Market for insurances", *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006.

SOYER, B.: "Beginning of a new era for insurance warranties?", *LMCLQ*, 2013.

TREITEL, G.: *The law of contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 2003.

VANCE, W. R.: "History of the development of the warranty in Insurance Law", *Yale Law Journal*, n.º 7, 1911.

WANDT, M. "VVG § 28 Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit", *Münchener Kommentar VVG, I* (coord. por T. LANGHEID e M. WANDT), C. H. Beck, Munique, 2010.

ÍNDICE

ASPECTOS BÁSICOS DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE

BASIC ISSUES ABOUT DIRECTIVE 2014/17/EU

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valencia
maria.j.reyes@uv.es

RESUMEN: Este artículo describe los rasgos básicos de la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en las cuestiones que tienen especial incidencia en la protección del consumidor.

PALABRAS CLAVE: contrato de crédito; inmuebles residenciales; consumidor; información; solvencia.

ABSTRACT: This article describes the basic features of Directive 2014/17/EU, of 4 February 2014, on credit agreements concluded with consumers for residential property, in the issues that have particular impact on consumer protection.

KEY WORDS: credit agreement; residential property; consumer; information; solvency.

FECHA DE ENTREGA: 06/02/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: 1. Nota introductoria.- 2. Finalidad de la norma.- 3. Ámbito de aplicación subjetivo.- 4. Ámbito de aplicación objetivo.- 5. Aspectos relevantes en la fase precontractual.- 5.1. El derecho de información.- 5.2. Información básica.- 5.3. Información personalizada.- 5.4. Explicaciones adecuadas.- 5.5. Información sobre riesgos asociados.- 5.6. Información por parte de los intermediarios.- 5.7. Información sobre utilización de bases de datos.- 5.8. Ejemplos representativos.- 6. Evaluación de la solvencia.- 7. Aspectos relevantes en la fase de ejecución de los contratos de crédito y derechos conexos.- 7.1. Reembolso anticipado del crédito.- 7.2. Demoras y ejecución hipotecaria.- 7.3. Contratos sometidos a garantías específicas.- 7.4. Información sobre cambios del tipo deudor.- 7.5. Derecho de desistimiento.- 7.6 Ventas vinculadas.- 7.7. Tasación.- 8. Régimen de sanciones.- 9. Resolución extrajudicial de litigios.- 10. Transposición.- 11. Conclusiones.

1. El 20 de marzo del año en curso entró en vigor la Directiva 2014/17/UE, que persigue dar un tratamiento unitario a la regulación del crédito, siguiendo los pasos de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. Pero si bien esta última ya contaba con una regulación anterior en la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, esta materia es objeto por vez primera de reglamentación y además, en una época, en la que uno de los problemas que se han puesto de manifiesto como consecuencia de la crisis económica sufrida en estos últimos años ha sido la multitud de créditos que se han concedido de forma irresponsable, caracterizados, no sólo por falta de rigor en la valoración de la solvencia del deudor sino instada, en más de una ocasión, por una concesión basada en una deficitaria información, unida al sinfín de condiciones que actualmente los tribunales vienen calificando de abusivas.

Dichas circunstancias han promovido que, con carácter previo a la publicación de esta directiva, en nuestro ordenamiento jurídico interno se empezasen a gestar medidas específicas, con la finalidad de subsanar situaciones que requerían un pronto remedio, lo que motiva que, a la hora de transponer esta directiva resulte que muchas de sus disposiciones, o bien ya no resulten novedosas o sean menos protectoras que las ya existentes.

Con todo, esta Directiva nació con el propósito de subsanar las deficiencias existentes en los créditos que se conceden para la adquisición de inmuebles de uso residencial, y en todos los derechos nacionales se apliquen los mismos principios ante idénticas situaciones. A tal fin además se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento 1093/2010 y es aplicable a tres tipos de contratos de crédito: los garantizados por bienes inmuebles, los destinados a adquirir o renovar bienes inmuebles residenciales y los dirigidos a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios.

2. En efecto, el objetivo principal de esta nueva Directiva es avanzar en la consecución de un mercado único de créditos hipotecarios para aumentar la protección de los consumidores que concluyan contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, estableciendo un marco normativo específico en materia prudencial y de supervisión para los sujetos intervinientes en la cadena crediticia, promoviendo al mismo tiempo la concesión responsable del crédito por parte de las entidades financieras, al objeto de que disminuyan los embargos y ejecuciones hipotecarias y de facilitar la libre prestación de servicios en el mercado hipotecario.

Su regulación se estructura sobre dicho eje, pudiendo establecer dos grandes bloques: las normas de conducta y requisitos generales de actuación que los Estados deben imponer a quienes ejercen la actividad de concesión de préstamos hipotecarios o prestan servicio de asesoramiento para su contratación y las medidas más específicas relacionadas con la celebración de dicho contrato, junto a otras, como las destinadas a la promoción de medidas para facilitar la información financiera de los consumidores o las referidas a los préstamos en moneda extranjera y a tipos de interés variable. En todo caso, la mayoría de las normas están pensadas para garantizar una conducta más concienciada de las entidades y de los intermediarios de crédito cuando concluyan con un usuario un contrato de crédito, que debe beneficiar al consumidor, pero, sobre todo, debe garantizar una mayor estabilidad financiera. Como sucede con la mayor parte de las directivas, su regulación no se ocupa de todos los aspectos referentes a los créditos hipotecarios, reforzando esencialmente, como en las últimas directivas de protección a los consumidores, el derecho a la información, concretado, en este caso, en los deberes de información comercial y precontractual y de los demás operadores del mercado hipotecario.

3. La presente directiva resultará de aplicación a los consumidores y a los prestamistas. Ambos quedan definidos en su art. 4, remitiéndose al respecto el criterio seguido en la directiva de crédito al consumo para definir al consumidor. Con relación a éste último, curiosamente se prescinde de la mención usuario, que, en este caso, sería más correcta que la acepción de consumidor, puesto que la actividad que se realiza queda dentro de la actividad de prestación de servicios. En concreto, a los efectos de aplicación de esta directiva, entiende que es consumidor, aquél que queda definido en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE y prestamista, la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito incluido en el ámbito de aplicación definido en el artículo 3 en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

En consecuencia, siguiendo el camino trazado en las anteriores directivas se contempla solamente un ámbito específico de protección para las personas físicas, que cumplimenten los presupuestos exigidos en la ley de crédito al consumo. A este respecto, se observa que, si bien se sigue un criterio amplio que pretenda incluir un

amplio espectro de personas físicas, quedan excluidas de esta actividad, aquellas cuya actividad esté encauzada únicamente al mundo empresarial o profesional, si bien abarca situaciones en las que éste actúe en su doble condición de particular y de profesional.

Como se señala en el considerando número 12 de la directiva, aunque la definición de «consumidor» debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona, dicha persona debe ser considerada un consumidor siempre que las actividades comerciales, empresariales o profesionales sean tan limitadas que no predominen en el contexto general del contrato.

Dicha valoración no obstante no siempre es la acertada puesto que los tribunales hasta la fecha parecen decantarse por un concepto amplio de la noción de consumidor.

De otra parte, según señala el mismo precepto en su apartado siguiente, por prestamista se entiende: a la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder uno de los créditos incluidos en el ámbito de aplicación definidos por la directiva en el ejercicio de su actividad comercial o profesional. A este respecto, por contrato de crédito se entiende: aquel que mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3, en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar.

En ambas definiciones queda equiparada la actividad profesional a la comercial, que ha sustituido a la empresarial, poniendo el punto de inflexión en la realización de actividades que persigan una finalidad lucrativa y de carácter organizado, que hace que ambas partes se encuentren en una posición de desigualdad.

4. Como el objetivo de la Directiva 2014/17/UE es garantizar que todos los consumidores que realicen un contrato de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, su ámbito de aplicación se concreta en todos los contratos de crédito que estén relacionados de forma exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial, incluyéndose, de forma expresa, en su ámbito material de aplicación: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca, o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro, sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

Estas dos categorías según especifica su considerando 15, incluyen con independencia de la finalidad del crédito: los contratos de crédito garantizados mediante bienes inmuebles; los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de un bien inmueble a conservar sus derechos sobre bienes inmuebles o fincas, con independencia de que lo sea en su totalidad o solo de una parte; los créditos para la adquisición de bienes inmuebles, incluidos los que no requieren el reembolso del capital o, si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial.

Por el contrario, determinados contratos de crédito quedan excluidos por sobrepasar la finalidad prevista en la directiva, por ser el prestamista quien debe pagar al consumidor, o al contrario, por no comportar la concesión de un crédito, entre los que se encuentran los contratos de crédito de pensión hipotecaria en que el prestamista:

a) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y,

b) no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan uno o varios acontecimientos determinados en la vida del consumidor, según definan los Estados miembros, salvo incumplimiento del consumidor de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de crédito.

Quedan igualmente excluidos otros segmentos del mercado de crédito expresamente determinados, que difieren por su naturaleza y riesgos de los créditos hipotecarios estándar y que requieren un planteamiento adaptado. En concreto:

a) los contratos de crédito concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuyas TAE sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general, como ya prevé la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008.

b) los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del crédito;

c) los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes;

d) los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o ante cualquier otra autoridad pública;

e) los contratos de crédito relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, y que no entren en el ámbito de aplicación del apartado a).

Y, finalmente, los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 euros, que quedan sujetos al ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE, y a las correspondientes normas naciones de implementación, con el fin de evitar lagunas normativas entre ambas regulaciones.

Sin embargo, como especifica el considerando 17 *in fine*, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles que no van a ser ocupados como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, sino que van a ser ocupados como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de contratos de alquiler presentan características y riesgos diferentes de los de los contratos de crédito estándar y precisan de un marco más adaptado, por lo que, los Estados miembros deberían poder excluir de la Directiva dichos contratos de crédito en caso de que se haya establecido un marco nacional adecuado para ellos. En el mismo sentido, los Estados miembros podrán decidir no aplicar los artículos 11 y 14 y del anexo II, -referidos al derecho de reflexión y a la información adicional respectivamente-, a los contratos de crédito celebrados con consumidores garantizados por una hipoteca u otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, que no tengan por finalidad adquirir o conservar un derecho sobre el bien inmueble de uso residencial, siempre y cuando apliquen a ese tipo de contratos de crédito lo dispuesto en los artículos 4 y 5 y en los anexos II y III de la Directiva 2008/48/CE; o no aplicar esta Directiva a:

a) los contratos de crédito para la adquisición de un bien inmueble que estipulen que el bien no puede ser ocupado en ningún momento como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, y que va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de un contrato de alquiler;

b) los contratos de crédito relativos a créditos concedidos a un público restringido, en virtud de una disposición legal con un objetivo de interés general, libres de intereses o a un tipo de interés inferior al habitualmente propuesto en el mercado o en condiciones que sean más favorables para el consumidor que las habituales en el mercado y a un tipo de interés no superior al habitualmente propuesto en el mercado;

c) los préstamos puente, definidos en el art. 4, ap. 23, como un contrato de crédito sin duración fija o reembolsable en un plazo de 12 meses, utilizado por el consumidor como solución de financiación temporal durante el período de transición a otra modalidad de financiación para el bien inmueble.

d) los contratos de crédito en los que el prestamista sea una organización incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2008/48/CE.

5. En la fase precontractual, una buena parte de estas medidas se concretan en la imposición de deberes de actuación para los prestamistas e intermediarios de crédito, definidos estos últimos en el apartado 5, del art. 4 de la directiva, como persona física o jurídica que no actúa como prestamista ni notario, ni tampoco se limita a poner en contacto, directa o indirectamente, a un consumidor con un prestamista o intermediario de crédito, y que, en el transcurso del ejercicio de su actividad comercial o profesional y a cambio de una remuneración que puede ser pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado:

a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores;

b) asiste a los consumidores realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de contratos de crédito distintos de los indicados en la letra a), o

c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista; así como, en específicos deberes de conducta a los consumidores y en la imposición de deberes legales de información con el fin de garantizar una correcta formación del consentimiento.

Las restantes medidas están dirigidas a regular las normas relativas a la publicidad y a la comercialización de la oferta contractual; así como a la imposición de deberes de información precontractuales, que se complementan con otros, como el examen y comprobación de la situación del consumidor junto a la previsión de otras medidas para evitar o corregir decisiones irreflexivas del consumidor sobre la contratación de un préstamo hipotecario.

5.1. Sin perjuicio de lo establecido anteriormente en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, uno de los aspectos en los que más ha incidido esta Directiva ha sido en regular la información, siguiendo, según aclara su considerando 20, el mismo criterio que el adoptado por la Directiva 2008/48/CE, con el fin de que sea clara, suficiente y gratuita.

Como novedad incorpora el presupuesto de que la información que figure en la publicidad relativa a los contratos de crédito para bienes inmuebles debe facilitarse al consumidor mediante un ejemplo representativo, junto a una información precontractual pormenorizada por medio de una ficha de información normalizada,

junto a lo que denomina la directiva las explicaciones adecuadas antes de celebrar el contrato de crédito, así como establezca una base común para calcular la tasa anual equivalente (TAE) excluidos los gastos notariales, y que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor antes de conceder un crédito. En el mismo sentido, se reconoce la importancia de considerar las particularidades de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial que requieren un enfoque diferenciado, entendiendo que, dada la naturaleza de dichos contratos y sus posibles consecuencias para el consumidor, el material publicitario y la información precontractual personalizada deben incluir necesariamente las oportunas advertencias específicas de riesgo, por ejemplo, sobre las posibles repercusiones de las fluctuaciones del tipo de cambio en el importe que tiene que reembolsar el consumidor y, si los Estados miembros lo estiman procedente, la naturaleza de las garantías y las implicaciones de constituir una garantía, a semejanza del planteamiento que ha venido aplicando el sector con carácter voluntario en relación con los préstamos hipotecarios, además del presupuesto de que, junto a la información precontractual personalizada, se facilite en todos los casos, información precontractual general.

A tal fin, la Directiva 2014/17/UE articula este deber de información sobre cuatro ejes: la información básica contenida en la publicidad, que recoge en su art. 11; la información general más detallada sobre un producto de crédito concreto que ha de estar a disposición de cualquier cliente potencial en formato papel o en cualquier otro soporte duradero (art. 13); la información personalizada, llamada también precontractual (art. 14), que se proporciona mediante una ficha de formato estandarizado, denominada: Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), y finalmente la información que deben facilitar los intermediarios de crédito y los representantes designados, a la que denomina explicaciones adecuadas (arts. 15 y 16). Antes de proceder, no obstante, a concretar los presupuestos que se tienen que observar en cada fase, se establece el mandato general de que deberán prohibirse todas las disposiciones generales aplicables en materia de publicidad y comercialización que puedan generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito.

5.2. Respecto a la información básica que debe figurar en la publicidad, la norma europea añade la exigencia de que toda publicidad relativa a los contratos de crédito que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor incluya la información, salvo que el derecho nacional requiera que la indicación de la TAE en la publicidad de contratos de crédito no indique un tipo de interés o cualesquiera cifras que guarden relación con cualquier coste del crédito para el consumidor. En concreto, la información básica especificará de forma clara, concisa y destacada:

a) la identidad del prestamista o, en su caso, del intermediario de crédito o representante designado, entendiendo por tal: la persona física o jurídica que realiza

las actividades previstas para los intermediarios del crédito, por cuenta de un solo intermediario de crédito y bajo la responsabilidad plena e incondicional de este (art.4.8);

b) cuando proceda, que el contrato de crédito estará garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial comúnmente utilizada en un Estado miembro, o por un derecho relativo a un bien inmueble;

c) el tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito para el consumidor;

d) el importe total del crédito;

e) la TAE; que se incluirá en la publicidad de forma igualmente destacada, al menos, que cualquier tipo de interés;

f) cuando proceda, la duración del contrato de crédito;

g) cuando proceda, el importe de los pagos a plazos,

h) cuando proceda, el importe total adeudado por el consumidor;

i) cuando proceda, el número de pagos a plazos;

j) cuando proceda, una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el consumidor.

Esta información se realizará mediante un ejemplo representativo al que deberá conformarse, a excepción de las enumeradas en los apartados a), b) o j).

Si la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio, entendiendo por tal, todo servicio ofrecido al consumidor junto con el contrato de crédito (art. 4.4), en particular, un seguro, fuera obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, dicha obligación deberá mencionarse también de forma clara, concisa y destacada, junto con la TAE.

Siguiendo el criterio empleado en directivas anteriores, se insiste en que la información reseñada debe resultar fácilmente legible o en su caso, claramente audible, en función del medio utilizado para la publicidad. Junto a estos presupuestos cuya observancia es preceptiva, la directiva advierte de la posibilidad e incluso de la conveniencia de que los Estados miembros incluyan en sus normas de adaptación a esta directiva una advertencia concisa y proporcionada sobre los riesgos específicos ligados a los contratos de crédito.

La información general que las entidades de crédito deben prestar a los consumidores queda referida en el artículo 13.1 de la Directiva. En concreto, se impone a los prestamistas o, en su caso, a los intermediarios de crédito vinculados o a sus representantes designados la obligación de facilitar en todo momento, en soporte de papel o en cualquier otro soporte duradero o formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito. Además de ello es preciso que el consumidor reciba información sobre el crédito, con independencia de que trate directamente con un prestamista o un intermediario de crédito (considerando 39), con el fin de crear condiciones de competencia equitativas y de permitir al consumidor basar su decisión en las características de los productos de crédito disponibles en el canal de distribución a través del cual se accede a los mismos.

Con carácter obligatorio, esta información general deberá especificar, como mínimo:

a) la identidad y dirección geográfica de quien emite la información;

b) los fines para los que puede emplearse el crédito;

c) las formas de garantía, cuando proceda, incluyendo la posibilidad de que esté situada en otro Estado miembro;

d) la duración posible de los contratos de crédito;

e) las formas de tipo deudor disponible, indicando si este es fijo o variable o una combinación de ambos, con una breve descripción de las características de los tipos fijos y variables, incluyendo sus implicaciones para el consumidor;

f) cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera, una indicación de la misma, explicando las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación de un crédito en moneda extranjera;

g) un ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total del crédito para el consumidor, del importe total adeudado por el consumidor y de la TAE;

h) una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito, para el consumidor que deban pagarse en relación con un contrato de crédito;

i) la gama de las diversas opciones existentes para reembolsar el crédito al prestamista (incluyendo el número, la periodicidad y el importe de las cuotas de reembolso);

j) cuando proceda, una declaración clara y concisa de que el cumplimiento de los términos y condiciones de los contratos de crédito no garantiza el reembolso del importe total del crédito en virtud del contrato de crédito;

k) una descripción de las condiciones relacionadas directamente con el reembolso anticipado;

l) una indicación de si es necesario evaluar el bien inmueble y, si procede, de quién es responsable de garantizar que se lleve a cabo la evaluación, y de si se originan costes conexos para el consumidor;

m) una indicación de los servicios accesorios que el consumidor esté obligado a contratar para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas y, si ha lugar, la aclaración de que los servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor distinto del prestamista, y

n) una advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito.

Con carácter opcional la directiva contempla también la posibilidad de que los Estados miembros puedan obligar a los prestamistas a incluir otros tipos de advertencia siempre que resulten pertinentes en su orden interno.

5.3. Además, la directiva también considera preciso que el consumidor reciba información personalizada con antelación suficiente a la celebración del contrato de crédito, al objeto de que pueda comparar y sopesar las características de los distintos productos de crédito, en un lenguaje sencillo y comprensible, siguiendo el criterio ya establecido en la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda, en la que se comprometió a supervisar el cumplimiento del código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda que contiene la FEIN, destinada a proporcionar al consumidor información personalizada sobre el contrato de crédito que va a suscribir, revisando y actualizando su contenido. A tal efecto, se ha revisado la estructura de la ficha (en particular, el orden de los elementos de información) y simplificado su formulación, al mismo tiempo que se inserta por vez primera la obligación de introducir una tabla ilustrativa de armonización, tanto si el crédito es con intereses diferidos, en el que se difiere el reembolso del principal por un período inicial o si el tipo deudor es fijo durante todo el período de vigencia del contrato.

