ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación: Elias On

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

SUMARIO

10 bis

DOCTRINA

A) DERECHO DE FAMILIA

01/ La buona fede nei rapporti familiari. Mirzia Bianca (Italia).... 12

02/ Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Marta Ordás Alonso (España).....32

03/ Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. Mª Belén Andreu Martínez (España).....64

04/ La responsabilidad de los padres por daños a sus hijos menores en casos de alimentación inadecuada. Cristina López Sánchez (España)... 86

05/ La "descompensación" de la doble jornada laboral *versus* el enriquecimiento injustificado del cónyuge "doméstico": necesidad de un nuevo enfoque jurisprudencial del controvertido artículo 1438 CC. Pilar María Estellés Peralta (España). 112

06/ Tratamiento legislativo de la convivencia *more uxorio* tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: La ley 7/2018, de 3 julio, de parejas de hecho de la región de Murcia. Ascensión Leciñena Ibarra (España). 132

07/ En la salud y en la enfermedad: la asistencia médica en la economía del matrimonio. Adrián Arrébola Blanco (España).. 148

08/ La sociedad legal de gananciales en la empresa familiar. Carmen Barrón López (España). 174

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

09/ La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela)..... 196

10/ Criterios y efectos de la abusividad de las cláusulas de interés de demora en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo. Ana Isabel Berrocal Lanzarot (España). 238

11/ Lesioni alla salute del paziente e responsabilità del medico di medicina generale (o del pediatra) e dell'ASL. Anna Malomo (Italia).. 306

C) DERECHO DE SUCESIONES

12/ El testamento y la futura reforma del código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones. Francisca Ramón Fernández (España)..... 346

13/ Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legitima en la futura reforma de sucesiones del código civil. Rafael Bernad Mainar (España)..... 374

14/ La collazione: caratteri generali, (alcuni) aspetti critici e profili evolutivi. Giuseppe Garofalo (Italia)..... 414

D) DERECHO Y BIOÉTICA

15/ Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. Jaime Vidal Martínez (España)..... 478

16/ Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes. Josefina Alventosa del Río (España)..... 514

17/ La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado. Manuel Ortiz Fernández (España)..... 548

18/ El consentimiento informado viciado o inexistente y el régimen de responsabilidad médica. Luis de las Heras Vives (España)..... 566

19/ El derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida. Fuensanta Rabadán Sánchez-Lafuente (España)..... 586

20/ "Selecting for disability": la voluntad de los padres frente al interés superior del menor. Silvia Vilar González (España)..... 614

E) DERECHO COMPARADO

21/ La representatividad empresarial en una perspectiva comparada entre Italia y España. Giuseppina Pensabene Lionti (Italia)..... 634

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

22/ Líneas generales acerca de la responsabilidad civil del árbitro y de las instituciones arbitrales. La responsabilidad civil del mediador. María Luisa Atienza Navarro (España)..... 656

23/ El patrimonio inicial deficitario en el régimen de participación en las ganancias: una lectura a propósito de la propuesta de Código civil. Adrián Arrébola Blanco (España)..... 674

24/ La protección del menor en situación de riesgo en la Ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. Iris Barceló Ferre (España)..... 688

25/ La educación financiera como instrumento de tutela. Irene Bruzón Cid (Italia)..... 700

26/ Consideraciones acerca de la propuesta de la Comisión Europea sobre la validez o nulidad de la cláusula de renuncia de acciones inserta en contratos entre profesionales y consumidores. Pedro José López Mas (España)..... 710

27/ La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)..... 722

28/ La oposición a la ejecución de pensiones alimenticias. Referencia a la posibilidad de extinción de la pensión alimenticia en el procedimiento ejecutivo. Juan José Nevado Montero (España).. 736

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

29/ El derecho al olvido y las hemerotecas digitales. Breve recorrido por la jurisprudencia española. Marina Sancho López (España). 748

30/ La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a difundir información medioambiental por parte de las ONGs ecologistas. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 760

PANORAMA

31/ Las políticas sanitarias y de cuidado en la familia. Una aproximación jurídica al caso español. Vicenta Tasa Fuster (España)..... 776

32/ /Inteligencia artificial y Derecho penal. María Hernández Giménez (España)..... 792

RECENSIONES

33/ Marta Ordás, A.: La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes, Wolters Kluver, 2018. J. Miguel Lobato Gómez (España)..... 846

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor 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 de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

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

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

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

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

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

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

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

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

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

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

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

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

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

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

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

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

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di 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. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

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

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

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

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

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática 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

Dr. Marco Angelone
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. 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 de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

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

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: D. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Abogado

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

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

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

D. Borja del Campo Álvarez
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Doña Ilka María Domínguez García
Profesora de Derecho Civil, Universidad de La Habana, Cuba

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

D. Jorge Enriquez Sordo
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 Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Abogado

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

Dra. Carla Pernice
Becaria de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Asociada del Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Becario de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia.

Dr. Valerio Rotondo
Assegnista di ricerca, Universidad de Molise, Italia

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

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

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

DOCTRINA

DERECHO DE FAMILIA

LA BUONA FEDE NEI RAPPORTI FAMILIARI

GOOD FAITH AND FAMILY RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 12-31

* Il presente saggio è la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca, che si è tenuto all'Università degli Studi di Roma Tre il giorno 27 ottobre 2017.

Mirzia
BIANCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de marzo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Il saggio, partendo dall'assenza nel codice civile di uno specifico riferimento al principio di buona fede nel diritto di famiglia, diversamente dalla presenza di questo principio nel libro IV dedicato alle obbligazioni e ai contratti, è volto a dimostrare l'applicazione di questo principio da parte della giurisprudenza anche in mancanza di specifico richiamo normativo.

L'indagine si sviluppa tenendo in considerazione da un lato la buona fede soggettiva come ignoranza di ledere l'altrui diritto e dall'altro la buona fede oggettiva come regola di correttezza nei rapporti familiari.

Il risultato è un complesso di decisioni, sia della giurisprudenza di merito che della giurisprudenza di legittimità che impongono ai componenti di un nucleo familiare obblighi di informazione, di lealtà di salvaguardia sia con riferimento alla coppia che con riferimento ai figli.

PALABRAS CLAVE: Buona fede soggettiva; buona fede oggettiva; rapporti familiari.

ABSTRACT: *The essay takes as a starting point the absence in the Italian Civil Code of a specific reference to the principle of good faith in the matter of family law, whilst in contract law such principle is explicitly mentioned in the Fourth Book of the Code. Its aim is to demonstrate that the principle is applied by case-law also in family matters, notwithstanding the lack of a specific reference in statutory law.*

The analysis is developed taken into consideration both "subjective good faith", as unawareness of harming someone else's rights, and "objective good faith", as rule of correctness in family relationships.

The findings are represented by many decisions, of both the trial judges and the Supreme Court, that impose to family members obligations of information, loyalty and protection, with regard to the relationships among the partners as well as with the children.