Dicha información también se facilita para que el consumidor pueda evaluar las implicaciones de la suscripción de dicho contrato de crédito al objeto de tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no dicho contrato, debiendo hacerlo sin demora injustificada una vez que haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta de crédito.

Su pretensión es garantizar que el contrato no se celebre hasta que haya dispuesto del tiempo necesario para comparar las ofertas y los créditos disponibles en el mercado y poder valorar las consecuencias de su decisión. En particular, cuando se haga al consumidor una oferta vinculante, ésta debe ir acompañada de la FEIN, que debe aportarse con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato, a menos que ya se le haya facilitado la ficha y que las características de la oferta correspondan a la información previamente proporcionada. No obstante, los Estados miembros disponen de libertad para exigir incluso que sea entregada obligatoriamente antes de que se haga una oferta vinculante por el prestamista, en papel o en cualquier otro soporte duradero si el consumidor no ha recibido anteriormente una FEIN, o cuando las características de la oferta difieran de la FEIN previamente entregada (art. 14.4).

Además, los Estados miembros deben respetar un periodo como mínimo de siete días durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa. Este tiempo, a opción de los Estados miembros, podrá ser configurado como un plazo de reflexión previo a la celebración del contrato, como un momento para ejercer el derecho de desistimiento tras la celebración del contrato o, como una combinación de ambas cosas (art. 14.6), pudiendo establecer cada uno de los Estados miembros que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión.

Cuando un Estado miembro especifique un período de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito:

a) la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión, y

b) el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión.

No obstante, los Estados miembros pueden mejorar la FEIN que figura en el Anexo II de la Directiva al menos en el lenguaje, en la estructura y en el contenido. En todo caso, respecto a este primero se permite la utilización de un léxico distinto al contenido en la FEIN siempre que ello contribuya a expresarlo en un lenguaje más comprensible para los consumidores.

Finalmente, cuando el tipo de interés u otros costes aplicables a la oferta se determinen sobre la base de la venta de obligaciones subyacentes o de otros instrumentos de financiación a largo plazo, los Estados miembros podrán establecer que el tipo de interés u otros costes puedan variar respecto de lo que se haya declarado en la oferta de conformidad con el valor de la obligación subyacente o de otro instrumento de financiación a largo plazo.

5.4. Junto a las obligaciones de información formal, representadas por el documento de información general (art. 12) y por la FEIN (art. 14.2), los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito o los representantes asignados, deben facilitar al consumidor «explicaciones adecuadas» sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen y sobre los posibles servicios accesorios, con el fin de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera (art. 16). Se admite, por lo tanto, de acuerdo con las circunstancias subjetivas del deudor y con la naturaleza y especiales características del préstamo, que para que el consumidor pueda tomar una decisión fundada sobre la conveniencia o no de celebrar un préstamo determinado no sea suficiente con el cumplimiento de las obligaciones documentales a cargo del prestamista o intermediario. A este respecto, los Estados tienen libertad para adaptar el modo de prestación de estas explicaciones y su alcance a las circunstancias de la situación en que se ofrece el contrato de crédito, a la persona a quien se ofrece y a la naturaleza del crédito ofrecido (art. 16.2).

Las explicaciones adecuadas incluirán, entre otros aspectos, las características principales de los productos (art. 16.b); los efectos específicos que los productos pueden tener en el consumidor, incluidas las consecuencias que se producirían si este incurriera en impago (art. 16.c); así como en relación a los servicios accesorios, ofrecidos en un paquete combinado con el crédito, la posibilidad de rescindir por separado estos servicios y las implicaciones que ello tendría para el consumidor (art. 16.d).

En cuanto a la forma, de acuerdo con esta libertad atribuida a los Estados, la directiva no se opone a que estas explicaciones se presten al consumidor, de cualquier modo, incluso verbalmente, lo que en todo caso originaría un problema de prueba en perjuicio de la entidad prestamista.

El coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos que deba abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista. Debe, por tanto, englobar los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto, exceptuando los gastos notariales, que sean necesarios para obtener el crédito, por ejemplo, el seguro de vida, o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, por ejemplo, el seguro de incendios.

5.5. La Directiva 17/2014 hace especial énfasis en la necesidad de informar de los riesgos asociados a los préstamos concertados en moneda extranjera. A este supuesto y a sus riesgos se refieren los considerandos, cuarto, vigésimo segundo y trigésimo, abundando en el articulado las referencias a la necesidad de advertir sobre los riesgos derivados de la fluctuación de interés. En concreto, el art. 11.1.j) obliga a advertir en la misma publicidad sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio, podrían afectar al importe adeudado por el consumidor; asimismo,

el art. 13.f) obliga incluir en el documento de información general, además de la indicación de la moneda del préstamo, una explicación sobre las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación del crédito en moneda extranjera y en la FEIN además se deberá adjuntar un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%, si en el contrato no hubiese disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor.

5.6. Cuando los consumidores recurran a los servicios de intermediarios de crédito, estos se verán obligados a cumplir determinadas obligaciones en materia de información antes de prestar sus servicios. En concreto, la información facilitada debe incluir datos sobre su identidad y los vínculos existentes con los prestamistas e indicar, por ejemplo, si están tomando en consideración productos de una multiplicidad de prestamistas o solo de un número restringido de ellos.

De otra parte, antes de que puedan desempeñar sus actividades, los intermediarios de crédito deben someterse a un proceso de reconocimiento por la autoridad competente de su Estado miembro de origen y ser objeto de supervisión permanente para garantizar que cumplen requisitos profesionales estrictos en relación, como mínimo, con su competencia, honorabilidad y poseer un seguro de responsabilidad civil profesional sin perjuicio de que el Estado miembro de origen puede establecer requisitos adicionales.

La información pertinente sobre los intermediarios de crédito reconocidos debe consignarse asimismo en un registro público. Es conveniente que los Estados estén facultados para mantener o imponer restricciones en lo que se refiere a la forma jurídica de ciertos intermediarios de crédito, con independencia de que estos últimos estén autorizados o no para actuar exclusivamente como personas jurídicas o físicas. Igualmente los Estados deben estar facultados para decidir si todos los intermediarios de crédito han de quedar inscritos en un solo registro o en registros diferentes, según se trate de intermediarios vinculados o independientes.

A fin de garantizar que las autoridades competentes ejerzan una supervisión efectiva sobre los intermediarios, conviene que aquellos que sean personas jurídicas sean reconocidos en el Estado miembro en el que esté situado su domicilio social. Los intermediarios de crédito que no sean personas jurídicas deben ser reconocidos en el Estado miembro en el que tengan su administración central.

Los Estados pueden disponer que quienes ejerzan actividades de intermediación crediticia de modo puramente accesorio en el contexto de su actividad profesional, como en el caso de los abogados o los notarios, no queden sujetos al procedimiento de reconocimiento que establece la presente Directiva si su actividad profesional está reglamentada y las normas aplicables no prohíben la prestación, con carácter accesorio, de servicios de intermediación de crédito.

5.7. Cada Estado miembro deberá garantizar el acceso, en condiciones no discriminatorias, de las entidades acreditantes de todos los Estados miembros a las bases de datos utilizadas en ese Estado miembro, a efectos de evaluar la solvencia del consumidor y de verificar el cumplimiento de las obligaciones crediticias durante toda la vigencia del contrato de crédito, con independencia de que las bases de datos sean gestionadas por agencias de información crediticia, agencias de referencia de crédito privadas o registros públicos.

La entidad acreditante informará al consumidor de su intención de consultar bases de datos para obtener información que le permita valorar su solvencia, de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Asimismo, cuando la decisión por la que se deniega la concesión del crédito se base en el resultado de una consulta a una base de datos, la entidad acreditante informará al consumidor del resultado de dicha consulta, así como de la base de datos consultada.

Es preciso que los prestamistas puedan consultar la base de datos de crédito durante la vigencia del crédito, únicamente para determinar y calibrar la probabilidad de impago. Antes de dicha consulta, los prestamistas deben informar de ello al consumidor, que debe poder acceder a la información que dicha base de datos contenga sobre él, al objeto, en su caso, de rectificar o suprimir los datos personales tratados en la misma y que le conciernan o de bloquear el acceso a tales datos, si estos son inexactos o han sido tratados ilícitamente. Cuando la decisión de denegar una solicitud de crédito se fundamente en datos obtenidos de la consulta de una base de datos, o en la ausencia de datos en la misma, el prestamista debe informar de ello al consumidor y comunicarle el nombre de la base de datos consultada.

5.8. La Directiva introduce como novedad que se den al consumidor ejemplos representativos del importe total del crédito; del total adeudado y de la TAE; también detalla el cálculo de esta última en el que se tendrán en cuenta intereses, comisiones, impuestos, coste de posibles intermediarios, tasación, seguros y otros gastos, exceptuando los gastos notariales.

6. Otro de los presupuestos fundamentales en los que ahonda la directiva consiste en que, antes de celebrar un contrato de crédito, las entidades deberán evaluar la solvencia del solicitante a fin de poder verificar las expectativas de cumplimiento por parte del consumidor de sus obligaciones; de forma tal que, la entidad acreditante solamente podrá poner el crédito a disposición del consumidor si el resultado de dicha evaluación indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito serán cumplidas según lo establecido en el mismo, antes de

conceder la financiación, basándose más en los ingresos, gastos y capacidad económica del deudor, que en el valor presente o futuro del bien inmueble.

Afirma la Directiva que es fundamental que la capacidad y proclividad del consumidor de saldar el crédito se evalúe y verifique con anterioridad a la celebración de un contrato de crédito. Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este.

La evaluación de la solvencia del consumidor se llevará a cabo en base a información, suficiente y proporcionada, sobre la situación financiera y económica del consumidor, relativa a los ingresos y gastos, así como a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor. Dicha información puede obtenerse a partir de diversas fuentes, incluido el propio consumidor, y el prestamista debe comprobarla adecuadamente antes de la concesión del crédito. En todo caso, la entidad acreditante no podrá anular o modificar ulteriormente el contrato de crédito en detrimento del consumidor en base a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente, excepto si se demuestra que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información facilitada a tal efecto, en cuyo caso la entidad acreditante podrá rescindir el contrato de crédito.

Tras la celebración del contrato de crédito, y ante cualquier aumento significativo del importe total, la solvencia del consumidor deberá reevaluarse en base a la información actualizada, excepto si el crédito adicional estuviera ya considerado e incluido en la evaluación inicial. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos.

La necesidad de garantizar la correcta ejecución de los contratos de crédito celebrados con consumidores ha inducido a la Directiva a establecer el régimen de ejercicio de derechos, el de reembolso anticipado o el de información sobre cambios del tipo deudor, destacando especialmente las normas sobre demoras y ejecución.

7.1. Se trata de una medida de carácter preventivo que permite al deudor adecuar la devolución del préstamo a sus circunstancias, ya sea mediante disposiciones legales o por otros medios, como por ejemplo cláusulas contractuales, correspondiendo a cada Estado definir las condiciones de ejercicio de este derecho.

Esas condiciones pueden incluir límites temporales al ejercicio del derecho, una diferencia de trato en función de la clase de tipo deudor o restricciones de las

circunstancias en las que pueda ejercerse el derecho. En concreto, podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, éstos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.

En caso de que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo, el ejercicio del referido derecho puede supeditarse a la existencia de un interés legítimo por parte del consumidor, que corresponde especificar a cada Estado miembro. Dicho interés legítimo puede darse, por ejemplo, en caso de divorcio o desempleo. Igualmente, los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago, determinando previamente su valor máximo. Por el contrario se prohíbe que los Estados miembros impidan que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.

7.2. La directiva insta a los Estados miembros a adoptar medidas que alienten a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución, al mismo tiempo que les permite exigir que, si se consiente al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago, siendo preceptivo imponer su valor máximo cuando se trate de recargos adicionales al consumidor en caso de impago.

Los Estados miembros no podrán impedir que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito y deben dotarse de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria, al mismo tiempo que deberán velar para que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

7.3. La Directiva establece garantías incrementadas para los contratos de crédito que implican riesgos específicos para los consumidores, en concreto, con relación a:

a) Los préstamos en moneda extranjera, los Estados miembros establecerán un marco reglamentario que garantice que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, o que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito.

b) Los créditos de tipo variable, los Estados miembros garantizarán que todo índice o tipo de referencia utilizado para calcular el tipo deudor sea claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de crédito y por las autoridades competentes y que los proveedores de índices para el cálculo de los tipos deudores o bien los prestamistas conserven registros históricos de dichos índices.

7.4. Respecto a la información sobre cambios del tipo deudor, el prestamista debe informar al consumidor, mediante documento en papel u otro soporte duradero, de toda modificación del tipo deudor antes de que esta se aplique. Esta información detallará como mínimo el importe de los pagos que deban efectuarse tras la aplicación del nuevo tipo deudor, y, si cambiara el número o la frecuencia de los pagos, los detalles correspondientes. No obstante, se podrá permitir que las partes acuerden en el contrato de crédito que la información indicada se proporcione al consumidor de forma periódica, en los casos en que la modificación del tipo deudor esté relacionada con una modificación de un tipo de referencia, el nuevo tipo de referencia se haga público por los medios adecuados y la información sobre ese nuevo tipo de referencia esté disponible en los locales del prestamista y se comunique en persona al consumidor junto con el importe de las nuevas cuotas periódicas, salvo en caso de que la modificación del tipo deudor no esté relacionada con una modificación de un tipo de referencia si esta posibilidad estaba autorizada en el Derecho nacional antes del 20 de marzo de 2016.

En los casos en los que los cambios del tipo deudor se determinen mediante subasta en los mercados de capital y, por consiguiente, el prestamista no pueda informar al consumidor del cambio antes de que le sea aplicable, el prestamista informará por escrito, en papel u otro soporte duradero, al consumidor, con la debida antelación a la subasta, sobre el procedimiento y le indicará la forma en que ello podría afectar al tipo deudor.

7.5. Como se ha anticipado, la directiva dispone en su considerando 23 que los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para establecer un período suficiente de reflexión. Este, como estructura en su art. 14.6, opera de forma distinta según se haya celebrado o no el contrato, no pudiendo, en ningún caso, ser inferior a siete días como mínimo, durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa.

La directiva deja a elección de los estados tres modalidades. Así pues, puede tratarse de un período de reflexión antes de que se celebre el contrato de crédito; si es posterior a la celebración del mismo, de un tiempo en el que ejercitar el derecho de desistimiento, o de una combinación de ambos.

Cuando un Estado miembro haya optado por atribuir un periodo de reflexión previo a la celebración del contrato de crédito, la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure dicho periodo de reflexión y el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante ese periodo, si bien los Estados miembros podrán establecer que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del periodo de reflexión (art. 14.6).

A la espera de la norma de armonización parece más aconsejable conceder un periodo de reflexión en la fase previa a la celebración del contrato antes que la posibilidad ejercitar el derecho de desistimiento ya que este último implica contemplar también los gastos que puedan derivar de la inscripción de la hipoteca en el Registro y su posterior cancelación, así como los gastos notariales o impuestos que se hayan generado.

7.6. Dada las peculiares características de los contratos de crédito relacionados con los bienes inmuebles de uso residencial, en los que es práctica habitual que los prestamistas ofrezcan a los consumidores un conjunto de productos o servicios que pueden adquirirse conjuntamente con el contrato de crédito y, habida cuenta de la importancia de tales contratos, la Directiva establece normas específicas sobre las prácticas de ventas vinculadas.

Como norma general, el considerando 25 establece que no deben permitirse las prácticas de venta vinculada, es decir, la oferta de un préstamo junto con otros productos financieros en un solo paquete en el que ese préstamo no se oferta por separado, a no ser que el servicio o producto financiero ofrecido junto con el contrato de crédito no pueda ofrecerse por separado al constituir una parte del crédito plenamente integrada en el mismo, como por ejemplo, en el caso de los descubiertos garantizados. En otros casos, cabe justificar, no obstante, que los prestamistas ofrezcan o vendan un contrato de crédito en un paquete junto con una cuenta de pago, una cuenta de ahorro, un producto de inversión o un producto de pensiones, por ejemplo, en caso de que el capital de la cuenta se utilice para reembolsar el crédito o sea un requisito previo para agrupar recursos con objeto de obtener el crédito, o en aquellas situaciones en las que un producto de inversión o un producto de pensiones privado sirve de garantía adicional del crédito.

En el caso concreto de los seguros se podrá exigir al consumidor la contratación de una póliza para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía, pero siempre pudiendo elegir el consumidor al proveedor de dicho seguro y, a condición de que su póliza de seguro tenga un nivel de garantía equivalente al de la póliza ofrecida por el prestamista. Además, los Estados miembros pueden normalizar, en todo o en parte, la cobertura proporcionada por los contratos de seguro, con el fin de facilitar la comparación entre diversas ofertas para los

consumidores que deseen buscar los productos que mejor se ajusten a sus necesidades.

No obstante, y a pesar de dicho reconocimiento, la directiva sienta el criterio de que es importante evitar las prácticas que puedan inducir a los consumidores a suscribir un contrato de crédito que no redunde en su mejor interés, sin restringir no obstante la venta agrupada, que puede beneficiar a los consumidores, recomendando, que los Estados miembros sigan supervisando estrechamente los mercados financieros minoristas, a fin de garantizar que las prácticas de venta agrupada no distorsionen la elección del consumidor ni la competencia en el mercado. Por ello, su art. 12 permite la autorización de las prácticas de ventas combinadas, pero prohíbe las prácticas de ventas vinculadas, permitiendo en su apartado segundo que el prestamista pueda pedir al consumidor, a un miembro de su familia o a un pariente próximo, la apertura o mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro, o bien de un producto de inversión o de pensión privada, con la finalidad de acumular capital, efectuar reembolsos de crédito, pagar intereses o agrupar recursos para obtener el crédito. Asimismo, para dar cumplimiento a esta última finalidad, se podrá exigir la celebración de un contrato de crédito por separado en relación con un contrato de crédito para una propiedad compartida.

También se contempla que el prestamista pueda pedir al consumidor la suscripción de una póliza de seguro para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía, aunque el consumidor debe tener la oportunidad de elegir su propio proveedor de seguro a condición de que su póliza tenga un nivel de garantía equivalente a la póliza propuesta por la entidad acreditante. Y, por último, y como excepción a la prohibición general de las prácticas de ventas vinculadas, se permitirá este tipo de ventas respecto de los servicios o productos financieros que empezaron a comercializarse a partir del día 20 de marzo de 2014, siempre que la entidad oferente pueda demostrar ante la autoridad competente que dichas ventas vinculadas son beneficiosas para el consumidor.

7.7. La directiva considera importante garantizar que el bien inmueble de uso residencial sea objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de crédito, en particular cuando la tasación afecte a la obligación residual del consumidor, en caso de impago. Por tanto, exige a los Estados miembros que garanticen el establecimiento de normas fiables de tasación y señala que, para ser consideradas fiables, las normas de tasación deben tener en cuenta las que sean reconocidas internacionalmente.

8. El régimen de sanciones será determinado por los Estados miembros en lo que respecta a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la

presente Directiva. Igualmente les corresponde velar por su aplicación y normas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

9. La directiva contempla expresamente que los consumidores tengan acceso a vías extrajudiciales de reclamación y recurso para la resolución de los litigios, tanto entre proveedores de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial y consumidores, como entre intermediarios de crédito y consumidores, pudiendo determinar los Estados miembros que la participación de prestamistas e intermediarios de crédito en este tipo de procedimientos de resolución alternativa de litigios no sea facultativa. En consecuencia, la directiva contempla tanto la mediación, como el arbitraje de consumo, que cuenta ya con una amplia trayectoria consolidada en nuestra sociedad.

10. Los Estados miembros deben adoptar y publicar, a más tardar el 20 de marzo de 2016, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, que no se aplicará a los contratos de crédito en curso antes de dicha fecha.

En el proceso de armonización se permite a los Estados miembros que puedan mantener o adoptar disposiciones más estrictas en materia de protección al consumidor, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión les impone. No obstante, los Estados miembros no podrán mantener ni introducir en su Derecho nacional disposiciones legales que sean divergentes de las establecidas en la Directiva 2014/17/UE, respecto de la información precontractual normalizada mediante la Ficha Europea de Información Normalizada, ni respecto de la norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente. Se trata, en consecuencia, de una directiva de mínimos, a excepción de la Ficha Europea normalizada (FEIN) y el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE), ya que en ellas se basa que los consumidores puedan comparar las diferentes ofertas de crédito existente en el mercado.

11. La finalidad de la Directiva 2014/17/UE se centra en la regulación y homogeneización del crédito hipotecario. Para ello ha reforzado los deberes de información comercial y precontractual, y establecido medidas de protección al consumidor antes de iniciar el procedimiento de ejecución la deuda, tales como adoptar medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución y limitar los recargos al consumidor en caso de impago, si bien corresponde a cada Estado establecer dichas medidas. Pide también que se adopten medidas que faciliten el reembolso en

aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

Pero, si bien para los consumidores de algunos estados miembros estas medidas supondrán un impulso a su protección en materia hipotecaria, en el caso de España, su entrada en vigor no conllevará grandes novedades sobre la legislación ya existente en lo que se refiere, en concreto, a los aspectos relacionados con la información, además de que, al plantear cuestiones que la crisis económica ha obligado a afrontar en el ordenamiento interno, aunque sea de modo parcial, permite valorar que las disposiciones contenidas en la Directiva objeto de estudio nacen desfasadas en el tiempo. En este sentido, no se puede olvidar que, aunque la directiva no entre a regular cuestiones de transparencia, la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011, ya contiene desde dicha fecha la obligación de rellenar una hoja de información, que ahora recoge la directiva como FEIN, si bien ésta con aspectos más específicos, y también la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, recoge en su art. 6 la exigencia de que los contratos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza, que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien que se concedan en una o varias divisas, la escritura pública debe incluir, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

Pocas novedades aporta, por tanto, esta directiva mientras que deja muchas cuestiones todavía sin resolver en el mercado hipotecario, como las relativas a los seguros de cobertura entre otras, por lo que, a falta de norma de transposición por el momento, la aplicación de la normativa española actual, no va a suponer una merma de los derechos del consumidor que suscriba un contrato de crédito para adquisición de inmueble destinado a uso residencial.

ÍNDICE

LA MEDIACIÓN SANITARIA EN LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

MEDIATION IN HEALTH LEGISLATION AUTONOMOUS COMMUNITIES

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valencia
josefina.alventosa@uv.es

RESUMEN: En nuestro país desde hace algún tiempo se ha publicado a nivel estatal y autonómico una regulación general sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y sobre mediación familiar. Sin embargo, todavía no se ha publicado una regulación específica sobre mediación sanitaria. Han sido algunas Comunidades Autónomas las que, a raíz de la legislación mencionada, han desarrollado dicha legislación ampliándola a otros ámbitos, en los que han incluido referencia a la mediación en el ámbito sanitario, aunque sin concretar su configuración. Concretamente, esto ha sucedido en las CCAA de Cataluña, Cantabria, Región de Murcia y Castilla-La Mancha. De todas ellas, destaca la normativa de la Región de Murcia que regula expresamente la mediación entre pacientes y la aseguradora del Servicio Público de salud, de carácter marcadamente civil, a cuya regulación se remite, y que aborda los principios que deben presidir dicha mediación, el régimen jurídico de las partes implicadas y del mediador, desarrollo del procedimiento de mediación y alcance de los acuerdos logrados, a lo que se añade un Código de Buenas Prácticas de la Mediación. Por otro lado, hay que significar que en nuestro país el desarrollo de la mediación sanitaria se ha producido en la práctica social a través de ciertas iniciativas públicas y privadas.

PALABRAS CLAVE: mediación sanitaria, gestión de conflictos, mediación en Comunidades Autónomas, pacientes y mediación, mediación y salud.

ABSTRACT: In our country for some time has been published at national and regional level a general regulation on mediation in civil and commercial matters and family mediation. However, it still has not been issued a specific regulation on health mediation. They have been some autonomous communities which, following the aforementioned legislation, have developed such legislation extending it to other areas, which have included reference to mediation in the health sector, but without specifying its configuration. Specifically, this has happened in the autonomous communities of Catalonia, Cantabria, Murcia and Castilla-La Mancha. Of all these, the rules of the Region of Murcia expressly regulates mediation between patients and insurance Public Health Service, markedly civilian character, whose regulation refers, and which addresses the principles that should govern such mediation, the legal status of the parties and the mediator, development of the mediation process and scope of the agreements reached, to which is added a Code of Good Practice mediation. On the other hand, it must mean that in our country the development of health mediation has occurred in social practice through certain public and private initiatives

KEY WORDS: health mediation, conflict management, mediation autonomous communities, patients and mediation, mediation and health.

FECHA DE ENTREGA: 18/02/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: 1. Marco jurídico de la mediación sanitaria en España.- 2. Conflictividad en el ámbito sanitario.- 3. Regulación de la mediación sanitaria en otros países.- 4. Los primeros intentos de regulación de la mediación sanitaria en España.- 5. Regulación de la mediación sanitaria en las CCAA.- 6. La ley de mediación en el ámbito privado de Cataluña.- 7. La regulación de la mediación en Cantabria.- 8. La regulación de la mediación sanitaria en Murcia.- 9. Directrices de la mediación sanitaria en la regulación de Murcia.- 10. Disposiciones relativas a los agentes implicados en la mediación sanitaria en la normativa murciana.- 11. Procedimiento de mediación en la norma de Murcia.- 12. Normas sobre los acuerdos alcanzados.- 13. El Código de buenas prácticas en la normativa murciana.- 14. La mediación sanitaria en Castilla-La Mancha.- 15. Conclusión.

1. En España la mediación como resolución extrajudicial de conflictos se ha ido incorporando de manera muy tardía y de forma paulatina en nuestro ordenamiento jurídico. La regulación de la mediación en nuestro país se inició en el ámbito de la familia, promulgando las Comunidades Autónomas una legislación concreta sobre la misma. A raíz de dicha legislación, y, como consecuencia del impulso que se dio en la Unión Europea a dicha vía de resolución de conflictos en diversos documentos, especialmente en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se publicó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, complementada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Así pues, la legislación existente en España sobre mediación se proyecta sobre el ámbito privado, singularmente sobre materia civil. Sin embargo, parece que existe una preocupación por organismos públicos y privados en ir introduciendo la mediación en otros ámbitos distintos al propiamente civil y mercantil, entre ellos, en el ámbito de la salud. Hay que destacar que en la Ley 5/2012, de 6 de julio, el art. 2.2 dispone que quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de dicha Ley la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral, y la mediación en materia de consumo; y es necesario recordar que el sistema sanitario español se basa en un sistema de salud público, dependiente de las Administraciones Públicas, aun cuando se admite el ejercicio privado de la medicina y existe una interrelación entre sanidad pública y privada. Sin embargo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no parece ajena a la posibilidad de finalización convencional de los conflictos en general, y así su art. 88.1, bajo la rúbrica "Terminación convencional" (dentro del Capítulo IV: "Finalización del procedimiento") dispone que "las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el

interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin".

2. En el ámbito sanitario, la mediación, como resolución extrajudicial de conflictos, se ha incorporado más tardíamente. En nuestro país, el desarrollo de la mediación sanitaria se ha producido en la práctica social, a través de iniciativas principalmente privadas o de proyectos subvencionados. Pero no existe una legislación general que regule dicha vía de resolución de conflictos en este terreno. En este ámbito se han puesto de relieve la distinta tipología de conflictos que suelen suscitarse, dada la complejidad del propio sistema sanitario español (ya que el art. 41 de la CE establece un sistema público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que en muchas ocasiones se interrelaciona con la sanidad privada), la diversa naturaleza de los sujetos que pueden estar implicados en dichos conflictos (organización sanitaria, profesionales sanitarios, personal de administración y servicios, personal contratado, pacientes, usuarios, y familiares de pacientes) y los principios básicos que informan las actuaciones en sanidad (Cfr. ARMADANS, I., ANEAS, A., SORIA, M.A., BOSCH, LL.: "La mediación en el ámbito de la salud", *Medicina clínica*, 2009, núm. 133 (05), pp. 187-192; NOVEL MARTÍ, G.: *Mediación en salud: Un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan*, Editorial Reus, Madrid, 2012). E incluso se ha puesto de relieve la dificultad de ofrecer un concepto de mediación sanitaria, que oscila entre abarcar cualquier conflicto que se derive de las múltiples relaciones que se produzcan en dicho ámbito o limitarse a los conflictos que se derivan de la relación asistencial (ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, Mª. E.: "Marco conceptual de la mediación sociosanitaria", en AA.VV.: *Ponencias de Expertos en Mediación. VIII Conferencia Internacional del Foro Mundial de mediación: Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio*, II, Ed. República Bolivariana de Venezuela, Venezuela, 2012, pp. 198-204).

3. Los expertos han destacado las ventajas que supone la implantación de la mediación sanitaria en dicho ámbito. Y de hecho, en otros países se ha introducido esta vía de resolución de conflictos en sanidad, existiendo legislaciones concretas que versan sobre la misma. En este sentido, se puede mencionar, entre otras, en Europa, la Ley CXVI de Mediación en la Atención Sanitaria de 2000, de Hungría; la Ley 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, en Francia; la Ley 29/2003, sobre Mediación en Asuntos Jurídicos Civiles, de Austria, y la Ley de 21 de febrero de 2005, que modifica el Código judicial en materia de mediación, de Bélgica (así como también se tiene en cuenta en Luxemburgo y Eslovenia dentro de normas sanitarias de carácter general); en América del Sur, destacan el Decreto de 6 de marzo de 1996

que creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), dependiente de la Secretaría de Salud del Gobierno Federal de México con la función de contribuir a resolver de forma gratuita los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de los servicios médicos; la Ley Argentina de Mediación 24.573/96, elaborada por iniciativa privada a través de la Fundación Kiwanis Internacional Argentina; y, especialmente, la Ley 19966 del Régimen General de Garantías de la salud, de Chile, de 25 de agosto de 2004 y que dedica el párrafo II del Título III a la mediación, en el que se detalla contenido, sujetos y objetivos de la mediación en el ámbito sanitario en cuanto a la reclamación de dichas garantías, complementada por el Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, de 1 de febrero de 2005.

4. En nuestro país se han realizado intentos de integrar la mediación en el ámbito sanitario a través de la articulación de diversas figuras de conciliación, a las que se han atribuido labores similares a la mediación. Tales iniciativas se han producido en determinadas Comunidades Autónomas en las que se han asignado funciones de conciliación, intermediación o mediación a los Servicios de Atención al Usuario, al Defensor del Usuario o al Defensor del Paciente. En relación al Servicio de Atención al Paciente se les ha asignado funciones de información y asesoría, pero también de tramitación de quejas y reclamaciones; así, el Servicio de Atención e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, regulado en el Decreto 215/2009, de 27 noviembre; aunque en alguna CCAA se han potenciado dichos servicios, atribuyéndoles de forma expresa funciones adicionales de intermediación en las reclamaciones formuladas por pacientes, como en la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Por lo que respecta a las figuras del Defensor del Usuario y del Defensor del Paciente, implantadas en algunas Comunidades Autónomas, en algunas de ellas se le han atribuido funciones de intermediación entre los prestadores de servicios sanitarios y los usuarios; entre ellas, la Ley 12/2001, de 21 diciembre, de Ordenación Sanitaria de Madrid, el Decreto 1/2005, de 7 enero, de La Rioja, en donde incluso se desarrollan determinados principios que deben presidir esa función mediadora, y el Decreto 4/2003, de 14 enero, regulador del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura [cfr. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: "Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro", en AA.VV.: *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, *2 (Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos)* (coord. por L. GARCÍA VILLALUENGA, J.L. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES), Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 289-291 y 292-302; PADILLA TOLEDANO, Mª.R., FERNÁNDEZ-SORDO CABAL, A..: "La función mediadora del Defensor del Paciente (I y II)", *Actualidad del derecho sanitario*, 2009, núms. 184-165, pp. 713-719 y 815-821; PADILLA TOLEDANO, Mª.R.: "La función mediadora del defensor del paciente en el sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Madrid", en AA.VV.: *La familia*

ante la enfermedad (coord. por M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010, pp. 239-260].

5. El impulso que se ha dado en la mediación en la última década ha determinado que en algunas Comunidades Autónomas, y en virtud de las iniciativas que ya se habían desarrollado en las mismas, se haya producido un importante avance en la regulación de la mediación, que ha alcanzado también a la mediación sanitaria. Así, en dos Comunidades Autónomas, Cataluña y Cantabria, se han promulgado sendas normas regulando la mediación con un carácter más general, ampliando el ámbito de aplicación de las mismas, además de a las situaciones de conflicto familiar, a otras materias diferentes. Y en otras dos Comunidades, Región de Murcia y Castilla-La Mancha, se han publicado otras normas en las que se hace referencia específica a la mediación en el ámbito de la salud.

6. La Comunidad Autónoma de Cataluña ha publicado la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito privado, que amplía la anterior Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, según señala el propio art. 2.2, a cualquier otro ámbito de la vida, de las personas, grupos y organizaciones, que ha sido complementada por el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. En el art. 2 de la Ley se establece el objeto de la mediación, y se distingue entre mediación familiar y mediación civil; en relación a la primera, se detalla muy precisamente cuáles son los conflictos objeto de la misma; sin embargo, en relación a la segunda se dice que "La mediación civil a la que se refiere la presente ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro (…)", señalando particularmente, entre otros, los conflictos surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, de la propiedad horizontal y urbanizaciones, en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, de la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña y "Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción". Como se observa, esta legislación pone el acento en la mediación en el ámbito civil, y así el propio Preámbulo de la Ley señala que "La presente ley respeta voluntariamente los contenidos de la Ley 1/2001 y tiene como objetivos: ampliar el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil caracterizados por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro, disipar cualquier duda sobre el alcance de los conflictos familiares susceptibles de mediación y, en último término, introducir determinadas mejoras sistemáticas y técnicas". A la vista de esta regulación, parece que el ámbito de aplicación de la misma queda muy reducido en el ámbito de la

salud, puesto que hay que recordar que nuestro sistema sanitario, según la propia Constitución, se basa en un sistema de salud pública, aun existiendo la sanidad privada. Esta norma sería, en todo caso, aplicable a las relaciones jurídico-civiles que se produjeran tanto en la sanidad pública como en la privada. Pero parece que resulta claro que dicha norma no está pensada para regular la mediación en el ámbito sanitario público, aun cuando haya habido algún autor que haya defendido esta idea.

7. Por su parte, Cantabria ha publicado la Ley 1/2011, de 28 de marzo de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en donde se establece que esta norma es de aplicación a las actuaciones profesionales de mediación en las que las partes se acojan a ella, y que se desarrollen total o parcialmente en el territorio de dicha Comunidad (art. 3.1). Señala, además, el art. 4 que "La mediación se referirá a aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación". Y es de destacar especialmente la Disposición Adicional Única, donde se hace referencia específica a la mediación en el ámbito sanitario, disponiendo que "La mediación como sistema de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito sanitario se regirá por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la presente Ley en cuanto resulte compatible con su naturaleza". En este sentido, hay que señalar que Cantabria todavía no dispone de una normativa específica sobre mediación sanitaria. Sin embargo, esta Disposición dio lugar a que se creara la Unidad de Gestión de Conflictos Sanitarios, la cual, según la propia Consejería de Sanidad, tenía como finalidad gestionar y aportar soluciones a aquellos procesos susceptibles de información, mediación y conciliación que surjan en el ámbito sanitario a petición tanto de pacientes como de profesionales; la Unidad se creó en cumplimiento del Plan de Gobernanza del Gobierno de Cantabria 2008-2011 y funcionó como proyecto piloto, en el que se preveía una duración de seis meses al final de los cuales se procedería a su evaluación. La Unidad de Gestión de Conflictos Sanitarios tenía su sede en el Hospital Comarcal de Laredo y estaba formada por un equipo de profesionales multidisciplinar (médico, enfermero y trabajador social), especialistas en Mediación Sanitaria, que en caso de conflicto podrían analizar y valorar las posibles alternativas de solución del mismo, entre ellas la mediación sanitaria. Dicha Unidad se apoyaba en un Comité Asesor formado por juristas del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad, y otros expertos en función del tipo de conflicto (http://www.saludcantabria.es/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=18&cntnt01returnid=59). La resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito sanitario abarcaba los problemas suscitados entre pacientes y profesionales, entre los propios profesionales, o también los derivados de la utilización de los servicios sanitarios, mediante la vía de la mediación y la conciliación. Dado que en ese momento no existía normativa sobre mediación sanitaria en concreto, se comprende el tenor de la citada Disposición Adicional que aplicaba la Ley 1/2011 como supletoria. A pesar de los buenos resultados obtenidos, según la propia Consejería, dicha Unidad ya no tiene existencia (por razones presupuestarias) (Cfr.

Novel Martí, G.: *Mediación en salud: Un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 93-94). Y todavía no se ha publicado en Cantabria una normativa específica sobre mediación sanitaria.

8. Más recientemente, el Servicio Murciano de Salud Pública ha publicado la Resolución de 14 de noviembre de 2014 por la que se promulga el acuerdo del Consejo de Administración sobre creación de la Oficina de Mediación Sanitaria en el Servicio Murciano de Salud y aprobación de las directrices que han de regir el procedimiento y el Código de Buenas Prácticas de la Mediación (cfr. GUIJARRO BERNAL, R., ITURMENDI MORALES, G.: "La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del sistema sanitario: la mediación", *DS: Derecho y salud*, 2011, vol. 22, núm. Extra 1; Ejemplar dedicado a XX Congreso "Derecho y Salud", pp. 181-188). Según indica la propia Resolución, esta regulación responde a la finalidad de que "Potenciar el uso de mediación como solución de conflictos entre los usuarios del Servicio Murciano de Salud y su entidad aseguradora de la responsabilidad civil patrimonial, cuando el usuario reclamante ejerce la acción directa, conlleva que el sistema resulte menos gravoso para las víctimas de un daño derivado del servicio público, permitiendo la optimización de la solución de estos conflictos para todas las partes implicadas". En el art. 1, que figura en el Anexo I, se señala que "Con la denominación 'Oficina de Mediación Sanitaria' se constituye un Centro de Mediación a los efectos de la Ley 5/2012, como una Unidad operativa integrada dentro del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud, a los fines de impulsar y desarrollar la resolución de conflictos, mediante un procedimiento de mediación, entre los usuarios de la sanidad murciana y la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud", añadiendo que dicha Oficina carece de personalidad jurídica propia, dependiendo del Servicio Murciano de Salud; en su art. 2 se establece que "A los efectos de estas Directrices, podrán ser objeto de la mediación, las reclamaciones que se encuentren garantizadas dentro de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad civil-patrimonial suscrita entre el Servicio Murciano de Salud y la Compañía Aseguradora", señalando que dicha Oficina "se regirá por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como por la legislación que se desarrolle en un futuro en adaptación del Derecho español a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación" (art. 3). Por lo que, en realidad, dicha mediación se configura como una mediación sobre asuntos civiles, aunque el conflicto se origine como consecuencia de una actuación en el ámbito sanitario, siendo su ámbito de aplicación, por tanto, muy restringido, aun cuando el ámbito territorial de la Oficina de Mediación Sanitaria comprenda todo el territorio español (art. 3, 3º). A pesar de ello, se puede considerar como un avance en la implantación de la mediación en el ámbito sanitario, puesto que regula uno de los conflictos que la doctrina considera que puede ser objeto de la mediación en dicho ámbito. Por ello merece un especial tratamiento, puntualizando algunos aspectos que regula dicha norma.