KEY WORDS: *Subjective good faith; objective good faith; family relationships.*

SUMARIO.- I. IL FONDAMENTO ETICO DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E IL DOVERE DI SOLIDARIETÀ. IL COLLEGAMENTO CON L'OPERA DI CESARE MASSIMO BIANCA SULLE AUTORITÀ PRIVATE. – II. LA BUONA FEDE: DISTINZIONE TRA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E BUONA FEDE IN SENSO OGGETTIVO. LA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E LA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO NELLO STATUS FAMILIARE.- III. LA BUONA IN SENSO OGGETTIVO. L'OBBLIGO DI LEALTÀ. DISTINZIONE TRA FEDELTÀ E LEALTÀ.- 1. Il difetto di informazione nella fase che precede il matrimonio e l'unione civile.- 2. Il difetto di informazione sullo status di genitore. – 3. il dovere di informazione dei minori adottati e dei minori nati da fecondazione assistita. – IV. LA BUONA FEDE QUALE OBBLIGO DI SALVAGUARDIA NEI RAPPORTI FAMILIARI.- V. CONCLUSIONI.

I. IL FONDAMENTO ETICO DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E IL DOVERE DI SOLIDARIETÀ. IL COLLEGAMENTO CON L'OPERA DI CESARE MASSIMO BIANCA SULLE AUTORITÀ PRIVATE

Prima di spiegare il titolo di questo mio saggio scritto in occasione del compleanno dell'opera *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca[1], vorrei incentrare l'attenzione su alcuni principi e idee portanti che emergono da quell'opera dell'A., perché saranno proprio quei principi che mi consentiranno di spiegare perché ho scelto di scrivere un saggio sulla buona fede nei rapporti familiari.

Nell'opera *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca, titolo di un'opera che sarà destinata a ricevere l'attenzione anche al di fuori del ristretto ambito del diritto civile a causa della invenzione della felice formula, si condensa l'impostazione assiologica dell'Autore e l'idea di fondo che il diritto è il principale strumento di avversione delle ingiustizie e in generale di tutte le forme di violazione del principio di uguaglianza nonché strumento privilegiato di attuazione del principio di solidarietà, in una lettura originale e innovativa del principio uguaglianza alla luce dei principi cardine del diritto privato[2]. Nelle prime pagine dell'opera l'A., dopo

1 Bianca, C.M.: *Le autorità private,* Napoli, 1977.

2 Al riguardo mi sembrano evocative e simboliche le parole di Pietro Rescigno di presentazione al volume *Le autorità private*, p. XII: "Sull'eguaglianza B. fornisce chiarimenti precisi, di sicura utilità sistematica per chi voglia rimeditare il principio costituzionale e per lo studioso che si proponga invece di controllare il significato ed i limiti della parità di trattamento nel diritto privato… È agevole scorgere nella prospettiva scelta da Massimo B. i segni di una originale e più sottile riflessione. Delle autorità private emergenti dalla ricognizione positiva, egli enuncia il programma 'di verificare il fenomeno… rispetto ad un principio costituzionale operante come limite alla legge ordinaria e, ancora, come limite all'autonomia negoziale, ossia come norma direttamente precettiva per i privati' ".

• Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università "La Sapienza" di Roma. Correo electrónico: mirzia.bianca@uniroma1.it

aver nitidamente distinto tra norma pubblica espressione di *autorità* e negozio espressione di *autonomia*, affermava l'esistenza di autorità anche nel diritto privato, *autorità che egli indicava come il potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni,* riportando l'esempio, tra gli altri, delle strutture associative e condominiali. In altre pagine dell'opera si chiarisce che il concetto di autorità privata è strettamente collegato alla violazione del principio di uguaglianza, nella sua accezione specifica di *parità reciproca, ovvero del non assoggettamento all'altrui potere autoritario.* E proprio nel principio dell'uguaglianza inteso come principio di parità reciproca l'A. individuava il limite alla legge ordinaria e all'autonomia negoziale, come norma direttamente precettiva per i privati.

In quelle pagine si ricompone come in un mosaico il pensiero di Cesare Massimo Bianca e il suo fondamento etico che rimarrà, come accennavo, filo rosso del suo impegno come giurista perché il principio di uguaglianza come parità reciproca evoca il divieto di discriminazioni e quindi il principio di giustizia *sostanziale che passa attraverso le discriminazioni di diritto.*

Le autorità private venivano suddivise dall'A. in due diverse tipologie: di diritto e di fatto. Rispetto a queste ultime, qualificate quali *poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale,* l'A. Intravedeva un obbligo specifico dello Stato di rimuoverle. Anche in quelle pagine, ma soprattutto nell'individuazione di una responsabilità dello Stato nei confronti delle ingiustizie, si schiudono riflessioni future dell'A. che toccheranno il tema del diritto di famiglia e l'istituto dell'adozione, quando il diritto del minore a crescere in famiglia verrà affermato con forza come diritto anche nei confronti dello Stato, che è obbligato al sostentamento economico delle famiglie indigenti, evitando la dichiarazione dello stato di abbandono.

Nel capitolo dedicato alle autorità di diritto, il primo § è dedicato proprio alle autorità private nel diritto di famiglia, e in particolare alle autorità sugli incapaci e sui minori. Qui l'A., ricollegandosi all'impostazione tradizionale e allora prevalente che sottraeva in termini generali la famiglia all'intervento del diritto, denuncia la ritrosia di quei tempi ad applicare il principio di uguaglianza ai rapporti familiari, rapporti connotati fino ad allora dal concetto di autorità (maritale, parentale, etc.). Tale ritrosia veniva spiegata dall'A facendo riferimento da un lato *alla tradizionale resistenza all'ingerenza dell'ordinamento statale* e *al naturale atteggiarsi dei rapporti interni secondo fattori personali giuridicamente non valutabili* e dall'altro al fatto che *i suoi membri sono legati da un rapporto morale che implica l'integralità della persona*, riflessioni che vengono accompagnate dal rinvio al pensiero di Raiser e di Pietro Rescigno.

Dopo questa prima affermazione L'A prende immediatamente le distanze rispetto ad una impostazione già da lui reputata obsoleta e viene subito affermato

il passaggio dalla concezione autoritaria della famiglia alla concezione di *una solidale comunanza di vita.*

Nelle pagine in tema di tutela del minore si colgono i germi del futuro e costante impegno di Cesare Massimo Bianca per la parificazione e per la rimozione delle residue discriminazioni, che troverà compiuta realizzazione con la riforma della filiazione del 2012 e 2013. Già in quelle pagine incredibilmente compariva la necessità di riconoscere un diritto all'ascolto del minore, diritto all'ascolto che l'ordinamento italiano codificherà solo nella legge del 2006 sull'affidamento condiviso e nello statuto dei diritti del figlio (nuovo 315-*bis* del codice civile, introdotto dalla citata riforma della filiazione), nonché nella recente legge sul consenso informato e sul fine vita, legge che ha dato voce alle riflessioni dell'A. in ordine alla necessità di tener conto dell'opinione del minore nelle vicende riguardanti la sua salute[3].

Pagine importantissime sono poi quelle sull'ufficio educativo e sulla legittimazione di un potere che è e deve essere esercitato nell'esclusivo interesse del minore. L'importanza di quelle affermazioni si colgono oggi ancora di più nel difficile compito che i genitori sono chiamati a svolgere nella prevenzione dei pericoli derivanti da internet, e in cui appare sempre più insufficiente una tutela che si fermi al tradizionale confine degli strumenti giuridici tradizionali, imponendo un rigoroso e difficile connubio tra libertà e responsabilità[4].

Nelle pagine dedicate al principio di autonomia negoziale si coglie ancora l'essenza del pensiero dell'A e la sua impostazione antiautoritaria e solidaristica quando, dopo averne declamato il contenuto di libertà, si contesta che essa possa risolversi in arbitrio, rifiutandosi perciò l'aspetto deteriore di un approccio "*individualista*", e proclamando "*che il dato caratterizzante del diritto privato diviene quello della solidarietà sociale*".

In buona sostanza e concludendo questa breve sintesi su alcuni passaggi dell'opera *Le autorità private,* può sinteticamente affermarsi che solidarietà, uguaglianza intesa come parità reciproca e giustizia sono gli ingredienti che hanno composto la base etica del volume sulle autorità private e in generale di tutte le opere di Cesare Massimo Bianca. Proprio il riferimento alla solidarietà quale "dato caratterizzante del diritto privato" ha focalizzato la mia attenzione sul principio di buona fede nei rapporti familiari, dato che per espresso riconoscimento anche della giurisprudenza, alla buona fede oggettiva[5] si riconosce oggi il crisma di principio

3 *Vid.* Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.* Sia consentito un rinvio a Bianca, M.: "Prime note di commento alla legge", in via di pubblicazione sulla rivista *Familia.*

4 Sia consentito un rinvio al mio saggio in via di pubblicazione sulla Rivista *Comunicare* dal titolo "La tutela del minore nell'età digitale. Riflessioni a margine della lettura del libro bianco AGCOM 2.0. su media e minori".

5 Sulla rilevanza della buona fede in senso soggettivo, *vid.* oltre nel testo il § 2.

etico che realizza il principio costituzionale di solidarietà contenuto nell'art. 2 della Cost. Il fondamento costituzionale della buona fede nel valore della solidarietà sociale ha consentito di conservare quella vocazione pluralista del principio, anche se risulta ormai abbondonata quella visione paternalistica che vedeva nel principio di buona fede uno strumento di probità delle relazioni contrattuali necessario per realizzare gli interessi delle parti e l'interesse superiore della Nazione[6]. Così il tema della buona fede nei rapporti familiari mi è sembrato, al di là dei risultati scientifici e delle ricadute applicative, un tema caro a quella impostazione assiologica dell'A e quindi possibile oggetto di studio e di attenzione. A questa prima riflessione si sono aggiunti tanti dubbi e tante curiosità che hanno reso la prospettazione della trattazione del tema estremamente interessante ed attraente. In particolare mi sono subito chiesta perché il principio di buona fede, più volte richiamato nella disciplina del libro IV del codice civile sia del tutto assente nella disciplina del libro I. E inoltre come mai questo principio di solidarietà viene applicato a soggetti estranei come il debitore e il creditore e non si applica ai familiari? La risposta a questi interrogativi non è facile perché, anche rispetto alla buona fede dei rapporti obbligatori, benché principio testualmente richiamato in più articoli del codice civile (art. 1366, 1175, 1337, 1375, 1358) la dottrina e la giurisprudenza ne hanno sottovalutato la portata, relegandolo nel passato a principio a contenuto esclusivamente etico. Nei rapporti familiari, inoltre, a queste ragioni, devono aggiungersi quelle riflessioni di Massimo Bianca, in ordine alla ritrosia ad applicare i principi di uguaglianza e di solidarietà ai rapporti familiari, rapporti considerati un'isola rispetto al mare del diritto[7]. Tuttavia, anche ad una prima riflessione superficiale appare assurdo che la tutela dell'affidamento e in generale gli obblighi di lealtà e di salvaguardia non debbano trovare il loro campo di applicazione elettiva in relazioni fondate per loro natura sulla fiducia e sull'affidamento. In effetti proprio Cesare Massimo Bianca nell'opera dedicata al contratto, affrontando la trattazione specifica del principio di buona fede, evidenzia la necessità di estendere questo precetto al di là dei rapporti contrattuali ed obbligatori, secondo l'insegnamento romanistico che vedeva nella buona fede un precetto dell'agire umano[8]. L'indagine sull'esistenza del principio di buona fede nei rapporti familiari disvela poi una problematica di più ampia portata che è quella dell'applicazione dei principi generali che governano il contratto e l'obbligazione al diritto di famiglia.

6 *Vid.* Relazione al codice civile n. 612: "Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere e di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva".

7 Si richiamano qui le parole a tutti conosciute di C. A. Jemolo.

8 *Vid.* Bianca, C.M.: *Il contratto,* 2° ed., Milano, 2000, p. 504: "Al riguardo occorre ammettere l'esattezza del riferimento all'esperienza del settore contrattuale per individuare indicazioni specifiche sul significato della buona fede. Ciò tuttavia non può precludere la ricerca di una concretizzazione della nozione in modelli operativi al di fuori dei contratti. Il rispetto dell'altrui affidamento non può infatti esaurire la portata di un principio che la nostra legislazione ha voluto porre a fondamento di tutta la vicenda contrattuale e che esprime un'esigenza certamente superiore alla logica dello 'stare ai patti' e del non ingannare".

Fatte queste premesse, è chiaro che se si vuole cercare di individuare l'applicazione del principio di buona fede nei rapporti familiari, non si può ridurre il dibattito e la questione all'applicazione nel diritto di famiglia del principio di solidarietà in quanto richiamo sicuramente corretto[9] ma troppo generico. Occorre invece individuare obblighi di lealtà e di salvaguardia, che sono i canoni in cui si è specificato il contenuto del principio di buona fede che, analogamente a quanto avviene nei rapporti contrattuali ed obbligatori, siano radicati nelle relazioni familiari anche in mancanza di una norma esplicita. Solo così può giustificarsi un richiamo tecnico al principio di buona fede nelle relazioni familiari. L'indagine sulla buona fede nei rapporti familiari sarà quindi condotta secondo le due direttive: 1) dell'obbligo di lealtà e della tutela dell'affidamento nei rapporti familiari[10]; 2) dell'obbligo di salvaguardia nei rapporti familiari[11]. Entrambe le direttive saranno condotte attraverso un'analisi della giurisprudenza al fine di accertare se il principio di buona fede, anche se non declamato o esplicitamente richiamato, abbia trovato applicazione. Una seconda parte importante dell'indagine riguarderà le conseguenze della violazione del principio di buona fede nel diritto di famiglia[12], indagine molto complessa perché già nel diritto delle obbligazioni si fatica ad individuare le conseguenze della violazione di tale precetto.