9. En el Anexo I de dicha Resolución se fijan las "Directrices de la Oficina de Mediación Sanitaria en el Servicio Murciano de Salud". En él se fijan la naturaleza de dicha Oficina, su ámbito y objeto, régimen jurídico, a lo que ya se ha aludido en el punto anterior, la dotación, infraestructura y recursos, el concepto de mediación, su coste, los principios que informan dicha mediación, la referencia a las partes así como los requisitos de la persona mediadora y su responsabilidad, y el procedimiento de mediación. Según la propia Resolución "La mediación es el procedimiento, establecido por el Servicio Murciano de Salud, por el que el perjudicado-reclamante, en su calidad de usuario del Servicio Público de Salud, y la Compañía Aseguradora de responsabilidad civil-patrimonial del mismo, intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, para la resolución de la reclamación, con la intervención de un mediador, imparcial y neutral" (art. 6). Los principios y valores fundamentales que rigen esta mediación recogen los principios que presiden también la mediación en asuntos civiles y mercantiles establecidos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, aunque la Resolución añade algunos más (arts. 8 a 15); dichos principios son los siguientes: a) voluntariedad y libre disposición, en cuanto las partes son libres de acudir a esta vía de solución, no estando obligados a permanecer en el procedimiento ni a llegar a un acuerdo, alcanzando tanto a las partes como al mediador; b) imparcialidad, en el sentido de que se debe garantizar la intervención de las partes en plena igualdad y el equilibrio entre sus posiciones; c) neutralidad, en el sentido de que el mediador debe abstenerse de proponer acuerdos, dado que éstos deben ser alcanzados por las propias partes; d) confidencialidad, pues tanto las partes como el mediador están obligados a respetar el procedimiento y la documentación existente en la mediación, lo que impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad y el propio mediador prestare su consentimiento para ello, o cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal; e) buena fe, en cuya virtud durante el desarrollo de la mediación, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por la persona mediadora, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones, de manera que la mediación no podrá ser utilizada para contravenir la legislación o evitar fraudulentamente su aplicación; f) flexibilidad, lo que permite adaptar la mediación a la situación concreta tratada; g) debate, lo que implica que las partes puedan expresar libremente sus puntos de vista sobre la situación conflictiva, debiendo la persona mediadora potenciar un trato equitativo entre las partes; h) inmediatez y presencialidad, lo que supone que las personas mediadoras deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, salvo que puedan ser sustituidas en dichas reuniones, dejándose constancia en el acta correspondiente; a su vez, las partes deben asistir personalmente cuando se trate de derechos personalísimos, de "ius cogens" o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la

representación necesaria de menores e incapaces; fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora, y en caso de personas con dificultades de expresión o comprensión podrán acudir con los intérpretes adecuados.

10. En cuanto a los agentes implicados en este tipo de mediación, la Resolución indica que son las partes y el mediador y establece unas disposiciones concretas para ambas. Las partes en la mediación estarán constituidas, por un lado, por el reclamante que inste la acción directa en ejercicio del art. 76 de de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, por otro lado, por la Compañía Aseguradora de responsabilidad civil-patrimonial del Servicio Murciano de Salud; podrán instar el procedimiento de mediación las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación (art. 16). En cuanto a las personas mediadoras, el art. 17 define al mediador como "aquella persona designada por el Servicio Murciano de Salud o aquel elegido por las partes de común acuerdo, a quien se solicita que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el artículo siguiente", requiriendo dicho precepto que se trate de personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que estén en posesión del título universitario de grado superior de carácter oficial o extranjero convalidado y que atesoren los conocimientos jurídicos adecuados sobre el objeto de la mediación regulada por estas Directrices". Obsérvese que en este precepto se exige que el mediador tenga conocimientos jurídicos sobre la materia que es objeto de la mediación, que son las reclamaciones derivadas de responsabilidad civil patrimonial. A continuación se establecen los derechos y obligaciones del mediador, entre los que se encuentran principalmente el deber de facilitar la comunicación entre las partes y desarrollar una conducta activa para lograr el acercamiento de las mismas, estableciendo las causas de renuncia y de abstención del mediador (art. 19). Por otra parte, el art. 20 establece la responsabilidad del mediador, disponiendo que "La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, imprudencia grave o dolo. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y el Servicio Murciano de Salud con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a éste contra los mediadores". Además, la norma establece la creación de una Comisión de Seguimiento de la Mediación con finalidades diversas, entre ellas, impulsar la mediación, velar por la aplicación de los principios que rigen la mediación y seguimiento del procedimiento de la misma (art. 35).

11. En cuanto al procedimiento de mediación regulado en la citada Resolución, éste sigue un procedimiento similar al que se regula en la Ley 5/2012 (arts. 21-35). Se

inicia a solicitud de común acuerdo entre las partes o de una sola de las mismas, que se formulará ante la Oficina de Mediación Sanitaria. En un primer momento se realizará una sesión informativa, en las instalaciones de dicha oficina, disponiéndose que el comienzo de la mediación suspenderá únicamente la prescripción o la caducidad de las acciones que correspondan al reclamante frente a la entidad aseguradora del Servicio Murciano de Salud. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva donde las partes deben hacer constar su deseo de realizar la mediación y otra serie de puntos relativos a la identidad de las partes, objeto del conflicto e información del coste y gastos de la mediación. El coste, al igual que los gastos, de la mediación recae por mitad entre las partes, salvo pacto en contrario, siendo fijado por el propio Servicio de Salud (art. 7). Se establece que la duración del procedimiento será lo más breve posible, realizándose el mínimo número de sesiones. Asimismo, se dispone que se deben levantar Acta inicial y final de la mediación y, además, acta sucinta de cada sesión, en la que se haga constar su duración, referencia al asunto tratado, participantes y fecha de celebración, correspondiendo al mediador redactarlas y firmarlas. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

12. Señala la Resolución citada que el Acta final reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible (art. 31). Dichos acuerdos pueden versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha donde se suscribe y las obligaciones que cada parte asume, entre otros datos relativos al mediador y a la Oficina de Mediación, que deberá firmarse por las partes o sus representantes, entregándose un ejemplar a cada una de las mismas, y reservándose uno el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado, señalándoles que pueden elevarlo a escritura pública para que se configure como título ejecutivo (arts. 32 y 33). El acuerdo de mediación que tenga eficacia ejecutiva será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y se señala que contra lo convenido en el acuerdo de mediación, sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Dentro de estas Directrices se distinguen los distintos momentos en que se puede llegar a alcanzar un acuerdo cuando existe un procedimiento judicial en curso: a) Si el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación mediante auto. Los acuerdos adoptados durante la mediación en los ámbitos civil, social y contencioso administrativo podrán, en su caso, ser homologados judicialmente como transaccionales, teniendo los demás efectos que

las leyes establezcan, pudiendo igualmente ser elevados, en su caso, a escritura pública. Los acuerdos alcanzados en un procedimiento administrativo se insertarán en el mismo con carácter previo a la resolución que les ponga fin. Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas. La ejecución de estos acuerdos se instará ante el Tribunal que homologó el acuerdo; b) Si el acuerdo se formalizara tras un procedimiento de mediación, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación (art. 34).

13. En el Anexo II de la referida Resolución se crea el Código de Buenas Prácticas de la Mediación establecidas por la Oficina de Mediación Sanitaria, en donde se instauran los principios y valores fundamentales para la práctica del mediador así como en la práctica de la mediación, y las obligaciones y responsabilidades del mediador en el proceso de mediación. Entre los principios instaurados en dicho Anexo, se reiteran los principios ya señalados en las Directrices, de voluntariedad y libertad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad e inmediatez, y buena fe; a los que se añaden los principios de: carácter personalísimo, que significa que las partes deben acudir a las sesiones personalmente (aunque cabe la representación por parte de terceros); celeridad, en el sentido de que el mediador debe programar la mediación de manera rápida y desarrollar el procedimiento en el menor tiempo posible; independencia, que implica que el mediador debe mantenerla durante todo el desarrollo del procedimiento, sin permitir influencia o presión alguna de las partes; abstención de intervenir, cuando concurra conflicto de intereses con alguna de las partes o con el asunto de la mediación, señalando que existe éste "si se puede generar duda de la actuación del mediador en relación con el asunto, o si se da la existencia de relación personal o profesional con alguna de las partes que pudiera afectar al proceso de mediación, así como la existencia de lucro o provecho económico o de otro tipo para el mediador, de forma directa o indirecta, más allá de los honorarios derivados únicamente de su actuación como mediador" (art. 1.10); transparencia, que implica que el mediador debe informar a las partes sobre los términos del proceso de mediación, de su desarrollo y consecuencias de los acuerdos alcanzados; y equilibrio e igualdad de las partes, que debe gestionar el mediador, procurando la participación igualitaria de las partes en el procedimiento.

14. Por último, dentro de la legislación autonómica que alude a la mediación sanitaria, cabe hacer referencia a la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha, en la cual se establece de forma expresa que la regulación de la mediación contenida en dicha Ley se aplica al ámbito sanitario. Su art. 1 dispone que la Ley "tiene por objeto regular el Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. Se trata de

un Servicio Social Especializado, dependiente de la Consejería competente en materia de familia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y cuyo régimen de funcionamiento será objeto de regulación por la norma reglamentaria que desarrolle la presente ley". En la Exposición de Motivos de la Ley se señala que "esta nueva ley pretende establecer un servicio social especializado en mediación social, que dé respuesta a conflictos no sólo de carácter familiar, sino también de carácter social. Por ello se hace necesaria la inclusión de otros conflictos que trascienden de la esfera estrictamente familiar, como son los que se producen entre los miembros de la comunidad escolar, los que pueden surgir en el ámbito sanitario o los que puedan originarse entre los responsables de las instituciones y personas usuarias de las mismas" (párrf. 5). En el art. 3, en donde se contemplan los conflictos objeto de mediación social y familiar, se considera, entre ellos, en el apartado g), "Los conflictos surgidos en el ámbito sanitario, estableciendo contextos de diálogo que promuevan una mejor relación interpersonal entre las partes". Sin embargo, hay que destacar que esta referencia al ámbito sanitario se hace en el contexto de los conflictos familiares, mencionándose, junto a ellos, en el citado precepto, como conflictos objeto de mediación, los conflictos entre menores y personas del ámbito familiar, los relativos a ruptura de pareja, obligación de alimentos entre parientes, ejercicio de la tutela y curatela, los surgidos en la adopción, los suscitados en la comunidad escolar, añadiendo a éstos los conflictos entre los responsables de las instituciones públicas o entidades sociales y personas usuarias de las mismas, y los conflictos existentes entre la víctima y el menor infractor, cerrando esta relación con una fórmula general que se refiere a cualesquiera otros conflictos que afecten a las personas mencionadas en el art. 2 a). En este precepto se define qué se entiende por mediación social o familiar señalándose que "Se entiende por conflicto de carácter social o familiar aquél derivado de problemas sociales o familiares en los que estén involucrados menores de edad, personas mayores, personas con capacidad jurídica limitada, así como personas que se encuentren en una situación personal de grave necesidad económica, social o familiar"; por tanto, parece desprenderse de esto que la mediación sanitaria a la que se hace referencia es la mediación que se produce en los conflictos en la familia por asuntos relacionados con la sanidad. De hecho, a lo largo de la ley se establece un procedimiento de mediación en los conflictos sociales y familiares común a todos ellos, sin hacer posteriormente especial referencia a los conflictos surgidos en el ámbito sanitario, y con mayor énfasis en la mediación familiar. Sin embargo, dada la ambigüedad y poca concreción de la Ley sobre la mediación sanitaria habrá que esperar el desarrollo y aplicación de esta norma al ámbito sanitario.

15. En conclusión, hay una ausencia de regulación de la aplicación de la mediación en el ámbito de la salud; sin embargo, ha habido experiencias, bien por iniciativa privada bien por iniciativa de organismos públicos en ciertas materias y ciertos sectores sanitarios, que han producido buenos resultados. Es precisamente en aquellas Comunidades Autónomas donde han existido iniciativas en el entorno

social sobre mediación en el ámbito sanitario, tal como sucede en Cataluña, Cantabria y Castilla-La Mancha, donde se ha tenido en cuenta la posibilidad de una mediación en dicho ámbito en la regulación concreta que dichas Comunidades realizan sobre la mediación en el ámbito privado. Como se observa, en realidad en la legislación citada no se realiza una regulación de la mediación sanitaria en si misma considerada, sino que se menciona en contextos muy concretos, bien relativos al derecho civil o derecho privado bien en relación a la familia. Aunque hay que tener en cuenta que el sistema sanitario español es de carácter público y que la propia Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles excluye de su aplicación la mediación dependiente de las Administraciones Públicas. En este ámbito, sin embargo, hay una regulación propia en la Región de Murcia, pero restringida a los conflictos que surgen en relación a las reclamaciones que se encuentren garantizadas dentro de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad civil-patrimonial suscrita entre el Servicio Murciano de Salud y la Compañía Aseguradora, que tienen un carácter marcadamente civil, hasta el punto de que la propia Ley establece en el art. 3 del Anexo I que la 'Oficina de Mediación Sanitaria' se regirá por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles así como por la legislación que se desarrolle en un futuro en adaptación del Derecho español a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación. Todo lo cual supone un avance en la inclusión de la mediación en el ámbito sanitario.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, Mª. E.: "Marco conceptual de la mediación sociosanitaria", en AA.VV.: *Ponencias de Expertos en Mediación. VIII Conferencia Internacional del Foro Mundial de mediación: Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio*, II, Edita República Bolivariana de Venezuela, Venezuela, 2012, pp. 198-204.

ARMADANS, I., ANEAS, A., SORIA, M.A., BOSCH, LL.: "La mediación en el ámbito de la salud", *Medicina clínica*, 2009, núm. 133 (05), pp. 187-192.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: "Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro", en AA.VV.: *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, 2 (Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos)* (coord. por L. GARCÍA VILLALUENGA, J.L., TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES), Editorial Reus, Madrid, 2010.

GUIJARRO BERNAL, R., ITURMENDI MORALES, G.: "La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del sistema sanitario: la mediación", *DS: Derecho y salud* (2011), vol. 22, núm. Extra 1; Ejemplar dedicado a XX Congreso "Derecho y Salud", pp. 181-188.

NOVEL MARTÍ, G.: *Mediación en salud: Un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

PADILLA TOLEDANO, Mª.R., FERNÁNDEZ-SORDO CABAL, A..: "La función mediadora del Defensor del Paciente (I y II)", A*ctualidad del derecho sanitario,* 2009, núms. 184-165.

PADILLA TOLEDANO, Mª.R.: "La función mediadora del defensor del paciente en el sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Madrid", en AA.VV.: *La familia ante la enfermedad* (coord. por M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010, pp. 239-260.

ÍNDICE

EL CONTRATO DE TRABAJO CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA

THE EMPLOYMENT CONTRACT WITH FOREIGN ELEMENTS

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Graduado en ADE-DERECHO
diegar6@alumni.uv.es

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto analizar la competencia judicial internacional respecto de los litigios que se originen consecuencia de la existencia de un contrato de trabajo que vincula a empresario y trabajador cuando existen elementos de internacionalidad que hacen necesario recurrir en el ámbito de la Unión Europea al nuevo Reglamento Bruselas I bis. En la segunda parte del comentario se analiza la determinación de la Ley aplicable por el juez competente en el Reglamento Roma I de obligaciones contractuales concluyendo qué aplicación práctica tiene en la actualidad el art. 1.4 del ET.

PALABRAS CLAVE: contrato de trabajo internacional, foros competenciales, ley aplicable, norma de extensión.

ABSTRACT: The present comment is intended to analyze the international jurisdiction with regard to labor disputes that produce as a result of the existence of an employment contract which linking employer and employee when there are internationality elements that make necessary to resort in the European Union scope to the new European regulation Brussels I bis. In the second part analyze the identifying of applicable law by competent judge in the Rome I Regulation of contractual obligations concluding what practical application has the article 1.4 of the Statute of Workers at the present time.

KEY WORDS: international employment contract, forums of jurisdiction, applicable law.

FECHA DE ENTREGA: 25/05/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: 1. Introducción y análisis de los criterios competenciales en el Reglamento Bruselas I bis.- 2. Competencia judicial internacional en litigios sobre el contrato de trabajo individual con elementos de internacionalidad.- 3. Determinación de la ley aplicable a los litigios sobre contrato de trabajo individual.- 4. La aplicación del art. 1.4 del ET como norma de extensión.

1. La existencia de elementos propiamente nacionales en un contrato de trabajo no plantea problemas desde el punto de vista de la determinación de la competencia judicial y la legislación aplicable cuando existe una controversia o litigio entre empresario y trabajador fruto de la estipulación de un contrato de trabajo y la consiguiente existencia de una relación laboral.

No obstante, la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable a los litigios entre empresario y trabajador se complica cuando entramos dentro del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado, es decir, cuando existen elementos supranacionales o extranjeros que exceden de las fronteras nacionales, situación que se produce cada vez más como consecuencia de la deslocalización y mundialización de los mercados.

El Reglamento Bruselas I bis recoge reformas y modificaciones por cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional, sin embargo, en lo que a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo se refiere no hay diferencias apreciables o significativas en comparación con el anterior Reglamento Comunitario Bruselas I 44/2001.

El presente comentario versará sobre el análisis de la competencia judicial internacional a propósito del Reglamento Bruselas I bis en los litigios entre empresarios y trabajadores en los cuales existe uno o varios elementos supranacionales y la determinación de la ley aplicable a los mismos.

En la determinación de la competencia judicial internacional, el Reglamento comunitario 1215/2012 diferencia entre:

- Competencias exclusivas (art. 24).

- Foros atributivos de competencia (arts. 25 y 26) o mencionadas sumisión expresa y sumisión tácita.

- Competencias especiales (arts. 7 a 9) y foro general de competencia del domicilio del demandado (art. 4) que se aplican con carácter alternativo, es decir, puede el demandante elegir entre aplicar el foro general o los foros especiales.

- Foros especiales de protección en 3 sectores específicos como son contratos de seguro (arts. 10 a 16), contratos celebrados con consumidores (arts. 17 a 19) y contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23)

El criterio general de determinación de la competencia es el domicilio del demandado, siempre que dicho domicilio esté situado en un Estado miembro de la Unión Europea al que le será de aplicación el mismo.

Sin embargo, la primera categoría competencial supone una excepción al criterio general del domicilio del demandado, pues la determinación de la competencia cuando estamos en primer lugar ante una materia sobre la que versa una competencia exclusiva no se rige por el domicilio del demandado.

Idéntica situación ocurre con los foros atributivos de competencia cuando las partes se someten expresa o tácitamente a los Tribunales de un determinado Estado miembro distinto al de su domicilio o partes que tienen su domicilio en un Estado no miembro pero determinan que para los casos en los que surgiera un conflicto entre ambos, conocerán los órganos jurisdiccionales de un concreto Estado miembro.

Los foros especiales de protección de los arts. 17 y siguientes del Reglamento Bruselas I bis contienen criterios atributivos de competencia judicial internacional que establecen previsiones favorables a la parte débil del contrato, ya sea asegurado, consumidor o trabajador.

Desde el ámbito comunitario, el legislador comunitario es especialmente sensible en estas situaciones en las que una de las partes del contrato se encuentra en posición de desigualdad respecto de la otra parte.

Por ello, las normas contenidas en los arts. 20 a 23 del Reglamento Bruselas I bis referentes a la determinación de la competencia judicial internacional en contrato individual de trabajo contienen normas de protección especial en materia de competencia a favor del trabajador.

La competencia judicial internacional es analizada desde 4 ámbitos de aplicación:

- Ámbito de aplicación temporal: las previsiones del Reglamento Bruselas I bis 1215/2015 en materia de contratos celebrados con trabajadores se aplican a los conflictos que surjan entre empresario y trabajador a partir del 10 de enero de 2015 en los que existan elementos de extranjería, debiendo aplicar para los conflictos surgidos antes de dicha fecha el antiguo Reglamento Bruselas I 44/2001 de forma transitoria.

- Ámbito de aplicación espacial: El ámbito de aplicación espacial no ha experimentado cambios respecto al Reglamento 44/2001 que le precede, siendo aplicable dicho Reglamento en todos los Estados miembros de la Unión Europea

excepto Dinamarca que es el único Estado que no adopta Bruselas I bis no quedando vinculado por este ni sujeta al mismo ámbito de aplicación.

- Ámbito de aplicación material: Dicho ámbito integra los conflictos que versen sobre materias civiles o mercantiles generando la duda de a qué materia pertenecen los conflictos que versen sobre contratos individuales de trabajo.

Sin embargo, el TJUE se pronunció sobre dicha cuestión llevando a cabo una formulación autónoma del concepto del contrato de trabajo, considerando los litigios derivados de contratos individuales de trabajo como materia civil y por tanto objeto de aplicación del Reglamento tanto Bruselas I en su momento como en la actualidad Bruselas I bis para los conflictos entre empresario y trabajador fruto del contrato individual de trabajo. Ello por dos razones principales:

- La primera razón deriva de la expresa inclusión de estos conflictos en los arts. 20 a 23 del Reglamento Bruselas I bis, cuya inclusión ya se produjo con la promulgación del anterior Reglamento Bruselas I.

- Por la evidente naturaleza civil que deriva del propio contrato de trabajo, considerando el contrato de trabajo como materia civil y por tanto coherente con la determinación competencial por razón de la materia.

En el ámbito estatal, España cuenta con la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional, la cual adopta la delimitación competencial adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en su art. 1º incluye dentro de su ámbito de aplicación en materia civil y mercantil la responsabilidad civil derivada del delito y los contratos de trabajo.

A sensu contrario, al hacer referencia a "contrato individual de trabajo" la determinación de la competencia solo se refiere a acciones individuales sobre el contrato de trabajo, no estando comprendido la materia colectiva ni los litigios en materia de Seguridad Social

- Ámbito de aplicación personal: El criterio general por el que se rige el Reglamento Bruselas I bis para la determinación de la competencia judicial internacional es el domicilio del demandado siendo independiente la nacionalidad de las partes para la aplicación del mismo.

Ello implica que si un italiano cuyo domicilio se encuentra en Orlando (Estados Unidos) es demandado en Italia, los Tribunales italianos no podrán hacer uso del Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia, debiendo utilizar otra norma internacional que resulte de aplicación con la salvedad de las anteriormente mencionadas competencias exclusivas o la existencia de sumisión expresa o tácita. No ocurriría lo mismo si un ciudadano nacional de Orlando pero que tuviera su domicilio en Italia o en Francia fuera demandado en alguno de estos países, en cuyo

caso, los Tribunales italianos o franceses sí estarían obligados a utilizar el Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia.

Por ello, al ser el criterio determinante de la aplicación del Reglamento el domicilio del demandado, hay que determinar el concepto de domicilio.

Con respecto al domicilio de la persona física, el art. 62 del Reglamento 1215/2012 no determina directamente qué se entiende por domicilio de la persona física emplazando a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro a aplicar su ley interna para determinar si está domiciliada la persona en un Estado miembro.

Si el sujeto demandado no está domiciliado en el Estado miembro en el que se ha interpuesto la demanda sino en otro Estado miembro, deberá aplicar la ley de dicho Estado miembro para determinar qué se entiende por domicilio.

En el ordenamiento jurídico español es el Código civil el que determina qué se entiende por domicilio de la persona natural, siendo este el lugar de su residencia habitual, no obstante, no se concreta en el propio Código qué se entiende por residencia habitual o más bien cuánto debe durar la permanencia en dicho núcleo de convivencia para que este tenga el carácter de habitual.

Sin embargo, el Reglamento Bruselas I bis sí delimita de forma directa qué constituye el *domicile* o domicilio de la persona jurídica proponiendo en el art. 63 tres opciones de domicilio:

- La sede estatutaria.

- Su administración central o,

- Su centro de actividad principal.

Pero, como se explicará a continuación con ocasión del análisis de los arts. 20 a 22 del Reglamento Bruselas I bis, en litigios que versen sobre el contrato individual de trabajo hay una regulación favorable al trabajador, una especie de vis extensiva de la consideración de domicilio cuando el empresario no tenga domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea pero sí posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro. El art. 20.2 del Reglamento permite asimilar la sucursal, agencia o establecimiento a la consideración de domicilio de la persona jurídica siendo esta previsión especialmente favorable al trabajador.

Cuando se plantea un litigio que tiene por objeto un contrato individual de trabajo que relaciona a empresa y trabajador, los foros atributivos de competencia puestos a disposición de las partes serían:

- Al no existir en el art. 24 del Reglamento competencia exclusiva alguna relacionada con el contrato individual de trabajo, se descarta la aplicación de las competencias exclusivas cuya aplicación no depende del domicilio del demandado.

- Por tanto, los primeros foros de competencia aplicable serían los foros atributivos de competencia basados en la sumisión expresa o la sumisión tácita (arts. 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis)

Podría ser que en el propio contrato de trabajo estipulado entre un trabajador español con domicilio en Massachusetts (Estados Unidos) y una empresa estadounidense sin domicilio ni sucursal o establecimiento en un Estado miembro de la UE se hubiera hecho referencia expresa a que en caso de litigio entre empresario y trabajador fruto del contrato de trabajo estipulado las partes se someten expresamente a los Tribunales italianos. Dicha situación sería un claro ejemplo de la existencia de un acuerdo de sumisión expresa y sumisión a los órganos judiciales de un Estado miembro de la UE con independencia de la localización del domicilio.

Lo mismo ocurriría si en el caso anterior el trabajador español demanda ante los Tribunales españoles y la empresa estadounidense contesta a la demanda sin interponer declinatoria de la competencia, estando en este caso ante la figura de la sumisión tácita.

Estos foros suponen una excepción al criterio o foro general del domicilio del demandado.

A falta de foros atributivos de competencia, se aplicaría el foro general del domicilio del demandado basado en el principio de *favor debitoris*. Es un foro que trata de favorecer a la parte deudora, no obstante, parece que no tenga mucho sentido sostener la aplicación de este foro general en los casos de conflictos entre empresario y trabajador en los que la mayoría de ocasiones será el trabajador el que demande al empresario (TODOLÍ SIGNES, A.: "La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo", *Revista de Información Laboral* 1/2016 Aranzadi). A pesar de ello, se sostiene dicho foro competencial pero se ofrecen al trabajador foros especiales de protección.

Se crean con vocación de otorgamiento de una amplia protección del trabajador partiendo de la asimetría que existe entre empresario y trabajador y la necesidad de protección de la parte más débil a través del principio denominado *favor laboratoris*.

En primer lugar, el TJUE tuvo que determinar las características del contrato individual del trabajo para elaborar un concepto autónomo del mismo evitando concepciones oportunistas provenientes de las distintas legislaciones de los Estados miembros, caracterizándose el contrato de trabajo por los siguientes elementos (STJUE 81, 133):

- El trabajador se encuentra bajo la dirección de un empresario.

- Desempeña la prestación laboral dentro del ámbito de una organización empresarial.

- Relación de carácter duradero.

Del considerando 55 de la STJUE de 31 de mayo (STJUE C-43/99, asunto Leclere) se desprende que "existe contrato de trabajo cuando una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, determinadas prestaciones por las cuales percibe una retribución".

2. Habiendo sido comentada anteriormente la previsión del art. 20.2 del Reglamento, el análisis se centrará en los arts. 21 y 22.

El art. 21 contiene criterios muy favorables a la posibilidad de demandar por el trabajador al empresario siempre que este último esté domiciliado en un Estado miembro:

- Podrá demandar el trabajador al empresario ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el empresario. Como se observa, este fuero se solapa con el propio art. 4 del Reglamento, pues en definitiva está reproduciendo el fuero general cuando es el trabajador quien demanda al empresario, no obstante, el amplio ámbito de protección lo otorga la posibilidad de aplicación alternativa de este foro competencial o de los contenidos en los apartados siguientes.

- O bien ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto:

Podrá demandar el trabajador ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que o desde el cual este desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar donde haya desempeñado la prestación laboral.

Este apartado también está pensado entre otros para los trabajadores transfronterizos, es decir, aquellos cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro distinto de aquel en que desempeñan la prestación laboral. Por ejemplo, un trabajador español cuyo domicilio se encuentra en Pontevedra pero todos los días acude al centro de trabajo de la empresa en el cual presta sus servicios localizado en Coímbra (Portugal) aunque el domicilio social se encuentra en Madrid. Puede decidir entre demandar en Coímbra que es el lugar donde desempeña la prestación laboral o ante los Tribunales españoles por tener la empresa el domicilio social en España.

- Podrá demandar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre el establecimiento que haya empleado al trabajador en los casos de trabajadores que hayan prestado servicios para la empresa indistintamente en más de un Estado miembro.

El apartado segundo del art. contempla una cláusula de cierre para los casos en los que el domicilio social de la empresa no se encuentre en un Estado miembro de la UE.

El art. 22 del Reglamento 1215/2012 otorga un número de fueros inferior al empresario.

- El empresario solo podrá demandar al trabajador ante los órganos del Estado miembro en que este último ostente su domicilio.

- No obstante, la única salvedad o excepción a la previsión anterior la ejemplifica el apartado 2º de dicho art., pues el empresario podrá formular reconvención ante los Tribunales del Estado miembro en que resida el domicilio social de la empresa cuando el trabajador haya interpuesto demanda.

Es decir, se rompe con la regla del apartado 1º que exige que cuando sea el empresario el que demande solo podrá hacerlo en el Estado miembro donde se encuentre domicilio del trabajador

La restricción en comparación con las posibilidades otorgadas al trabajador para demandar queda patente al examinar este art. 22.

3. Una vez determinadas las posibilidades sobre determinación de competencia dispuestas en el Reglamento Bruselas I bis, el siguiente paso para el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro es decidir qué ley aplicará a la resolución del litigio, en este caso entre trabajador y empresario.

Desde el 1 de septiembre de 1993, fecha en la que entra en vigor en España el Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales, existe en nuestro país y en los demás países que ratifican dicho Convenio, un instrumento en orden a determinar la ley aplicable ante litigios que versen sobre obligaciones contractuales.

No obstante, en 2008 con la promulgación del Reglamento comunitario Roma I de obligaciones contractuales, esta norma de derecho comunitario sustituye al Convenio de Roma vigente en España desde el año 1993 instaurando el sistema actualmente vigente de determinación de la ley aplicable.

Antes de entrar a analizar los arts. del Reglamento Roma I es necesario detenerse un momento en el art. 2. La peculiaridad de este Reglamento sobre determinación de la

ley aplicable a obligaciones contractuales es que tiene carácter universal. Ello implica que podrá resultar de aplicación una ley distinta a la de un Estado miembro.

Esta es una diferencia importante con respecto al Reglamento Bruselas I bis relativo a la determinación de la competencia judicial internacional. Para aplicar el Reglamento Roma I es necesario que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la UE o que exista una competencia exclusiva que remita a los órganos judiciales de un Estado miembro o estar ante un supuesto de sumisión expresa o sumisión tácita con independencia de que en estos casos el domicilio del demandado se sitúe o no en un Estado miembro.

Sin embargo, los órganos jurisdiccionales no sufren un encorsetamiento comunitario a la hora de determinar la ley aplicable, pues la ley que resulte de aplicación a la resolución del litigio puede ser la de un Estado no miembro de la Unión Europea.

Es el art. 8 del Reglamento comunitario 593/2008 el que establece los criterios que permiten determinar la ley aplicable a la resolución de los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo, configurando un sistema de determinación de ley aplicable de clara vocación subsidiaria.

- La primera posibilidad que ofrece el art. 8 en su apartado 1º es la elección por las partes de la ley aplicable a la resolución del litigio. En contrato individual de trabajo puede pactarse entre empresario y trabajador que en caso de litigio sobre alguno de los aspectos del contrato sea aplicable la ley española, en concreto el Estatuto de los trabajadores y la Ley de la Jurisdicción Social española o podrían elegir dado el citado carácter universal la ley chilena, en concreto el Código de Trabajo Chileno y la Ley de Procedimiento Laboral Chilena.

Esta primera posibilidad sigue la lógica de la libertad en la elección de ley aplicable del art. 3 del Reglamento Roma I. Por tanto, podría resultar en primer lugar aplicable la ley española si las partes así lo manifiestan en el propio contrato de trabajo.

No obstante, hay una excepción a continuación de dicha previsión pues "dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo."

Este podría ser el claro ejemplo de un trabajador extranjero contratado por empresa española que preste servicios habitualmente en España o bien con carácter residual cuando se encuentre en España el establecimiento que contrató al trabajador. También podría ser el caso de trabajadores españoles contratados en España que prestan servicios para empresas españolas en el extranjero, aspecto que no cambia el punto de conexión del apartado 2º del art. 8.

En estos casos, si la ley elegida distinta a la española puede privar al trabajador de la protección que dispensan las normas de derecho necesario español contenidas en el Estatuto de los trabajadores y fuera efectivamente la ley española la aplicable atendiendo a los puntos de conexión contenidos en los apartados 2, 3 o 4 del art. 8, se aplicarían simultáneamente la normativa elegida por las partes y la normativa española en cuanto a los aspectos más favorables en comparación con la ley elegida por las partes, dando lugar a una situación especialmente peculiar en la cual con carácter general se aplicará la ley elegida por las partes, con la excepción de aquellas cuestiones en las cuales la legislación elegida sea peyorativa con respecto a las normas de derecho necesario español del ET.

Pero si se sostiene que el Estatuto de los trabajadores se configura como una ley de policía (art. 9 Reglamento Roma I), es decir, disposición cuya observancia en un país resulta esencial para la salvaguarda de los intereses públicos, si el Juez español resultara competente aplicara simultáneamente la ley elegida por las partes y el Estatuto de los trabajadores en lo que a disposiciones imperativas incluido se refiere con independencia de que esta fuera más o menos favorable a la ley elegida por las partes en el contrato individual de trabajo, por la consideración como norma de orden público. Aun así no deja de ser una simple conjetura, ya que el Reglamento Roma I exige para que estemos ante una Ley de policía, que la observancia de esta en un país resulte esencial para salvaguardar los intereses públicos.

Al ser el orden público un concepto jurídico indeterminado y no existiendo un concepto autónomo del mismo es difícil sostener la existencia propiamente de Leyes de policía en los términos que exige el propio art. 9 del Reglamento. Opiniones existen a favor tanto de la consideración del ET como Ley de policía como de la inexistencia del carácter de Ley de policía de este.

- En el segundo apartado del art. 8 puede observarse el carácter subsidiario anteriormente citado pues en defecto de ley elegida por las partes, la ley aplicable será la *lex loci executionis* o lugar de desempeño habitual de la prestación laboral. Hay una previsión en el propio apartado 2º in fine para los casos de desplazamientos temporales de trabajadores a otro país en desempeño de la prestación laboral, pues se considerará que el lugar inicial de prestación habitual de servicios no cambia a pesar de la existencia de un desplazamiento temporal para desempeñar dicha prestación laboral en otro país, todo ello bajo el principio de favor laboratoris (STJUE asunto Koelzsch C-29/10 Considerando 46)

Por ello, si el lugar de prestación habitual de servicios es España y por tanto la ley aplicable es la española, no cambiará la ley aplicable porque el trabajador se haya desplazado temporalmente a Francia para prestar servicios en dicho Estado.

- El tercer apartado continúa aplicando la regla de la subsidiariedad, pues en caso de no poder determinar cuál es el lugar de prestación habitual de servicios se aplicará un criterio de carácter residual que será el lugar del establecimiento a través del cual

se haya contratado al trabajador (STJUE asunto Koelzsch C-29/10 Considerando 36).

Este criterio de conexión está pensado para los casos en los que no se haya podido determinar el lugar de prestación habitual de servicios siempre que se haya analizado de modo amplio dicho lugar, es decir, de acuerdo con los Considerandos 39 y 45 de la STJUE de 15 de marzo de 2011 asunto Koelzsch, pues habrá que comprobar a falta de centro de actividad cuál es el lugar donde se ha prestado la mayor parte de su trabajo en aquellos casos en los que las prestaciones laborales se hayan ejercitado en más de un Estado miembro. Solo cuando de esta segunda comprobación no podamos distinguir dónde se ha prestado la mayor parte de los servicios, aplicaremos este tercer criterio de conexión.

Por tanto, en la medida en que el establecimiento que haya contratado al trabajador se encuentre en España, la ley aplicable será la española.

- Por último, el criterio de conexión contenido en el apartado 4º del art. 8 establece una excepción a los apartados 2º y 3º del art. cuando se constata por el Juez competente para conocer del litigio internacional una serie de características que permiten aplicar la Ley de otro Estado distinta a la que resultaría de los apartados 2º o 3º siempre y cuando exista un vínculo significativo, y dicho vínculo significativo se analiza conforme a una seria de criterios contenidos en los Considerandos 45, 49 y 50 de la Sentencia Koelzsch:

- Lugar donde realiza la mayor parte del trabajo cuando no pueda determinarse cuál es el centro de actividad principal.

- A partir del cual realice sus misiones, reciba instrucciones sobre las misiones y organice su trabajo.

- Lugar donde se encuentren las herramientas de trabajo.

- Lugar donde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

Si del análisis de los anteriores criterios, el Juez entiende que es otra la ley que debería ser aplicable conforme a la existencia de un vínculo más estrecho, aplicará este prescindiendo de los criterios de determinación de los apartados 2º y 3º del art. 8, pudiendo ser aplicable la ley española por el Juez cuando, de la observancia de los requisitos anteriores sea España el país más vinculado con el trabajador demandante.

4. El art. 1.4 del Estatuto de los trabajadores establece una norma de derecho internacional privado que tiene la consideración de norma de extensión.

Una norma de extensión excepciona el régimen general conflictual sustituyendo en este la aplicación de una ley distinta a la española por la ley española, es decir, una ley basada en criterios de oportunidad y de política legislativa y cuyo eje central parte de un elemento subjetivo como es el de la nacionalidad.

Por la cercanía del supuesto de hecho con España, el legislador español decide introducir la siguiente previsión normativa en el apartado 4º del art. 1:

"La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español."

Esta regla de extensión está prevista para los casos en los que el único elemento de extranjería es el lugar de prestación de servicios, pues el trabajador es nacional español y el establecimiento de contratación es España.

Dicha norma ha estado contemplada en el Estatuto de los trabajadores durante mucho tiempo sufriendo alguna que otra modificación pero la esencia se mantiene desde el año 1980 hasta la actualidad.

Puede plantear problemas sobre el principio de igualdad y no discriminación que se recoge en el Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores puesto que el final del apartado 4º del art. 1 contempla que los trabajadores españoles que trabajen para empresas españolas en el extranjero conservarán los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

Es peligroso este último párrafo pues podría estar discriminándose a los trabajadores extranjeros al servicio de empresas españolas en el extranjero con respecto a los españoles al servicio de las mismas cuando las condiciones económicas establecidas en la legislación española sean más favorables a las condiciones económicas en la legislación extranjera.

Como expone Fotinopoulou Basurko. O en su art. doctrinal "Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado" que en este punto reproduce los argumentos de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo en "La aplicabilidad del art. 1.4 del ET, llevaría a la aplicación de una ley distinta a determinados contratos justificada únicamente en la nacionalidad española común de las partes".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005 resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina (STS 2005, 76) en el que se planteaba la incorrecta aplicación del art. 1.4 del ET.

La Sentencia de instancia en su FJ 1º "argumenta que el mandato del art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores pretende únicamente garantizar unas condiciones mínimas a los trabajadores españoles que presten sus servicios en el extranjero y que, siendo más favorables las normas de la legislación extranjera, debe ser ésta la aplicable."

Sin embargo, la Sala de lo Social del TS en el FJ 3º de la Sentencia dice lo siguiente:

"Obvio es que el tenor literal del precepto no autoriza a entender que la aplicación de la norma española quede subordinada al mejor tratamiento jurídico del Derecho español respecto del extranjero con el que se le compare. Determinación no fácil de realizar dada la complejidad de derechos y obligaciones que se imbrican en el curso de una relación laboral."

En base a esta argumentación del Alto Tribunal y, como dice LLOBERA VILA, el art. 1.4 del ET que contempla una norma imperativa, en caso de que resulte de aplicación, se aplicará independientemente de que sus previsiones sean favorables o desfavorables para el trabajador español en comparación con la legislación extranjera.