II. LA BUONA FEDE: DISTINZIONE TRA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E BUONA FEDE IN SENSO OGGETTIVO. LA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E LA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO NELLO STATUS FAMILIARE

Come è noto la buona fede viene comunemente distinta in *buona fede in senso soggettivo* e *buona fede in senso oggettivo.* Mentre la seconda, come si è detto, identifica canoni oggettivi di comportamento secondo correttezza che trova il suo fondamento costituzionale nel principio di solidarietà (art. 2 Cost.), la prima indica uno stato soggettivo di *ignoranza di ledere l'altrui diritto.* Mentre la buona fede oggettiva viene più volte richiamata nel libro IV del codice civile (art. 1337 nelle trattative, art. 1175, quale canone di interpretazione, art. 1375 quale canone di integrazione, in pendenza della condizione, art. 1358), la buona fede *in senso soggettivo* compare in numerose disposizioni in tema di possesso

9 Sull'applicazione del principio di solidarietà ai rapporti familiari, si rinvia alle riflessioni sempre suggestive di Andrea Nicolussi e al ricordo di L. Mengoni: Nicolussi, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale?", *Europa e dir priv.,* 2012, p. 171: "Nel matrimonio... il principio di uguaglianza non mette in discussione il principio di solidarietà – previsto dall'art. 2 Cost., e quindi operante *a fortiori* nella famiglia – il quale *impedisce che il primato del dovere, affermato dalla morale domestica tradizionale, si converta nel primato del diritto soggettivo, con la conseguenza di dissolvere la famiglia nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti, cioè in una serie scoordinata di rapporti tendenzialmente conflittuali*" (La parte in corsivo riportata da Nicolussi è di Mengoni, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia,* 1990, p. 11).

10 *Vid.* i § § 3, 4 e 5 del testo.

11 *Vid* il § 6 del testo.

12 *Vid.* l § 7 del testo.

nel libro III (art. 1147, 1152, 1153, 1155, 1157) e curiosamente compare, sempre con questa accezione soggettiva, nella disciplina del matrimonio. La disciplina del matrimonio putativo regolata dall'art. 128 del codice civile riconosce nella buona fede, da intendersi come ignoranza sulle cause di nullità, uno dei coelementi, oltre alla convivenza, della fattispecie. La *ratio* della disciplina del matrimonio putativo è da rinvenirsi nella tutela dell'affidamento in ordine ad una data situazione da parte di chi ignorava la causa di nullità o era estraneo alla costituzione dell'atto (figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo). La stessa *ratio,* ovvero l'esigenza di tutelare l'affidamento è dato rinvenire nell'art. 129- *bis,* norma che prevede espressamente la responsabilità di colui che ha violato l'affidamento del coniuge in buona fede. In queste disposizioni si coglie l'importanza della tutela dell'affidamento in ambito familiare. La stessa esigenza ha portato la Cassazione a Sezioni Unite[13] a ritenere che la convivenza protratta per un certo numero di anni è elemento che impedisce la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. In quella decisione la Corte di Cassazione, in maniera assai suggestiva, ha qualificato il matrimonio-rapporto quale "contenitore... di una pluralità` di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità`, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche", dando quindi espressa rilevanza alla tutela dell'affidamento anche in un caso di palese nullità del matrimonio.

Al di là della rilevanza della buona fede soggettiva nella disciplina del matrimonio putativo, in termini generali il sistema del diritto di famiglia e della filiazione riconosce e tutela l'affidamento in ordine ad un determinato *status* anche se esso contrasta con la verità biologica. Significativa al riguardo è la giurisprudenza di merito in tema di azione di impugnazione per difetto di veridicità ex art. 263 c.c. Tale norma, la quale consente l'impugnazione per il fatto oggettivo della mancanza di verità biologica[14], abbandonato un progetto inziale che consentiva l'esercizio dell'azione solo al soggetto autore del riconoscimento in buona fede[15], non attribuisce alcuna rilevanza allo stato soggettivo del soggetto che ha attuato

13 Cass. S.U. 17 luglio 2014, n. 16379.

14 *Vid.* al riguardo Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272: "È stata respinta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore, in quanto è compito precipuo dei Giudici verificare caso per caso se la modifica dello status di filiazione del minore non sia di pregiudizio per quest'ultimo, malgrado il divieto di surrogazione di maternità ed il "favor veritatis" espresso dall'ordinamento". Vid. la nota a tale decisione di Sandulli, S.: "Favor veritatis e favor minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", in via di pubblicazione sulla *Rivista Familia.*

15 *Vid.* Relazione al codice civile, n. 143: "È stato proposto di ammettere l'impugnazione per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento solo nell'ipotesi in cui costui abbia agito in mala fede. Ma una tale limitazione, pur risolvendosi in una specie di sanzione contro il dichiarante in mala fede, avrebbe violato il principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere indipendentemente dal comportamento subbiettivo di chi abbia fatto il riconoscimento. Del resto, sotto l'impero del vecchio codice, la dottrina prevalente ha ritenuto che non sia di ostacolo all'impugnativa da parte dell'autore il mendacio del riconoscimento".

il riconoscimento[16] e consente pertanto di impugnare il riconoscimento per il fatto oggettivo della mancanza di verità biologica, anche se colui che ha fatto il riconoscimento era in mala fede, ovvero era consapevole che il figlio non era il suo. L'ingiustizia di questa applicazione si è disvelata nei numerosi casi di riconoscimenti di compiacenza fatti da chi si univa ad una donna già con prole. La giurisprudenza, in una serie di decisioni, in alcuni casi rinviando testualmente al principio di buona fede[17], in altri casi rinviando implicitamente ad esso[18], ha dato rilevanza allo stato soggettivo dell'autore del riconoscimento impedendo l'esercizio dell'azione a chi al tempo del riconoscimento fosse consapevole che il figlio non era suo. Altra giurisprudenza ha riconosciuto l'obbligo del risarcimento del danno in favore del figlio nel caso di accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento proposta da chi effettuò il riconoscimento nella consapevolezza della mancanza di veridicità[19]. Si tratta di decisioni importanti che, al di là dell'espresso rinvio al principio di buona fede in senso soggettivo, manifestano l'orientamento del sistema verso la prevalenza della tutela dell'affidamento sul principio di verità e quindi assegnano rilevanza alla buona fede, da intendersi anche in senso oggettivo come principio di correttezza che, analogamente a quanto avviene, nei rapporti obbligatori, governa i rapporti familiari, tutelando il principio di affidamento negli *status* familiari. Segni di tale orientamento si rinvengono anche in quelle decisioni che attribuiscono un risarcimento del danno da lesione del diritto all'identità personale in caso di disconoscimento tardivo[20]. Segni ancora di tale orientamento si rinvengono in

16 È stato infatti abbandonato un progetto inziale che al contrario attribuiva rilevanza allo stato soggettivo di colui che ha attuato il riconoscimento.