¿Qué aplicación práctica tiene entonces el precepto contenido en el art. 1.4 del ET?

- El art. 1.4 del ET, a pesar de estar vigente desde 1980 aun habiendo sufrido modificaciones, dejaría de ser aplicable desde el 1 de septiembre de 1993 con la entrada en vigor en España del Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales, y con mayor acento si cabe desde la promulgación del Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales pues al existir previamente un instrumento internacional y posteriormente un instrumento comunitario, estos se aplicarán con carácter preferente sobre cualquier disposición estatal por su aplicación directa en España vía art. 96 de la Constitución española desplazando el Reglamento 593/2008 la aplicación del art. 1.4 del ET (LLOBERA VILA, M.: "El art. 1.4 del ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social, Ed. Bomarzo*, 2016, núm. 73º p.147).

- En segundo lugar, la aplicación del art. 1.4 del ET viene condicionada a la prueba del derecho extranjero pues el trabajador español que presta servicios para una empresa española en el extranjero deberá probar en dicho país el derecho español y si no resulta suficientemente probado, el Juez del país en que preste servicios aplicará el ordenamiento jurídico interno o ley del foro sin reparar en la aplicación del art. 1.4 del ET.

ÍNDICE

L'UNIFICAZIONE DEI RUOLI DIRIGENZIALI NELLA QUARTA RIFORMA DEL LAVORO PUBBLICO ITALIANO

THE UNIFICATION OF DIRECTIVE ROLES IN THE FOURTH REFORM OF THE ITALIAN PUBLIC LABOUR

DRA. DRA. GIUSEPPINA PENSABENE LIONTI
Avvocato
giuseppina.pensabenelionti@unipa.it

RESUMEN: Le norme contenute nella L. n. 124/2015 aprono una nuova stagione di riforme del lavoro pubblico italiano, all'insegna dei (declamati) principi di semplificazione, flessibilità ed unitarietà. Di particolare momento, sono le previsioni concernenti la dirigenza di cui all'art. 11, tra le quali spiccano quelle relative all'unificazione dei ruoli dirigenziali e all'abolizione delle due fasce, non solo per la loro portata innovativa, ma anche per le connesse ricadute sulle modalità di selezione del dirigente, pur nella specificità dei vari rami dell'Amministrazione; quindi, sulla definitiva immissione nei ruoli e sul sistema di conferimento degli incarichi.

PALABRAS CLAVE: Dirigenza, Ruoli, Riforma, Jobs Act, Incarico, Flessibilità, Semplificazione, Durata, Corte Costituzionale, Ordinamento italiano, Impiego pubblico .

ABSTRACT: This paper examines the provisions contained in Law n. 124/2015, that opened a new season of reforms for the Italian public labour, in accordance with the (declaimed) principles of simplification, flexibility and unity. It is worth highlighting the legal framework provided by article 11, in particular focusing on the unification of directive roles and the abolition of the two executive classes. The innovative character of the recently mentioned article, has also affected the process for the selection of executives in the different areas of the Public Administration; hence, the new norms have adjusted the procedure for the assignment of roles and entrustment of the heads of the Administration.

KEY WORDS: Public directive, Ruoli; Reform, Jobs Act, Heads of Administration, Flexibility, Simplification, Duration, Corte Costituzionale, Italian law system. Public labour law.

FECHA DE ENTREGA: 25/05/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016

SUMARIO: 1. La dirigenza nell'attuale progetto di Riforma della Pubblica Amministrazione tra semplificazione e precarizzazione.- 2. Breve panoramica delle principali innovazioni della disciplina dirigenziale: critica.- 3. Il nuovo "sistema" della dirigenza pubblica articolato in ruoli unificati.- 4. Il "ruolo unico": luci ed ombre. 5. Possibili profili d'illegittimità costituzionale.- 6. L'incidenza dell'unificazione dei ruoli sulla nuova disciplina dell'incarico dirigenziale. -7. Nuove regole in tema di conferimento: la Commissione "indipendente" per la dirigenza.- 8. (Segue).. in tema di durata.- 9. Notazioni conclusive.

1. In Italia, il lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione è stato oggetto di un continuo processo riformatore.

Le riforme hanno sempre, direttamente o indirettamente, interessato in qualche modo anche la dirigenza e si sono susseguite almeno dai primi anni 90 con la c.d. "privatizzazione del pubblico impiego", sino ai nostri giorni con le ultime proposte del governo Renzi.

Se le due fasi della privatizzazione, rispettivamente del 1992 e del 1998, sono tradizionalmente considerate le prime due riforme del pubblico impiego ed il passaggio dalla riforma Frattini del 2002 (L. n. 145/2002) a quella Brunetta del 2009 (D.lgs. n. 150/2009) rappresentano la terza riforma del lavoro pubblico, la c.d. "riforma Renzi-Madia" di riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche (L. n. 124/2015), attualmente in corso, può essere ritenuta, a pieno titolo, la quarta fase del tormentato percorso riformatore del settore pubblico del lavoro (cfr., in tal senso, BOSCATI, A.:"La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?", *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n.2, pp. 233 e ss.).

Invero, il d.d.l. n. 1577/2015, deliberato dal Governo nella riunione del Consiglio dei Ministri del 10 luglio 2014 e divenuto legge il 4 agosto 2015 (l. n. 124/2015 cit.), contiene una radicale revisione delle regole che presidiano gli aspetti salienti della disciplina dirigenziale, sostituendole con un regime innovativo che, ispirato formalmente ad una maggiore "semplificazione", dà, invece, l'impressione di muoversi nella logica della precarizzazione del dirigente.

2. Molti sono i profili innovativi del regime del rapporto di lavoro del dirigente disegnato dalla riforma Renzi, tant'è che diviene ardua l'individuazione di un vero e proprio *continuum* tra la nuova disciplina e quella vigente (cfr. DEODATO, C.: "Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica", *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*,, 2014, n. 6, p. 946).

Al riguardo, vero è che dovranno attendersi i decreti attuativi della l. n. 124/2015 per poter delineare un quadro completo del nuovo disegno riformatore (il 20 gennaio 2016 sono stati presentati soltanto i primi 11 schemi di Decreti Legislativi di attuazione), tuttavia, altrettanto vero è che, allo stato, le disposizioni ivi contenute, ancorché strutturate come delega legislativa, contengono principi e criteri direttivi sufficientemente dettagliati. Ciò consente, non solo di prefigurare l'*an* della disciplina sostanziale risultante dalla futura emanazione dei decreti delegati, ma anche di far luce su taluni punti di criticità concernenti l'attuale assetto della dirigenza pubblica e la sua influenza sul funzionamento della Pubblica Amministrazione, sulla qualità dei servizi erogati ai cittadini e, in ultima istanza, sul bene comune della collettività degli amministrati.

La l. n. 124/2015 è suddivisa in quattro capi: "Semplificazioni amministrative" (artt. 1-7); "Organizzazione" (artt. 8-10); "Personale" (artt. 11-15); "Deleghe per la semplificazione normativa" (artt. 16-23).

Le disposizioni che concernono direttamente il lavoro pubblico sono contenute nel secondo capo, ma anche nel quarto, che prevede criteri *ad hoc* per il "Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (art. 17). Quanto alla disciplina della dirigenza, invece, occorre guardare all'art. 11.

Come già accennato, la riforma voluta dal governo Renzi, a ben vedere, non si limita a limare il regime esistente del rapporto di lavoro dei dirigenti, ma ne riscrive interi aspetti e ne stravolge l'assetto ordinamentale.

Il disegno riformatore, dettagliato nella legge delega del 2015, si compone infatti di numerosi interventi: taluni sono apprezzabili positivamente (come, ad esempio, quelli relativi alla formazione permanente o c.d. "on the job") altri, invece, espongono il fianco a facili obiezioni circa le ragioni ad essi sottese ed i connessi possibili profili di incostituzionalità.

In questa sede, è opportuno limitarsi a segnalare sinteticamente le innovazioni in tal senso più rilevanti, ponendo l'accento sulle finalità che la legge delega si propone di conseguire attraverso di esse.

E' prevista, in particolare, l'unificazione dei ruoli dei dirigenti (dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali); l'eliminazione della distinzione in due fasce; l'introduzione di un sistema di formazione permanente e della piena mobilità tra i ruoli; la riduzione della durata degli incarichi; l'abolizione della figura del segretario comunale. Nuove regole vengono altresì introdotte in materia di conferimento degli incarichi, valutazione ed accesso alla dirigenza, con ricadute sostanziali sulle modalità di selezione e sulla definitiva immissione nei ruoli.

La *ratio* sottesa all'intera riforma veniva esplicitata dal Ministro Madia, nel corso dell'audizione congiunta delle commissioni parlamentari della Camera, attraverso l'indicazione di una serie di obiettivi da perseguire, riassumibili nei seguenti punti: 1)

semplificazione dell'Amministrazione; 2) trasparenza dell'azione amministrativa; 3) "ringiovanimento" della Pubblica Amministrazione e connessa revisione dei meccanismi di assunzione e mobilità, volontaria e obbligatoria; 4) riforma radicale della disciplina dirigenziale, attraverso la creazione di un corpo unitario di dirigenti in competizione e l'introduzione di procedure trasparenti per il conferimento dell'incarico, aperte al contributo di professionalità provenienti sia dal settore privato che, indifferentemente, da uno dei ruoli unificati 5) salvaguardia delle pari opportunità nei ruoli di vertice; 6) prosecuzione della *spending review* e rafforzamento della lotta alla corruzione con finalità garantistiche circa il produttivo impiego del denaro dei cittadini.

Ma le ragioni su cui poggiano le singole previsioni enunciate non sempre risultano facilmente intellegibili.

Appaiono, invero, oscuri, ad esempio, i motivi per i quali si ritiene che possa contribuire a migliorare il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione la (rivoluzionaria) previsione che consente di conferire incarichi a dirigenti appartenenti a ruoli diversi e, addirittura, a diversi livelli di governo.

Ciò conduce, infatti, ad una sostanziale equiparazione dei dirigenti di tutte le amministrazioni pubbliche, che non tiene conto delle diversità ontologiche che le caratterizzano, principalmente sotto i profili delle peculiari professionalità e capacità richieste e maturate nell'espletamento delle specifiche attività dirigenziali connesse ad una determinata *categoria* di struttura amministrativa, secondo l'evolversi del rapporto con l'organo politico di riferimento.

Per quanto concerne la valutazione, se può essere considerato positivamente il collegamento tra risultato e attribuzione dell'incarico (per la verità, già introdotto dalla riforma Brunetta), d'altro canto, la formulazione dei principi e criteri direttivi per il riordino della relativa disciplina appare eccessivamente vaga per determinare concrete linee di intervento in grado di superare l'*impasse* della valutazione del dirigente, ad un tempo, "valutatore" dei dipendenti dell'ufficio a cui è preposto e "valutato" dall'organo politico titolare del potere di indirizzo e, dunque, privo di quell' "autonomia dei valutatori" laconicamente richiesta dall'art. 11 della legge delega (cfr. BELLAVISTA, A: "Alcune considerazioni sulla riforma del governo Renzi della Pubblica Amministrazione", *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, 2014,* n. 2, p. 325).

Altrettanto generici risultano i criteri direttivi circa la responsabilità del dirigente che, di fatto, si limitano alla previsione del riordino delle disposizioni legislative di cui al d.lgs. n. 165/2001, attraverso l'ambigua "limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'art. 21" e "..della responsabilità disciplinare ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi"; come a voler escludere, indirettamente, qualsivoglia responsabilità dei funzionari e dei politici. Lo scenario configurato è, cioè, quello di un dirigente ancora una volta ingabbiato da una legislazione eccessivamente pervasiva e stretto dalla morsa di un'indebita ingerenza politica (Cfr.

BORGOGELLI, F.: "Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma", *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 5, p. 704).

Senza considerare il *quomodo* attraverso cui è stata avviata la riforma Renzi, connotato dall'assenza della ricerca di qualsivoglia dialogo con le grandi organizzazioni sindacali che, seppure facoltativo, risulta spesso particolarmente significativo nel momento in cui ci si accinge ad introdurre cambiamenti radicali concernenti ampi settori di interesse generale.

C'è da chiedersi, invero, quali siano gli spazi residuali lasciati alla contrattazione, tanto collettiva quanto individuale, e se il rapporto di lavoro dirigenziale rimanga ancora realmente contrattualizzato o se, invece, nella sostanza, il disegno riformatore del 2015 finisca per seppellire l'obiettivo di autonomizzazione del dirigente dietro l'egida di regole legislative che rafforzano quel reticolo stringente già costruito dal d.lgs. n. 150 del 2009 (cfr. RICCI, M: "Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli", *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 3-4, p. 462, laddove l'A. considera che "quella che avrebbe potuto essere la svolta in materia di crescita e occupazione si è trasformata in un'ulteriore modifica delle regole, in sostanziale linea di continuità con il processo di destrutturazione del diritto del lavoro dei governi precedenti").

3. L'art. 11, co.1, lett. a) della l. n. 124/2015 si apre prevedendo, come primo criterio direttivo, "l'istituzione del sistema della dirigenza pubblica, articolato in ruoli unificati e coordinati, accomunati da requisiti omogenei di accesso e da procedure analoghe di reclutamento, basati sul principio del merito, dell'aggiornamento e della formazione continua, e caratterizzato dalla piena mobilita' tra i ruoli…" e l'abolizione delle due fasce.

Per effetto di tale nuovo "sistema" della dirigenza pubblica, dunque, la formale distinzione tra i tre ruoli dirigenziali perde valenza sostanziale, essendo, di fatto, i dirigenti dei diversi livelli di governo equiparati a tutti gli effetti (reclutamento, conferimento degli incarichi, ecc.), tant'è che ne è consentita ("rectius" promossa) "la piena mobilità tra i ruoli".

In particolare, i tre grandi ruoli unici sono destinati a raccogliere rispettivamente: a) i dirigenti delle amministrazioni dello Stato, degli enti pubblici non economici nazionali, delle università, degli enti di ricerca, delle agenzie governative, delle autorità indipendenti ("nel rispetto della loro piena autonomia"), con esclusione della dirigenza scolastica; b) i dirigenti delle Regioni, degli enti pubblici e delle agenzie regionali, i dirigenti amministrativi, professionali e tecnici del Sistema sanitario nazionale, i dirigenti delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; c) i dirigenti degli Enti locali, con l'abolizione della figura dei segretari comunali e provinciali (art. 11, co.1, lett. b, n. 4, l. n. 124/2015).

Inoltre, a chiusura della lett. a), co. 1, art. 11, l. n. 124/2015, è prevista l'istituzione, presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri (al quale spetterebbe la gestione tecnica dei ruoli) di una banca dati – "alimentata dai dati forniti dalle amministrazioni interessate" – in cui dovrebbero essere inseriti il *curriculum vitae,* un profilo professionale e gli esiti delle valutazioni per ciascun dirigente dei ruoli unici.

Una sorta, cioè, di "banca dati delle competenze" (l'espressione è di D'ALESSIO, G.: "La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", I*l lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, p. 4)., che assolverebbe una funzione di ricognizione del profilo professionale del dirigente complessivamente inteso (composto dall'insieme delle sue capacità, potenzialità, competenze manageriali, specializzazioni), reso "trasparente" in funzione prodromica all'assegnazione delle successive funzioni e al conferimento di incarichi, in ossequio al principio di meritocrazia.

4. A ben vedere, si tratta di un sistema la cui declinazione nei decreti delegati sarà verosimilmente vincolata e stringente, consentendo fin d'ora di formulare talune riflessioni sullo stesso, vieppiù in considerazione del suo carattere fortemente innovativo e della sua particolare incidenza su altri aspetti fondamentali della disciplina dirigenziale (*in primis* quelli concernenti l'accesso ed il conferimento dell'incarico).

Sul punto si osserva quanto segue.

Per un verso, l'unificazione dei ruoli potrebbe essere suscettibile di una valutazione positiva. Nell'ottica della flessibilizzazione del "mercato della dirigenza", infatti, essa potrebbe favorire, attraverso il principio della "piena mobilità", una utilizzazione semplificata e più economica della risorsa dirigenziale, attesa la possibilità di una sua utile ricollocazione all'interno di strutture pubbliche diversificate. Ciò, da un lato, consentirebbe alle Amministrazioni di scegliere i titolari dei propri uffici nell'ambito di una platea di professionalità molto più ampia ed eterogenea e, dall'altro, permetterebbe ai dirigenti di crescere professionalmente, anche aldilà della sola amministrazione di appartenenza.

Per altro verso, però, non possono sottacersi talune perplessità sull'inquadramento dei dirigenti nei macro-ruoli di cui sopra.

Anzitutto, la professionalità acquisita nei vari livelli di governo (statale, regionale, degli enti locali) non può che riferirsi alle caratteristiche peculiari di quelle amministrazioni, anche in considerazione della diversità delle regole che presidiano l'accesso nei diversi ruoli. Ciò sembra essere in qualche modo ignorato dalla riforma che introduce un'inedita fungibilità tra competenze ed attitudini professionali, con il rischio di impoverire le amministrazioni interessate dal conferimento di incarichi a

dirigenti provenienti da altri livelli di governo. Invero, per effetto di tale nuovo sistema, un incarico in un'amministrazione statale potrà, poniamo, essere conferito ad un dirigente appartenente al ruolo dei dirigenti degli Enti locali o delle Regioni (e viceversa, in base alla nuova regola della mobilità tra ruoli), con la conseguenza che l'amministrazione statale, in questo caso, perderà la garanzia della specifica competenza acquisita dai dirigenti che si sono formati presso il suo ruolo (DEODATO, C.: "Brevi riflessioni", cit., p. 954).

5. Al riguardo, emergono altresì profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 97 Cost., sia per il programmato sistema del ruolo unico, sia con riferimento al c.d. regime transitorio (sul punto, v., "amplius", DEODATO, C.: "Brevi riflessioni", cit., p. 954).

In particolare, con riferimento alla disciplina transitoria, il principale punto di criticità emerge dalla concreta possibilità che i dirigenti di prima fascia si trovino davanti al "fatto compiuto" della perdita del pertinente regime giuridico ed economico ove gli vengano affidati incarichi di seconda fascia. Quest'ultima è, infatti, un'ipotesi di "reformatio in peius" dello "status" giuridico ed economico del dirigente che diverrebbe plausibile secondo le previsioni contenute nella legge delega relative all'abolizione delle due fasce ed all'unificazione dei ruoli, pur trattandosi di statuizioni che, in sé, appaiono lesive del legittimo affidamento ingenerato nei dirigenti di prima fascia al momento del conseguimento della relativa posizione giuridica economica ed, in generale (anche per gli altri dirigenti), a seguito della vittoria del concorso.

Ciò contrasterebbe con quel principio - che, oramai, costituisce "jus tralaticium" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr., da ultimo, Corte Cost., sent. n. 160/2013) - secondo il quale occorre tutelare l'affidamento sulla stabilità dell'assetto giuridico ed economico del rapporto negoziale genetico vietandone la modifica peggiorativa unilaterale, salvo che la stessa non rivesta un'efficacia temporale limitata e non sia giustificata da esigenze finanziarie straordinarie o da motivi imperativi di interesse generale (che, nel caso in esame, non sembrano ben vero ricorrere).

Sul piano pratico, come è stato osservato (cfr. DEODATO, C.: "Brevi riflessioni", cit., p. 954), il rischio maggiore è quello di generare un rilevante contenzioso, attesa la concreta possibilità che dirigenti di seconda fascia siano preferiti a dirigenti di prima fascia nel conferimento di incarichi dirigenziali generali, malgrado l'allegazione da parte dei secondi di esperienze professionali verosimilmente più rilevanti rispetto a quelle maturate dai primi nell'amministrazione di appartenenza.

Peraltro, fermo restando tale profilo di irragionevolezza e mancata conformità a Costituzione, in senso più squisitamente giuslavoristico, si osserva che la riduzione dei diritti economici del dirigente in servizio, ammessa dalla suddetta disciplina transitoria, corre il rischio di stravolgere, in definitiva, le regole del rapporto di

lavoro dirigenziale, attraverso l'introduzione di un regime nuovo che la legge impone "dall'alto", in modo autoritativo e senza ricercare il dialogo con i soggetti interessati, titolari dei contratti (individuali e collettivi) la cui disciplina viene derogata "in peius".

Inoltre, il ruolo unico autoritativamente imposto potrebbe ingenerare dubbi di costituzionalità con riguardo ad un altro aspetto: l'istituzione con legge statale dei ruoli unici dei dirigenti delle Regioni e degli Enti locali confligge con il principio costituzionale che affida all'autonomia dei diversi livelli di governo, l'organizzazione delle pertinenti amministrazioni (cfr., per tutte, Corte Cost., sent. n. 7/2011).

6. Un ulteriore elemento di perplessità del nuovo sistema dirigenziale, emerge alla luce delle modifiche prospettate con riferimento al meccanismo di attribuzione degli incarichi, dando prova, queste ultime, della spinta alla precarizzazione del dirigente di cui si è detto al principio. In particolare, il dirigente potrebbe vedersi privato di quel "minimum" di stabilità con l'amministrazione di appartenenza, sul quale peraltro fonderebbe la sua autonomia rispetto al mutevole avvicendarsi del rapporto con l'organo politico (oltre che le sue prospettive di carriera) rimanendo confinato in un comparto pubblico, caratterizzato dall'equiparazione sostanziale di tutti i dirigenti, a prescindere dalla loro formazione e competenza. Invero, non solo vengono ridimensionati i diritti economici del dirigente, ma inoltre si consente di conferire incarichi dirigenziali presso altri livelli di governo, con l'incombente minaccia del licenziamento nel caso di rifiuto.

Ma procediamo con ordine, individuando, anzitutto, gli aspetti salienti della nuova disciplina dell'incarico.

7. Come per l'accesso alla dirigenza, anche per il conferimento dell'incarico, la l. n. 124/2015 vuole prospettare la creazione di un mercato competitivo.

Ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett g), l. cit., il conferimento avverrebbe, infatti, mediante una procedura comparativa con avviso pubblico ed in base a requisiti definiti dall'amministrazione, fondati sui criteri generali dettati dalle Commissioni per la dirigenza.

Gli incarichi verranno conferiti ai dirigenti appartenenti ai ruoli unici – quello dei dirigenti delle amministrazioni dello Stato, quello dei dirigenti delle regioni e quello dei dirigenti degli enti locali – nella prospettiva della "piena mobilità" tra gli stessi cui è ispirata la legge delega.

Al fine di accrescere la trasparenza della procedura di affidamento, inoltre, i "curricula" dei dirigenti di ruolo e le valutazioni da essi ottenute nei diversi incarichi

dovranno confluire nell'apposita banca dati da istituirsi presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sulla quale, con congruo anticipo, bisognerà anche pubblicizzare i posti dirigenziali che si rendono vacanti in ogni singola amministrazione.

Vengono, altresì, espressamente previsti gli elementi di cui si dovrà tener conto ai fini della scelta del dirigente da incaricare. Segnatamente, l'amministrazione dovrà definire preventivamente, per ciascun incarico dirigenziale, "i requisiti necessari in termini di competenze ed esperienze professionali, tenendo conto della complessità, delle responsabilità organizzative e delle risorse umane e strumentali". Assumeranno rilevanza anche le attitudini del singolo dirigente, i precedenti incarichi e la relativa valutazione, le specifiche competenze organizzative possedute e "le esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti all'incarico da conferire".

Fin qui, però, nulla di particolarmente significativo viene aggiunto al sistema di conferimento previgente.

La legge delega presenta, invece, maggiori spunti di innovatività laddove affida ad un'apposita Commissione indipendente, "operante con piena autonomia di valutazione", il compito di verificare il rispetto dei criteri di conferimento e dell'effettiva adozione ed utilizzo dei sistemi di valutazione a tal fine predisposti. La "ratio" è evidentemente quella di arginare quei comportamenti opportunistici delle singole amministrazioni, emersi nel corso degli anni, che hanno dato luogo – come si è visto – ad un "iter" giurisprudenziale particolarmente lungo, tendente a stigmatizzare l'eccessiva discrezionalità del soggetto titolare del potere di nomina.

In particolare, per quanto concerne gli incarichi relativi ad uffici di vertice e quelli corrispondenti ad uffici di livello dirigenziale generale, il disegno di legge predispone una preselezione da parte delle Commissioni di un numero predeterminato di candidati in possesso dei requisiti richiesti, cui seguirà la successiva scelta da parte del soggetto nominante.

Per gli altri incarichi dirigenziali, la verifica della Commissione sul rispetto dei suddetti requisiti avverrà, invece, "ex post".

Al riguardo, si osserva che l'esigenza di rafforzare la distinzione funzionale tra indirizzo politico e gestione amministrativa anche tramite l'apporto della Commissione per la dirigenza potrebbe, però, prevalere sulla, altrettanto importante, necessaria circostanza che il sistema dei conferimenti – anche in considerazione della reiterazione dei medesimi nel tempo – si mantenga fluido, senza essere appesantito da eccessive lungaggini procedurali (in tal senso, cfr. VISCOMI, A.: "Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive", *Il lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, 2014, vol. 17, p. 9).

In effetti, la "verifica del rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi" attribuita dalla lett b) alle Commissioni sembrerebbe essere una e successiva alla scelta del dirigente da parte del soggetto nominante, laddove, invece, secondo quanto previsto dalla lett g) in esame, la pubblicazione dell'avviso pubblico deve avvenire previa approvazione da parte della Commissione, la quale deve, altresì, effettuare un giudizio di congruità successiva, verificando "ex post" il rispetto dei medesimi criteri nella fase attuativa.

Per quanto concerne gli incarichi dirigenziali conferiti all'esterno saranno previste procedure selettive e comparative, fermi restando i limiti percentuali di cui all'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, "in modo sostenibile per le amministrazioni non statali".

8. Con riferimento alla durata degli incarichi, la lett. h) pone le seguenti regole: a) durata quadriennale degli incarichi; b) possibilità di rinnovo degli stessi previa partecipazione alla procedura di avviso pubblico; c) facoltà di rinnovo per ulteriori due anni, in assenza di procedura selettiva, per una sola volta, "purché motivato e nei soli casi nei quali il dirigente abbia ottenuto una valutazione positiva"; d) "possibilità di proroga dell'incarico dirigenziale in essere, per il periodo strettamente necessario al completamento delle procedure per il conferimento del nuovo incarico".

Si valuta positivamente il rafforzamento della correlazione tra incarichi e risultati e l'accrescimento di una competitività basata sul merito, tesa a ripristinare una sicurezza "di carriera" del rapporto di impiego dirigenziale, laddove il dirigente si è mostrato, fin ad ora, troppo incline a cedere il proprio potere ai vertici politici in cambio di una sicurezza meramente "economica", che ha reso inefficienti le amministrazioni ed ha pesato gravemente sulle pubbliche finanze (le retribuzioni dei dirigenti generali italiani sono risultate tra le più elevate dei paesi OCSE: si ricorda, al riguardo, quanto stabilito dall'art. 13, d.l. n. 66 del 2014 che ha fissato un tetto massimo al trattamento retributivo dei funzionari pubblici pari a duecentoquarantamila euro; sul punto, cfr. BATTINI, S.: "Noblemaire, Renzi e le retribuzioni pubbliche", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, p. 561).

Altrettanto positivamente si considera l'apporto della Commissione che, lungi dal condurre all'eccessiva "burocratizzazione" del conferimento dell'incarico di cui si è parlato in precedenza, potrebbe, invece, rendere effettivamente più meritocratica la scelta del dirigente da incaricare; seppure sarebbe necessario prevedere strumenti ben più pregnanti per assicurare l'effettiva indipendenza valutativa dei membri che la compongono (sicchè, allo stato, la riserva è d'obbligo). Peraltro, anche sulla decadenza dagli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione è richiesto – in sostituzione del Comitato dei Garanti – il parere (obbligatorio e non vincolante) delle Commissioni di cui alla lett. b), "da rendere entro un termine certo, decorso il quale il parere si intende acquisito". Come per il conferimento, inoltre, le Commissioni assumono funzioni di verifica del rispetto dei criteri e dell'effettiva

adozione ed utilizzo dei sistemi di valutazione al fine della mancata conferma degli incarichi.

Quanto alle regole introdotte in tema di durata, invece, si conferma l'impressione di una "nuova precarizzazione" del dirigente, il quale vivrà l'ansia di non ricevere un altro incarico alla scadenza di quello in atto, distraendo la concentrazione necessaria all'espletamento dello stesso verso la tendenza a costituire - ancora una volta - una rete di protezione con il mondo politico, che gli consenta di "sopravvivere" al termine dell'incarico, anche presso un'altra amministrazione. Ciò è ancor più evidente con riguardo ai dirigenti privi di incarico, i quali sostanzialmente risultano "dimenticati" (così, cfr. BATTINI, S.: "Una nuova stagione di riforme amministrative", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, n. 11, p.1018).

Per questi ultimi è prevista la "decadenza dal ruolo unico a seguito di un determinato periodo di collocamento in disponibilità". Al riguardo, tuttavia, si osserva che, a seguito degli emendamenti approvati il 9 luglio 2015 dalla prima Commissione Affari costituzionali, a tale previsione si è aggiunto l'inciso "successivo a valutazione negativa", laddove, invece, la versione originaria della norma consentiva – con un dettato di dubbia compatibilità con i principi di cui agli artt. 97 e 35 Cost. – il licenziamento del dirigente rimasto senza incarico anche a prescindere dalla valutazione del suo operato. E', altresì, confluita nel testo del disegno di legge, approvato il 4 agosto del 2015 dal Senato, e, quindi, in quello della l. n. 124/2015, la previsione "della possibilità, per i dirigenti collocati in disponibilità, di formulare istanza di ricollocazione in qualità di funzionario, in deroga all'art. 2103 del codice civile, nei ruoli delle pubbliche amministrazioni".

Ciò non ha nulla a che vedere, naturalmente, con la dichiarazione di intenti della delega di "lotta alla corruzione", attraverso la previsione della "decadenza dall'incarico nel caso di manifesta violazione di leggi o regolamenti o del principio di buon andamento e imparzialità" di cui alla lett. p), nonché di "ipotesi di revoca dell'incarico e di divieto di rinnovo di conferimento di incarichi in settori sensibili e esposti al rischio di corruzione, in presenza di condanna anche non definitiva, da parte della Corte dei Conti, al risarcimento del danno erariale per condotte dolose" ex lett q).

Si rileva, altresì, che, nella medesima lett. h) concernente la diversa materia della durata degli incarichi, viene sancito il principio dell'equilibrio di genere nel conferimento degli incarichi.

9. Alla luce di quanto sinora rilevato, se di passi in avanti sembrano, con la legge delega in commento, essersene fatti, soprattutto sotto il profilo della verifica dell'effettiva osservanza dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi – cosa consentita dall'istituzione di Commissioni per la dirigenza connotate

da un reale tasso di indipendenza –, l'adeguamento ai postulati costituzionali della disciplina del conferimento degli incarichi non appare, allo stato, appieno compiuto.

Non è, infatti, nell'ottica dei principi, bastevole la possibilità, prevista dalla legge delega, di conferire incarichi dirigenziali a dirigenti appartenenti ad amministrazioni altre da quella in cui deve essere espletato l'incarico, né appare – se non in astratto – sufficiente il "declamato" intervento delle Commissioni per la dirigenza, ove la scelta del soggetto nominante non sia blindata da quell'obbligo di motivazione – concretantesi, nel caso di specie, nel dare ragione delle differenze tra i profili dei singoli candidati – che è del c.d. giusto procedimento la quintessenza (cfr. – come è noto – Corte Cost., 2 marzo 1962, n. 13, in Giur. cost., 1962, p. 26, con nota di Crisafulli, V.: Principio di legalità e "giusto procedimento").

La stessa preselezione, nel caso degli uffici di vertice e di quelli di livello dirigenziale generale, dei candidati da parte delle Commissioni per la dirigenza certamente non assicura la dovuta limitazione della discrezionalità del nominante, che – a dettato normativo invariato – sembrerebbe poter prescindere dagli obblighi di motivazione e comparazione dei "curricula" (cfr., in merito, le osservazioni di DEODATO, C.: "Brevi riflessioni" cit., p. 959, secondo cui "se ne ricava l'impressione che, rispetto alla disciplina legislativa vigente, che pure stabilisce, all'art. 19 d.lgs. n. 165 del 2001, i criteri alla cui stregua devono essere conferiti gli incarichi, prescrive la pubblicazione dell'avviso e dei criteri di scelta e impone la valutazione delle domande, la nuova disciplina non contenga significative innovazioni e continui a permettere, come adesso, un'estrema discrezionalità nella scelta del dirigente a cui affidare l'incarico").

In probabile violazione dei principi elaborati dalla Corte Costituzionale (cfr. , "ex multis", Corte Cost. sentt. nn. 81/2013, 103/2007, 233/2006, 9/2006), la nuova disciplina rischia, cioè, di produrre, come unico effetto immediatamente tangibile, quello di consentire al politico di scegliere liberamente i dirigenti nell'ambito di una platea più vasta, con conseguente "vulnus" inferto (ancora una volta) al principio di distinzione tra Politica e Amministrazione.

Le segnalate criticità si aggiungono ad un'ulteriore riflessione di fondo che fa leva su quanto già previsto dall'art. 19, commi 5 bis e 6, d.lgs. n. 165/2001 relativo alla possibilità di conferire - entro aliquote determinate e fornendone esplicita motivazione - incarichi dirigenziali o di diretta collaborazione a soggetti esterni all'amministrazione (o, addirittura reperiti nel settore privato), con "particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione". Tale previsione, infatti, - di per sé esposta a critiche circa il rischio di "diffondere una forte dipendenza e fidelizzazione nei confronti del potere politico" (BELLAVISTA, A.: "La figura del datore di lavoro pubblico", *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2010, fasc. 125, p. 108 - sarebbe forse già idonea a soddisfare l'esigenza di assegnare un numero limitato di incarichi a professionalità assenti nelle singole amministrazioni, senza necessità di stravolgere

l'intero regime del rapporto di lavoro dirigenziale, rendendo il comparto dirigenziale da castello inespugnabile a casa di cristallo .

L'auspicio è, pertanto, che, in sede di decreti legislativi attuativi e di ermeneusi giurisprudenziale – da sempre decisiva nella "subiecta materia" – si approdi, con l'adeguamento dell'affidamento degli incarichi ai principi del giusto procedimento, ad una ancora più nitida distinzione tra Governo ed Amministrazione (d'obbligo è il richiamo a SPAVENTA, S.: "Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880", www.giustizia-amministrativa.it).

BIBLIOGRAFÍA

BATTINI, S.: "Noblemaire, Renzi e le retribuzioni pubbliche", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014.

BATTINI, S.: "Una nuova stagione di riforme amministrative", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014.

BELLAVISTA, A.: "La figura del datore di lavoro pubblico", *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2010, fasc. 125.

BELLAVISTA, A: "Alcune considerazioni sulla riforma del governo Renzi della Pubblica Amministrazione", *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 2.

BORGOGELLI, F.: "Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma", *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 5.

BOSCATI, A.:"La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?", *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 2.

DEODATO, C.: "Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica", *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*,, 2014, n. 6.

RICCI, M: "Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli", *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 3-4.

SPAVENTA, S.: "Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880", www.giustizia-amministrativa.it

RECENSIÓN: SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Lectura constitucional del artículo 149.1.8ª de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1-116.·

DR. FILIPPO VIGLIONE
Professore Associato di Diritto Comparato
Università di Padova (Italia)
filippo.viglione@unipd.it

Il vivace interesse che si è manifestato in Italia nel corso degli ultimi anni attorno al problema della articolazione multilivello delle fonti privatistiche, con un particolare riguardo al diritto privato regionale, ha da tempo suggerito itinerari di ricerca di diritto comparato volti ad indagare le forme attraverso cui alcuni ordinamenti hanno consolidato l'attribuzione della competenza sui rapporti privatistici a livello substatale.

Il caso che ha attratto la più attenta considerazione è sicuramente quello spagnolo, in cui la legittimazione quale fonte di produzione privatistica attribuita agli organi delle Comunità Autonome è il frutto di un complesso intreccio di circostanze che obbligano l'interprete a fare i conti tanto con gli assetti costituzionali, quanto con valori e principi propri del diritto privato, senza dimenticare l'importanza dell'evoluzione storica che ha segnato i mutamenti delle fonti di produzione e che, ancora oggi, è alla base dell'attuale riparto di competenze.

Com'è noto, infatti, il sistema spagnolo si caratterizza per una contemporanea vigenza di un diritto civile comune, prevalentemente rinvenibile nelle norme del *Código Civil* del 1889, e di vari *derechos forales*, presenti in alcune regioni spagnole nelle quali si ritrovano le tracce di antichi *fueros*, che per semplicità possono essere in prima approssimazione identificati in diritti consuetudinari locali, progressivamente tradotti in testi scritti.

L'articolazione di un sistema a più livelli di normazione sul diritto privato, che da più parti viene considerato un modello unico, in grado di favorire un processo di competitività interna, lascia aperti tuttavia non pochi nodi problematici, che la dottrina spagnola cerca da tempo di sbrogliare, indicando talora la via al giudice costituzionale, chiamato ripetutamente a pronunciarsi su diverse ipotesi di conflitti di attribuzione. In questo quadro si colloca il lavoro di Remedio Sánchez Ferriz la quale indaga, nella propria prospettiva di costituzionalista, il significato dell'art. 149.1.8ª della Costituzione spagnola, ove si rinviene il fondamento normativo del

· Il testo della recensione è già pubblicato nella *Rivista di diritto civile*, 2015, n. 6, pp. 1487-1490.

riparto di competenze in ambito di diritto privato: viene infatti riservata allo Stato la "*legislación civil*", ma ciò solo come diritto suppletivo, ferma la competenza delle Comunità Autonome alla "*conservación, modificación y desarrollo*" dei diritti forali o speciali "*allí donde existan*".

Al riguardo, l'interpretazione di questa disposizione costituzionale è apparsa incerta soprattutto con riferimento al significato da attribuire al termine *desarrollo*, posto che esso sembra lasciare aperto lo spazio per un complessivo accrescimento dei diritti locali, che divengono, se si accorda un'ampia accezione a tale espressione, del tutto sganciati dai confini del *derecho foral*, e in grado così di un svilupparsi in un nuovo diritto civile proprio.

Se questo è ancora oggi uno dei punti più controversi del testo costituzionale, la cui soluzione spesso dipende da una prospettiva di maggiore centralismo o all'opposto di più marcato autonomismo dell'interprete, il libro di Remedio Sánchez Ferriz concentra invece l'attenzione su di un aspetto meno consueto, ma altrettanto ricco di conseguenze pratiche, e sul quale pareva raggiunto, fino a pochi anni fa, un consolidato orientamento dottrinale oggi messo in discussione.

Il diritto privato regionale spagnolo si è infatti finora caratterizzato per una marcata disomogeneità, essendo riservata la competenza a legiferare in materia solamente a quelle Comunità Autonome in cui, all'entrata in vigore della Costituzione, fosse stato possibile riconoscere la vigenza di un *derecho foral* o *especial*. In realtà, a fronte di una dizione quantomeno incerta del legislatore costituzionale spagnolo, rimangono non pochi dubbi in ordine alla competenza sul diritto privato per quelle Comunità Autonome, come quella valenciana, nei cui territori era stato sì presente un diritto forale antico e talora prestigioso, ma che nel 1978, anno in cui entra in vigore la Costituzione, non avevano nel frattempo intrapreso un percorso di "consolidazione" dello stesso, rimasto dunque quiescente o a livello consuetudinario.