17 *Vid.*. al riguardo Trib. Roma, 17 ottobre 2012: "Ritenuto che la buona fede, la correttezza e la lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge, e che tali doveri, nella particolare materia del diritto di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento, ritenuto che, nell'evoluzione del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale, sempre minor rilievo assume il dato formale del rapporto familiare fondato sul legame meramente biologico e la famiglia assume sempre di più la connotazione della prima comunità nella quale effettivamente si svolge e si sviluppa la personalità del singolo e si fonda la sua identità, per cui la tutela del diritto allo status ed all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità biologica; ritenuto che la protezione dei diritti individuali della persona ed in particolare del minore - specie nella delicatissima sua fase adolescenziale (art. 264 c.c.) - nella società e nel nucleo familiare in cui questi si trovi collocato per scelta altrui postula le linee guida che devono orientare, oltre al legislatore ordinario, anche l'interprete nella ricerca, nel sistema normativo, dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana; quanto precede ritenuto e premesso, l'interpretazione dell'art. 263 c.c., alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, comunitario ed internazionale e del diritto allo status ed all'identità personale, impone di considerare irretrattabile il riconoscimento avvenuto nella consapevolezza della sua falsità: attribuire la legittimazione ad impugnare il riconoscimento a chi lo abbia in mala fede effettuato o concorso ad effettuarlo, sul piano logico ed effettuale ha la stessa valenza di una revoca, vietata, peraltro, espressamente dalla legge". Un riferimento alla buona fede si rinviene già anche se in termini meno espliciti in Trib. Civitavecchia, 19 dicembre 2008.

18 *Vid.* Trib. Napoli, 11 aprile 2013: "È inammissibile l'azione di impugnazione per difetto di veridicità proposta da chi era consapevole di riconoscere come proprio un figlio altrui"; nei medesimi termini si esprime Trib. Trento 14 novembre 2016.

19 *Vid.* Trib. Milano, 6 giugno 2016.

20 Cass. 31 luglio 2015, n. 16222. Significativo un passaggio della decisione: "L'identità come tutti i diritti della personalità, si rafforza e si consolida con il passare del tempo. Pertanto, maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale. Proprio di questa potenzialità lesiva la l. n. 219 del 2012 ha

tema di procreazione medicalmente assistita nella norma che vieta al coniuge o al convivente che ha dato il consenso alla fecondazione eterologa di agire per il disconoscimento o con l'azione di impugnazione per difetto di veridicità[21]. Prima che la legge prevedesse espressamente il divieto di disconoscimento, è interessante ricordare che la Corte di Cassazione lo avesse previsto anche in mancanza di apposita norma, proprio evocando il principio di buona fede e correttezza nei rapporti familiari[22]. Interessanti quelle decisioni della Corte di Cassazione[23] che, al contrario, hanno ammesso il disconoscimento, nel caso di fecondazione eterologa fatta senza consenso e all'insaputa del partner, con un'evidente violazione del canone della lealtà [24] In particolare secondo queste decisioni aver fatto la fecondazione eterologa ad insaputa del partner è atto equiparabile ad un "tradimento" e quindi legittima l'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235 c.c., norma che deve ritenersi applicabile anche alle filiazioni derivanti da fecondazione assistita. Sicuramente, anche se non può condividersi la qualifica quale tradimento, deve condividersi l'idea di fondo che in questo caso vi sia stato una violazione della lealtà tra i *partners* in ordine al progetto di genitorialità che legittima un'azione di disconoscimento. Nella prospettiva della tutela dell'affidamento vanno collocate le nuove disposizioni in tema di azioni di stato che fissano il termine tombale di 5 anni per l'esercizio delle azioni di stato[25]. Tale termine manifesta la prevalenza che viene data alla tutela dell'affidamento sullo *status* di figlio rispetto alla prevalenza del principio di verità, dando piena tutela al diritto del figlio alla sua identità filiale[26], evitando situazioni quale quella che si era verificata nel 2012[27], prima della riforma, di impugnazione del difetto di veridicità dopo quasi 40 anni dal riconoscimento, in tempi in cui il termine per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 263 c.c. era ancora imprescrittibile.

finalmente preso atto, limitando l'imprescrittibilità dell'azione alla sola ipotesi in cui l'azione venga proposta dallo stesso soggetto nella cui sfera giuridica si produrrà il danno".

21 *Vid.* art. 9 legge n. 40 del 2004: "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice 2".

22 *Vid.* Cass. 16 marzo 1999, n. 2315: "Buona fede correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento".

23 *Vid.* al riguardo Cass. 28 marzo 2017, n. 7965.

24 Ritiene che in questo caso debba ritenersi violato l'obbligo di fedeltà, inteso in senso evolutivo rispetto alla nozione tradizionale, Auletta, T.: *Sub comma 11,* in Bianca, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 141: "Con l'avvento delle pratiche di fecondazione assistita la fedeltà esige anche l'astenersi da quei comportamenti decisi unilateralmente, i quali possono portare alla generazione di un figlio che non sia anche dell'altro (donazione dei gameti, maternità surrogata)".

25 *Vid.* art. 244, 4° comma, con riferimento all'azione di disconoscimento e art. 263, 4° comma in caso di impugnazione per difetto di veridicità.

26 Di diritto all'identità personale *tout court* parla Cass. n. 16222 del 2015, cit.

27 Decisa dal Tribunale di Roma, 17 ottobre 2012, cit.

III. LA BUONA IN SENSO OGGETTIVO. L'OBBLIGO DI LEALTÀ. DISTINZIONE TRA FEDELTÀ E LEALTÀ

1. Il difetto di informazione nella fase che precede il matrimonio e l'unione civile

Con specifico riferimento alla buona fede in senso oggettivo, la prima regola che viene in considerazione è l'obbligo di lealtà. Tale obbligo in materia contrattuale rileva nella fase precontrattuale, imponendo alle parti un dovere di informazione, anche in mancanza di specifici obblighi informativi. In materia familiare è assai difficile individuare un dovere generico di lealtà, come dovere di informare. Tuttavia attenta dottrina e in tempi ormai lontani aveva individuato *un dovere di comunicazione* tra i coniugi, sia nella fase prematrimoniale sia durante il rapporto matrimoniale, avente ad oggetto fatti rilevanti della vita familiare, qualificando tale dovere quale specificazione dell'obbligo di assistenza morale[28]. Inteso quale specificazione dell'obbligo di assistenza morale, tale dovere di comunicazione riguarderebbe oggi non solo i coniugi ma anche gli uniti civili, per i quali è previsto il sorgere dell'obbligo di assistenza morale. Se, al contrario, si volesse qualificare l'obbligo di lealtà, quale specificazione dell'obbligo di fedeltà, si avrebbe il problema dell'omissione di tale obbligo per gli uniti civili[29]. Anche volendo superare tale problema, ritenendo che l'obbligo di fedeltà sia espressione dell'obbligo di assistenza morale[30] e quindi estensibile anche agli uniti civili, è chiaro che la lealtà quale dovere di comunicazione tra i familiari disegna un perimetro più ampio sia rispetto all'obbligo di assistenza morale sia rispetto all'obbligo di fedeltà, qualunque significato a quest'ultima si voglia assegnare[31]. Assistenza morale e