La tesi negativa, fino ad ora pressoché incontrastata in dottrina, specialmente quella civilistica, viene così dall'autrice messa in discussione attraverso un articolato percorso di "decostruzione", che si fonda tanto sul tenore letterale dell'art. 149.1.8ª (ove ricorre l'espressione "*allí donde existan*" e non si fa invece riferimento al concetto di vigenza), quanto sull'analisi dei lavori preparatori, che paiono limitarsi a riconoscere la necessità di un collegamento storico con i diritti forali, quanto, infine, su argomenti di coerenza sistematica. Per meglio comprendere l'importanza della questione, è sufficiente considerare come alcune leggi, certamente destinate alla disciplina dei rapporti di diritto privato, ed in particolare di diritto di famiglia e successorio, siano state in questi anni approvate anche da Comunità Autonome, prive apparentemente della legittimazione derivante dalla presenza di un diritto civile forale vigente al 1978, e pertanto suscettibili di essere messe in discussione dal Tribunal Constitucional.

La soluzione del problema si gioca, così, su vari fronti ed arriva a toccare l'essenza stessa del fenomeno codificatorio civile in Spagna, nella costante tensione che lì si manifesta tra esigenze di uniformità e impulsi di decentramento. La lettura di questo agile saggio consente allora di ripercorrere le tappe fondamentali che hanno condotto all'assetto attuale, ancora aperto, del diritto privato regionale spagnolo, per la cui comprensione al giurista straniero è necessario uno sforzo di ricostruzione storica particolare. In effetti, le peculiarità che caratterizzano le fonti del diritto privato in Spagna possono agevolmente farsi risalire già al processo che condusse alla codificazione civile, processo che, pur sviluppatosi nella traccia razionalista, illuminista ed unificatrice della codificazione francese, non rinuncia ad offrire rilievo alle peculiarità regionali, conservando sia pure in forma dichiaratamente temporanea e subordinata tutti i sistemi normativi previgenti.

In realtà, nel corso del tempo che intercorre tra l'emanazione del Codice Civile e l'entrata in vigore della Costituzione, anche i diritti forali subiscono una profonda trasformazione, in particolare attraverso quel processo compilatorio che determina l'approvazione, tra il 1959 ed il 1973, di sei *Compilaciones*, destinate a sistematizzare, ma anche ad innovare, i diritti forali di altrettante regioni spagnole. A tale processo, per ragioni storiche oltre che di equilibri politici, non partecipano tuttavia alcune regioni, le quali si ritrovano così, all'entrata in vigore della Costituzione, prive di una compilazione del proprio diritto forale e vengono, pertanto, escluse, secondo l'opinione prevalente, dalla possibilità di prevedere regole autonome di disciplina dei rapporti di diritto privato.

Ricostruito così l'itinerario che ha condotto alla creazione di un sistema multilivello "diseguale" o "asimmetrico", l'autrice conduce il lettore, attraverso stringenti argomenti logici, ad una differente soluzione, che considera irrazionale l'esclusione della competenza a legiferare in materia civile per quelle Comunità Autonome, nel cui tessuto sociale si rinvengono comunque le tracce di un diritto particolare. L'argomento letterale e l'analisi dei lavori parlamentari rivestono un ruolo fondamentale per comprendere come l'espressione usata dal legislatore costituzionale non vincoli l'interprete alla tesi più restrittiva, ed anzi entrambi concorrono a ritenere che la scelta di escludere l'idea di "vigenza" ed ogni riferimento al compiuto realizzarsi del processo di compilazione sia frutto di una decisione politica consapevole.

Oltre a ciò emerge, in questa prospettiva, anche la profonda convinzione che il diritto civile costituisca un segno marcato di identità politica delle singole comunità: disciplinare i rapporti tra privati è infatti attività che, per essere efficace, deve contemperare l'esigenza di uniformità, che per taluni rapporti è indispensabile, con la considerazione delle peculiarità locali, le quali possono essere valorizzate solamente attraverso scelte differenziate, in grado peraltro di rendere competitivi i singoli diritti locali. Tale differenziazione si è manifestata, nei vari diritti forali, in special modo nei settori del diritto di famiglia e successorio, nei quali forse è più evidente un collegamento con il sentire della singola comunità.

Alla base di una diversa lettura, che l'autrice propone, dell'art. 149.1.8ª vi è poi soprattutto un argomento sistematico, che suggerisce di qualificare come "costituzionale" questa differente interpretazione. Al riguardo, il cambio di paradigma istituzionale che si realizza con la Costituzione spagnola, la quale rende elemento fondante la "*pluralidad de ordenamientos y especialmente de fuentes*", mal si concilia infatti con una lettura restrittiva dei poteri normativi delle Comunità Autonome, che condizioni la competenza sul diritto privato alla presenza di una corrispettiva compilazione. Infatti, la nuova prospettiva autonomista, quanto al problema delle fonti del diritto privato, affida alla storia una sorta di funzione selettiva, essendo chiamata a recuperare quei sistemi di *foralidad civil* che erano rimasti in una sorta di "latente dormiveglia".

Del resto, anche le regioni che hanno goduto senza dubbi della competenza sul diritto privato non si sono sentite vincolate dai limiti contenutistici delle rispettive *Compilaciones*, che rappresentano solo corpi parziali della legislazione civile locale. In questo quadro, Remedio Sánchez Ferriz mette in luce la contraddizione nel ritenere che talune Comunità possano elaborare un "diritto nuovo", che palesemente recide il legame con l'antico diritto forale, mentre altre non dispongano di alcuna competenza; la scelta negativa che finora ha dominato in dottrina peraltro verrebbe, del tutto irrazionalmente, a limitare le aperture al decentramento proprie della Costituzione, sulla base di un fenomeno, quello compilatorio, precedente alla stessa e radicato in un differente contesto istituzionale.

Piuttosto, secondo l'autrice, è lo sviluppo registratosi nei successivi 30 anni a rendere maggiormente giustificata la tesi che vuole non sia esclusa la competenza sul diritto privato anche a regioni diverse da quelle che hanno provveduto alle compilazioni. In questo senso, un ruolo fondamentale dev'essere attribuito ai vari Statuti di autonomia, frutto complesso della volontà espressa dal parlamento autonomico e da quello nazionale, i quali statuti talora, come nel caso valenciano, ricalcano le formule dell'art. 149.1.8ª della Costituzione e contengono ripetuti riferimenti ai *fueros* locali, al fine di attribuire la competenza alla conservazione, modificazione ed allo sviluppo del diritto civile locale alla singola comunità autonoma.

Appare poi interessante notare, dal punto di osservazione italiano, come l'autrice metta in evidenza che l'attenzione per tali problematiche è stata finora quasi esclusivo appannaggio della dottrina civilistica, la quale in passato ha contribuito in maniera decisiva al disegno delle compilazioni e, successivamente, è stata forse a tal punto condizionata da tale legame col processo compilatorio da ritenerlo condizione indispensabile per il sopravvivere di una competenza sul diritto privato. Tale circostanza sollecita anche una riflessione per la civilistica italiana, la quale solo di recente sembra aver scoperto un interesse per il tema delle fonti e della loro frammentazione a livello regionale, consapevole ormai dell'esistenza di un diritto delle Regioni che interferisce con l'area privatistica, pur nelle strettoie del nostro testo costituzionale.

Al riguardo, inoltre, dal quadro complessivo delle interrelazioni tra formanti che viene disegnato da Remedio Sánchez Ferriz, emerge un ruolo preminente assegnato alla dottrina, nella soluzione dei problemi legati alla composita articolazione delle fonti privatistiche. Solo un'attenta azione dottrinale è infatti in grado non tanto di far rivivere gli antichi *fueros*, quanto di riconoscerli e ricordarli, nelle Università e nella pubblica opinione, in modo che sia mantenuto vivo il riflesso della storia nei percorsi in cui evolve il diritto dei privati.

Nel lavoro della costituzionalista spagnola si può leggere, in ultima analisi, proprio una duplice esortazione: innanzitutto a non dare per scontate interpretazioni che tralatiziamente paiono ripetersi, acquistando forza più per il disinteresse degli studiosi che per la loro intrinseca valenza; in secondo luogo, l'intero volume sembra un invito a coltivare un approccio interdisciplinare nello studio dei delicati equilibri che attengono alle fonti del diritto privato, nella consapevolezza che una prospettiva parziale non consenta di riconoscere adeguatamente la complessità del sistema.

ÍNDICE

RECENSIÓN: LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M. E.: *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 1-250.

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil Universidad de Valencia (España)
Pedro.Chaparro@uv.es

Bajo el título *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, los autores Antonio Legerén Molina y María E. Rovira Sueiro realizan un estudio pormenorizado de la impronta que, en el ordenamiento jurídico español, ha tenido hasta el presente la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La obra se vertebra sobre dos capítulos, el primero de alcance más general, en el que se abordan las cuestiones comunes habida cuenta del carácter transversal de la norma y, el segundo, que analiza los distintos sistemas de guarda legal vigentes en España analizados desde la perspectiva de su adecuación a la citada Convención.

El primer capítulo comienza con un recorrido legislativo que parte del momento de la ratificación por parte de España de la Convención hasta la actualidad, lo que ha permitido evidenciar cómo poco a poco ha ido calando en nuestro Derecho la necesidad de garantizar de forma eficiente, efectiva y tangible a las personas con discapacidad el goce y el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales en condiciones de igualdad con las demás personas. En este sentido, el camino recorrido ha permitido evidenciar en primer lugar el largo período de tiempo que ha tenido que transcurrir para que comenzasen a notarse los efectos de las previsiones de la Convención de la ONU ratificada por nuestro país el 30 de marzo de 2007. Asimismo se ha podido constatar, sin duda alguna, que las normas de la Convención se han proyectado sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico y no exclusivamente en el ámbito del Derecho civil, de todo lo cual se da cumplida cuenta la introducción.

La presente monografía, sin desconocer la transversalidad y el carácter multidisciplinar de la materia, antes al contrario, como lo refleja el exhaustivo tratamiento de normas penales, administrativas etc., contiene un análisis desde una perspectiva fundamentalmente *ius privatista,* más concretamente como parte esencial del Derecho de la persona.

Por lo demás el capítulo I, habida cuenta de su marcado alcance general, abarca desde cuestiones terminológicas, la evolución del lenguaje en materia de discapacidad hasta la propia configuración del estado civil de la persona cuya

capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente, lo que se venía denominando estado civil de incapacitado. A lo largo del capítulo la autora se esfuerza en poner de relieve el devenir de esta materia los cambios experimentados en los últimos años en los tres planos principales: legal, doctrinal y jurisprudencial los cuales por fin parecen discurrir en una misma dirección y en un mismo sentido que toma como guía los principios que derivan de las exigencias previstas en la Convención para que la igualdad de las personas con discapacidad sea una realidad social y jurídica ya alcanzada y abandone definitivamente el *status* de "materia novedosa" o del "deber ser". Tanto es así que, a pesar de los lentos y titubeantes comienzos el panorama descrito y contrastado por la autora con abundante legislación y jurisprudencia resulta altamente positivo. Cada vez se afronta con mayor naturalidad la obligación de los poderes públicos y de las instituciones de remover cualquier obstáculo que impida o dificulte el ejercicio de derechos y libertades en plenas condiciones de igualdad por parte de las personas que adolecen de algún tipo de dificultad, mereciendo un claro juicio de reproche lo contrario; en definitiva la remoción de obstáculos y la garantía de acceso se erige en punto de partida incuestionable de cualquier iniciativa legislativa en cualquier ámbito. A lo que se añade la toma de conciencia en el ámbito jurisdiccional de que la restricción de la capacidad de obrar de la persona debe ser siempre una medida excepcional y adecuada a cada caso en concreto, a cada persona en particular. Vivimos en una sociedad globalizada, de producción en masa algo que parecía haberse colado también en el *modus operandi* de nuestros tribunales, sin embargo poco a poco se ha ido abandonando para dar paso a la adopción de medidas más acordes y consecuentes con la dignidad y la posición institucional de la persona centro de todo el ordenamiento jurídico. Como elocuentemente señala la autora, la justicia ha ido desterrando la práctica del blanco o negro, la dicotomía de la capacidad o la incapacidad total, dando entrada a una completa paleta de colores reflejo de la diversidad de supuestos que se encuentran detrás de una discapacidad.

Se reivindica la incapacitación como medida de protección que se limite a la restricción imprescindible de la capacidad de obrar y el confinamiento de cualesquiera otros intereses ajenos a lo que es el interés superior de la persona afectada y el respeto a su dignidad.

El capítulo segundo es el más extenso de la obra y en él se efectúa un análisis global de la normativa tutelar española a la luz de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tras varios años de vigencia. En concreto, se analizan las dos figuras de protección que tienen mayor raigambre en España –la tutela y la curatela–, y que son, además, las más aplicadas en la práctica. Otra característica general de este segundo capítulo es que el análisis se efectúa teniendo en cuenta tanto la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo –que ha dictado varias sentencias relevantes en esta materia–como los cambios legislativos operados para adaptar el ordenamiento español al referido instrumento internacional. En este marco, resulta de especial interés la contextualización de la figura de la tutela que se efectúa nada más comenzar el capítulo. Se hace un repaso de la evolución que se ha operado en la normativa española en los últimos treinta

años haciéndose especial hincapié en la reforma que tuvo lugar en 1983 que cambió la estructura de la figura; la incorporación al ordenamiento jurídico español de la, en su día, novedosa tutela "*por ministerio de la ley*", lo que tuvo lugar por medio de la Ley 21/1987, aun cuando su regulación haya sido corregida y ampliada posteriormente por las leyes 1/1996, 41/2003, 54/2007 y 26/2015;el reconocimiento legal de las figuras de la autotutela y los poderes preventivos a fin de conceder mayor juego a la autonomía de la voluntad en esta materia; el hito que supone la Convención de la ONU al constituir un *cambio de perspectiva* o prisma; y, finalmente, la desjudicialización operada en materia tutelar por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Se trata de un repaso completo y riguroso, pero, a la vez, breve y fácil de leer. Así, se incluyen las sentencias más recientes, al tiempo que se tienen en cuenta los últimos informes del Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o, también, las diversas propuestas legislativas existentes para ultimar la adaptación de la normativa española a tal instrumento internacional.

Respecto de la polémica suscitada en España en torno al encaje o no de las figuras tutelares vigentes con la Convención, el autor se pronuncia de manera aquilatada considerando que son formalmente compatibles con la Convención siempre que se les dote de un contenido material más acorde con los principios que de ella se derivan: "respetando la actual *estructura formal*, se le puede dar ambas figuras (la tutela y la curatela) un *contenido material* más acorde a la Convención, en la medida en que se tenga en cuenta la voluntad del sujeto". En efecto, "aun cuando la actual estructura de la tutela y curatela permitan los mecanismos de representación y sustitución global de la persona, admiten también que ésta se reduzca y se dé mayor autonomía al sujeto", que, como es conocido, es uno de los pilares en que se apoya la Convención (cfr. arts. 3 y 12). En consecuencia, el carácter flexible y graduable de las figuras permite dar entrada a los denominados "sistemas de apoyo" sin que en todo caso la aplicación de la tutela deba concluir con "la plena y total anulación" de la capacidad del tutelado. En conclusión, tal y como señala el autor, "en las actuales circunstancias, y aun cuando no se haya llevado a cabo la referida labor legislativa que, en su caso, modifique las estructuras existentes, la Convención está llamada a jugar un papel importante, pues, como decimos, tiene el poder de "vivificarlas" de acuerdo con el espíritu de que está transido dicho instrumento internacional. De este manera, el ejercicio de la tutela y la curatela será acorde a la normativa de la Convención: serán *las mismas estructuras* pero desempeñadas con una *visión nueva*.

Finalizado este apartado introductorio, se inicia el análisis detallado de la tutela. En lo atinente al régimen general se estudian los caracteres del cargo, cómo se ha de inscribir la tutela en los diversos registros, las prohibiciones legalmente establecidas para ser tutor (cfr. art. 221 CC), así como el eventual resarcimiento de los daños que se originen durante el desempeño de la función tutelar. Lógicamente, también se apuntan las especialidades que en materia tutelar ha introducido la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que, como es conocido, afectan a la competencia funcional y territorial para el conocimiento de tales materias –donde se da entrada al criterio de la "unidad de expediente" (cfr. art. 43 LJV)–, y a la no necesidad, con carácter general, de intervención de abogado y procurador.

El siguiente apartado se dedica a los elementos personales de la tutela. A nuestro juicio, resulta especialmente interesante la distinción que se realiza entre la tutela civil y la administrativa (cfr. art. 222 CC) así como la mención que se efectúa de los tutores personas jurídicas. Y es que en este campo se examinan tanto los requisitos para ser nombrados tutores como las causas de inhabilidad que lo impiden, a la vez que se apuntan las diversas entidades que pueden ser nombradas como tales, ya sean de carácter público ya de carácter privado. El interés de esta cuestión reside en que en la actualidad son cada vez más numerosas las tutelas que recaen sobre personas jurídicas –p. ej. fundaciones tutelares–.

Tras ello se encuentra un apartado que constituye el núcleo de la normativa tutelar pues en él se estudian tanto la constitución como el funcionamiento de la tutela. En lo que hace a la constitución de la tutela, junto con la iniciativa constituyente se analizan de manera separada los supuestos donde puede existir designación voluntaria (art. 223 CC), designación legal (arts. 234 CC) y aquellos donde puede haber designación dativa (art. 235 CC). En este ámbito se explican claramente cuáles son las atribuciones del juez en caso de que haya designaciones voluntarias o legales establecidas previamente y el modo en que ha de justificar las alteraciones que la legislación le permite. Como no podía ser de otro modo, se explica de manera exhaustiva la figura de la autotutela, los poderes preventivos y la prelación legal del artículo 234 CC. Igualmente se contiene una distinción sutil pero básica entre *designación*, *delación* y *constitución* de la tutela. Y, de acuerdo con ello, se apunta que, con la excepción la tutela legal (arts. 172 y 239 *bis* CC), en el ordenamiento jurídico español todo nombramiento de tutor es judicial haya o no designación personal y voluntaria previa.

Y en lo relativo al funcionamiento del instituto tutelar se analizan de manera detallada tanto las excusas para ser tutor, como las medidas de aseguramiento, o los casos en que cabe remover al así nombrado. Este apartado concluye con un epígrafe dedicado a las funciones del tutor donde se pone de manifiesto cómo el espíritu de la Convención ha de inspirar toda la actividad de aquél. En este sentido, especial cuidado se ha de tener para limitar el ámbito de la "representación legal" que el Código civil atribuye al tutor a fin de evitar una invasión en la autonomía de la voluntad del tutelado. O dicho en positivo: la representación no ha de existir cuando el propio tutelado pueda por sí solo efectuar los actos de que en cada caso se trate (cfr. art. 267 CC). En este ámbito, como se colige, "la sentencia constituye un elemento capital en la determinación de los actos que puede o no realizar por sí mismo, prevaleciendo lo en ella establecido sobre las reglas generales que para la realización de determinados actos contiene el Código"; materia que se estudia de manera pormenorizada en la obra comentada, dedicando especial empeño a los negocios jurídicos del Derecho de familia y a las más trascendentales sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal. Igualmente se aborda el examen de los actos para los que el tutor requiere autorización judicial (cfr. art. 271 CC).

El estudio de la tutela termina con un examen de los supuestos en que se extingue tal figura –y surge la obligación de rendir cuentas– y con un análisis detenido de la

tutela administrativa, tanto de los menores en situación de desamparo como de los mayores con capacidad judicialmente modificada; materia recientemente modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (LPIA).

La segunda parte de este capítulo se dedica al estudio de la curatela, figura tuitiva que "se caracteriza por tener primariamente un neto carácter patrimonial –aunque también pueda incidir en la dimensión personal del sujeto cuando de persona con capacidad judicialmente modificada se trata– y por cumplir una función de asistencia y no de representación"; aspectos todos ellos que se analizan de manera pormenorizada en la obra. Estos caracteres la convierten en la "figura que mejor se adapta a las previsiones de la Convención de la ONU de 2006".

En definitiva, se trata de una obra cuidada, tanto en el fondo como en la forma, de obligada consulta para todos aquellos que deseen conocer los principales instrumentos civiles de protección de las personas con discapacidad existentes en el ordenamiento jurídico español.