28 Auletta, T.: *Riservatezza e tutela della personalità,* Milano, 1978, p. 191 ss.: "L'obbligo di assistenza morale richiede uno scambio di idee e di esperienze atte ad approfondire la conoscenza reciproca. Di conseguenza gli ostacoli interposti da un coniuge all'altro nella conoscenza dei fatti rilevanti della vita familiare, finirebbero con il ripercuotersi negativamente nei confronti dell'altro coniuge il quale ha interesse a conoscerli anche per poter adeguatamente adempiere al suo obbligo di assistenza. Donde l'esigenza che un coniuge non celi all'altro vicende che possano incidere sull'equilibrio e l'armonia familiare o che siano, comunque, rilevanti per la vita familiare. L'ordinamento non solo esclude la tutela dell'interesse di un coniuge al segreto riguardo a tali vicende, ma addirittura pone a suo carico un obbligo di comunicazione a salvaguardia dell'interesse dell'altro coniuge alla conoscenza delle vicende medesime".; Id.: *Sub comma 11,* in Bianca, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze,* cit., p. 142. Sul diritto di comunicazione in famiglia, *vid.* le belle pagine di Napoli, E.V.: "Comunità familiare e diritto di comunicazione", *Dir. fam.* 1983, p. 1159.

29 Sul significato di questa omissione, *vid.* Bianca, C.M.: *Sub art. 1, comma 1,* in Bianca, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017,* cit., p. 4 ss.; Auletta, T.: *Sub art. 1, comma 11,* in Bianca, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017,* cit., p. 142, al quale si rinvia per una sintesi del dibattito; Sesta, M.: *Sub art. 1, comma 1,* in Sesta, M. (a cura di): *Codice delle unioni civili e delle convivenze,* Milano, 2017, p. 181; Olivero, L.: "Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà", *Riv. trim.,* 2017, p. 213 ss.; Alpa, G.: "Il linguaggio omissivo del legislatore", *Riv. trim.,* 2017, p. 415 ss.

30 Per questa posizione, *vid.* Patti, S.: "Le convivenze di 'fatto' tra normativa di tutela e regime opzionale", *Foro it.,* 2017, I, c. 301. *Contra* Bianca, C.M.: *op. ult. cit.*

31 Sulla nozione di fedeltà, *vid.* le suggestive riflessioni consegnateci da tempo da Paradiso, M.: *La comunità familiare,* Milano, 1984, p. 295: "…il dovere in parola si articola in una serie complessa di comportamenti, di rispetto e di delicatezza, funzionali alla realizzazione di una piena unità familiare"; Id.: *Sub art.* 143 cc., in *Comm. Schlesinger,* 2° ed., Milano, 2012, p. 62 ss.; Sull'evoluzione del concetto di fedeltà si rinvia alla sintesi di Auletta T.: *Sub comma 11,* in Bianca, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze,* p. 140 ss. *Adde* Giacobbe, E.: "A. Trabucchi: un 'profeta' inascoltato", *Dir. fam.* 2012, p. 169 ss.; Ruscello, F.: "Appartenenza" e *"amore".* La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile", *Dir. fam.* 2011, p. 286.

fedeltà riguarderebbe solo la coppia[32] , mentre la lealtà avrebbe come destinatari anche gli altri componenti della comunità familiare[33], come i figli[34]. Inoltre credo che l'obbligo di lealtà, quale esplicazione del dovere di buona fede, ritagli un significato più tecnico, che è quello che si ricava analogamente dalla disciplina del libro IV. In questa accezione più specifica, la lealtà non va genericamente individuata, come sostengono alcuni, nell'assistenza morale, nella fiducia reciproca, ma individua obblighi specifici di informazione e di comunicazione in capo ai soggetti che fanno parte della comunità familiare. Intesa in questo significato più tecnico, quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio, tale obbligo riguarderebbe ogni comunità familiare di carattere stabile, e quindi, non solo la famiglia fondata sul matrimonio o l'unione civile, ma anche la famiglia convivente, indipendentemente dal fatto che per i conviventi non siano configurabili obblighi specifici di assistenza morale e di fedeltà. Se si accoglie questa prospettiva si recupera il significato più profondo della regola di buona fede, quale regola che si applica a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi[35]. Così l'obbligo di lealtà, quale espressione della buona fede impone un dovere di comunicazione che, nella attuale pluralità dei modelli familiari, troverebbe applicazione, ogni qual volta è dato individuare una comunità familiare e un interesse della stessa che si affianca a quello dei singoli partecipanti. In questo significato di lealtà nei rapporti familiari la buona fede ha fatto capolino in giurisprudenza, portando con sé dei corollari interessanti e trovando applicazione anche rispetto ai conviventi[36]

In una decisione interessante della Corte di Cassazione ormai risalente[37], si è riconosciuto il danno endofamiliare (era questa una delle prime decisioni sul

32 Dei coniugi e degli uniti civili. Non può affrontarsi in questa sede il dibattito relativo all'omissione dell'obbligo di fedeltà tra gli uniti civili (si *vid.* al riguardo la nota 29 del testo). Certamente se si accoglie una nozione ampia di fedeltà intesa come lealtà non potrebbe negarsi che essa spetti anche agli uniti civili, indipendentemente dalla mancanza di un esplicito richiamo normativo.

33 Sempre interessanti riflessioni sulla nozione attuale di comunità familiare e sulla funzione sociale della famiglia si rinvengono nel bel saggio di Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Riv. trim.*, 2017, p. 567 ss.

34 Per questa distinzione tra fedeltà e lealtà, si rinvia a Auletta T.: *op. ult. cit.*, p. 142.

35 *Vid.* Bianca, C.M.: *Diritto civile 4. L'obbligazione,* Milano, 1993, p. 88: "La buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica contrattuale od extracontrattuale". Questa formula, applicata ai rapporti familiari, dovrebbe essere così tradotta: "La buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica *familiare*".

36 *Vid.* oltre nel testo.

37 Cass. 10 maggio 2005, n. 9801: "L'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità e indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo - *un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, sostanziantesi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto.* Pertanto è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità *coeundi* a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio. La decisione è stata commentata da Morace Pinelli, A.: in *Giust. civ.* 2006, I, 98 ss".

tema) a favore di una moglie la quale non era stata avvertita dell'impotenza del marito. In quella decisione la Corte di Cassazione, affermando la responsabilità prematrimoniale per violazione dell'obbligo di informazione[38], ha esplicitamente fatto rinvio all'obbligo di buona fede nei rapporti familiari, obbligo che in questo caso specifico si è tradotto in obbligo di lealtà. In altra e più recente decisione di merito[39], pur ammettendosi la separazione per intollerabilità della convivenza rispetto ad un coniuge che aveva rivelato all'altro la scoperta della propria omosessualità, si è escluso l'addebito, considerando anzi leale il comportamento del coniuge che, senza ancora tradire, avverte l'altro della nuova situazione.

In termini generali discutibile è l'obbligo di informare i propri familiari sul proprio stato di salute. Talvolta il silenzio serve per non ferire l'altra persona o per non arrecarle dispiacere. Si pensi al caso di una figlia che tace alla madre la sua malattia terminale o la madre che tace ai propri figli di essere affetta da una malattia incurabile.

2. Il difetto di informazione sullo status di genitore

Il dovere di informazione che si fonda sulla buona fede riprende invece una certa pregnanza quando sono in gioco gli *status,* e in particolare lo *status* genitoriale. Una interessante decisione del Tribunale di Bologna[40] ha riconosciuto l'illecito endofamiliare nel caso di una donna che, dopo aver taciuto al convivente per 7 anni che la figlia non era sua, agisce con l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento. Anche in questo caso si è evocato il principio di buona fede e di lealtà nei rapporti familiari (nel caso oggetto della decisione si trattava di due conviventi) principio che viene applicato anche alla convivenza *more uxorio*[41]. Una fattispecie analoga è stata decisa dal Tribunale di Firenze[42]. Anche in questo caso si trattava di una coppia di fatto, in cui la madre aveva taciuto per anni al convivente che la figlia non era sua. Anche in questo caso si è evocato il principio di buona fede[43]. Nelle due fattispecie esaminate, occorre stare attenti a non confondere il danno da nascita con il danno che qui rileva che è quello derivante dall'inganno e

38 A questo risultato era giunta la dottrina, ancora prima della Cassazione, *vid.* Auletta T.: *Riservatezza e tutela della personalità,* cit., p. 192: "L'obbligo di comunicare certi avvenimenti della vita privata sorge a volte anche prima del matrimonio e la sua violazione comporta l'obbligo del risarcimento del danno derivante dall'annullamento del matrimonio".

39 *Vid.* al riguardo Trib. Perugia, 30 maggio 2016.

40 *Vid.* Trib. Bologna, 16 dicembre 2014.

41 *Vid.* al riguardo in motivazione Trib. Bologna 16 dicembre 2014, cit.: "...La relazione affettiva tra conviventi dà vita ad uno speciale contatto dal quale possono sorgere obblighi di correttezza (e di informazione)... Ecco perché la violazione di doveri di lealtà e di correttezza tra conviventi nei suoi riflessi sulla libertà di autodeterminazione e sulla assunzione di responsabilità genitoriale può provocare danno ingiusto".

42 *Vid.* Trib. Firenze, 2 febbraio 2015.

43 *Vid.*. in motivazione Trib. Firenze, cit.: "Assumono rilievo i diritti/doveri derivanti dalla nascita di un figlio ed i reciproci rapporti tra i genitori, anche se non inseriti all'interno di un preciso rapporto matrimoniale, quali quello di lealtà e di informazione, improntati ai principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento (principi generali non circoscrivibili alla sola materia negoziale)".

dalla lesione di uno specifico diritto all'identità che è quello all'identità genitoriale. In definitiva, come in altre situazioni della vita reale, queste persone avrebbero forse voluto bene lo stesso a questi bambini e forse avrebbero provveduto al loro mantenimento, ma il danno che lamentano è l'inganno, ovvero il fatto di aver fatto loro credere di essere i genitori.

3. Il dovere di informazione dei minori adottati e dei minori nati da fecondazione assistita

Sempre con riferimento all'obbligo di lealtà in materia familiare, occorre stabilire se vi sia l'obbligo secondo buona fede di informare i figli adottivi e i figli nati da fecondazione eterologa del modo in cui essi sono venuti dal mondo. Tanto nell'adozione come nella fecondazione eterologa, non bisogna confondere questo profilo con quello della identità filiale. Il soggetto adottato e il soggetto nato da fecondazione eterologa hanno solo due genitori e sono nel primo caso i genitori adottivi e nel secondo caso i genitori che hanno dato il consenso alla fecondazione eterologa. Ma è giusto che siano informati sulle proprie origini e ciò fa parte del loro diritto all'identità? Mi sono posta più volte questo quesito. La legge sull'adozione, prima della riforma del 2001, non prevedeva un'informazione del minore da parte dei genitori adottivi. L'art. 28, 1° comma della legge sull'adozione[44] oggi lo prevede con una formula felice che lascia spazio ai genitori sulle modalità di una comunicazione che è sicuramente estremamente delicata. L'art. 28 l. adoz. prevede infatti che "il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e nei termini che essi ritengono opportuni". Prima di tale modifica, si poneva comunque il problema se esistesse un obbligo di informazione anche in mancanza di una norma che lo prevedesse. Credo che al riguardo deve utilizzarsi la buona fede come obbligo di lealtà nei rapporti familiari. L'informazione sulle proprie origini rappresenta patrimonio del soggetto e della sua identità come il successivo dibattito sul diritto a conoscere le proprie origini ha disvelato. Oggi si pone il medesimo problema con riferimento al nato da fecondazione eterologa, non essendovi al riguardo alcun obbligo di informazione da parte dei genitori. Credo che anche in queste delicate situazioni occorre contemperare il diritto del minore ad una serena crescita con il diritto del minore alla verità. Sicuramente il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini ha un contenuto valoriale diverso rispetto al diritto del nato da fecondazione eterologa a conoscere la propria identità genetica, ma l'obbligo di lealtà non cambia e assume la stessa portata. L'obbligo di informazione da parte dei genitori è dovuto non tanto perché vi sono ragioni oggettive che possono richiederlo (es. conoscenza di malattie genetiche) quanto perché si tratta di evitare scoperte che possono incidere seriamente sulla serenità della persona adulta, minando il diritto alla certezza della propria identità. Allo stesso modo

44 Articolo sostituito dall'art. 24 della l. 28 marzo 2001, n. 149.

appare conforme all'obbligo di correttezza informare i propri figli sulle vicende che riguardano la loro venuta a questo mondo, proprio ora che si sono moltiplicate le tecniche di programmazione delle nascite.

Commentando la decisione del Tribunale di Roma sullo scambio di embrioni[45], mi sono chiesta più volte cosa potrebbe succedere se i gemellini scopriranno su Internet la loro storia e se non sia necessaria un'informazione da parte dei loro genitori sulla vicenda giudiziaria, secondo le modalità che essi riterranno opportuna.

L'obbligo di lealtà e di informazione, come è evidente, non ha nulla a che vedere con l'accertamento dello *status* genitoriale o filiale, ma costituisce un valore che deve essere tutelato proprio in rapporti in cui le aspettative e il coinvolgimento della persona sono o dovrebbero essere molto più alti che nel diritto patrimoniale generale.

IV. LA BUONA FEDE QUALE OBBLIGO DI SALVAGUARDIA NEI RAPPORTI FAMILIARI

Quanto all'obbligo di salvaguardare l'interesse dell'altro fino al limite dell'apprezzabile sacrificio, quale secondo canone che riempie il contenuto della buona fede in senso oggettivo, non si rinvengono numerose applicazioni giurisprudenziali, anche se tale obbligo, al pari di quello di lealtà, assume una connotazione incisiva e importante nei rapporti familiari in funzione integrativa[46].

Un'applicazione consapevole dell'obbligo di buona fede, inteso come obbligo di salvaguardia, si rinviene in quelle decisioni della giurisprudenza in tema di rottura della convivenza. In una decisione della Cassazione del 2017[47], in cui non era applicabile *ratione temporis* la nuova disciplina della convivenze di fatto (l. n. 76 del 2016) che oggi assicura al convivente superstite un diritto di abitazione, si è affermato "che i terzi che vantino un diritto sull'immobile possono concedere al coniuge superstite un congruo termine per la ricerca di una nuova sistemazione abitativa in virtù del principio di buona fede e correttezza" principio "dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento". La buona fede e la correttezza era stata già richiamata in altra decisione della Cassazione del 2013 sempre in caso di rottura della convivenza nel rapporto tra i conviventi, e nell'obbligo da parte del convivente-proprietario di concedere all'altro un congruo

45 *Vid.* Bianca, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", nota a Trib. Roma, 20 Agosto 2014, *Dir. fam.,* 2015, p. 184 ss.

46 Sulla funzione distributiva che la buona fede potrebbe svolgere nelle unioni di fatto, *vid.* il bel saggio di Vercellone, A.: "Oltre le obbligazioni naturali. Poteri privati, distribuzione, regolazione: le unioni di fatto come rapporto negoziale", in via di pubblicazione, che ho potuto consultare anticipatamente grazie alla cortesia dell'A.

47 Cass. n. 10377 del 27 aprile 2017.

termine per cercare altra sistemazione[48]. La legge n. 76 del 2016, al comma 42, ha risolto parte di questi problemi prevedendo il diritto del convivente superstite di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore ai due anni e comunque non oltre i cinque anni". L'obbligo di buona fede potrebbe portare a stabilire un periodo più lungo nel caso di grave malattia del convivente superstite e sempre che gli eredi del convivente deceduto non ne abbiano urgente bisogno al fine di un uso personale. Rimane l'obbligo di buona fede in caso di rottura della convivenza per volontà di uno di essi. Qui la nuova legge nulla prevede ed è sicuramente conforme a buona fede che il convivente proprietario lasci all'altro un periodo congruo per cercare altra sistemazione.

Altre possibili applicazioni dell'obbligo di buona fede possono ipotizzarsi nel caso di regime personale dei coniugi. In questo caso, pur non essendovi un obbligo di cogestione, deve ritenersi conforme alla buona fede prendere la gestione anche del patrimonio dell'altro coniuge quando questi si trovi in difficoltà ad amministrare. La stessa soluzione riguarda anche altri modelli familiari, come la convivenza di fatto, nell'ipotesi che i conviventi non abbiano scelto di adottare il regime della comunione legale in sede di redazione del contratto di convivenza[49]. Altra applicazione del principio di buona fede riguarda tutti i casi di affidamento dei figli in caso di separazione. Per esempio, a prescindere dal calendario previsto per la visita dei figli, è sicuramente conforme a buona fede una certa flessibilità che consenta agli ex coniugi di venirsi incontro per prevedere modalità e tempi diversi di frequentazione dei propri figli che vadano oltre quanto previsto dal giudice, sempre che ciò non comporti per ciascuno di essi un apprezzabile sacrificio. Un tale atteggiamento, a prescindere dal riconoscimento di conformità al precetto della buona fede familiare, consentirebbe di attenuare la conflittualità che segue la separazione con un sicuro beneficio dei figli.

In generale una importante funzione integrativa della buona fede potrebbe realizzarsi in tutti gli accordi sull'indirizzo della vita familiare. L'art. 144 del codice civile prevede che i coniugi concordano l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia. In dottrina e in giurisprudenza si discute sulla natura di tali accordi. Parte della dottrina afferma la natura negoziale degli stessi, rivendicandone così la vincolatività[50]. Altra parte della dottrina nega la natura negoziale ma afferma

48 *Vid.* Cass. n. 7214 del 2013: "D'altra parte, l'assenza di un giudice della dissoluzione del *ménage* non consente al convivente proprietario di ricorrere alle vie di fatto per estromettere l'altro dall'abitazione, perché il canone della buona fede e della correttezza, dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento, impone al legittimo titolare che, cessata l'*affectio*, intenda recuperare, com'è suo diritto, l'esclusiva disponibilità dell'immobile, di avvisare il partner e di concedergli un termine congruo per reperire altra sistemazione".

49 Per la convivenza di fatto, la legge n. 76 del 2016 ha previsto al comma 53 la possibilità di scegliere il regime della comunione legale.

50 Bianca, C.M.: *Diritto civile 2.1.*, 5° ed., Milano, 2014, p. 65, cui si rinvia per una completa bibliografia sul tema.

la rilevanza giuridica degli stessi e l'efficacia di reciproco impegno[51]. Se si accoglie questa seconda tesi, il ruolo della buona fede svolgerebbe un'importante funzione integrativa che assicurerebbe la vincolatività dell'impegno nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio.

V. CONCLUSIONI

L'indagine sull'applicazione del principio di buona fede nei rapporti familiari conferma che, nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa, la giurisprudenza, in una serie di interessanti decisioni sia di merito che di legittimità, non solo applica la buona fede ai rapporti familiari ma esplicitamente prevede che si tratti di principio generale la cui portata non può essere limitata al diritto delle obbligazioni e dei contratti. Questa indagine ha mostrato poi la varietà delle conseguenze della violazione del principio di buona fede, dall'impedimento all'esercizio delle azioni di stato, al risarcimento del danno, all'esercizio di azioni di stato nonostante l'espresso divieto normativo (come nelle ipotesi di fecondazione eterologa fatta ad insaputa del partner). Si tratta di rimedi e di conseguenze che sono proprie del diritto di famiglia e che svelano un nuovo e interessante volto del principio di buona fede.

Questa indagine sulla buona fede nei rapporti familiari, al di là del fatto che se ne condividano o meno gli esiti, ha mostrato due importanti prospettive.

La prima prospettiva che assume un'importanza di carattere assiologico è la considerazione dei rapporti familiari quali rapporti di carattere fiduciario che creano un legittimo affidamento e l'applicazione di obblighi di lealtà e di solidarietà, perché sono rapporti che investono la persona nella sua totalità e della persona investono gli aspetti più importanti della identità, quale lo *status* di genitore, lo *status* di figlio. Pertanto, per esempio, l'inganno sull'acquisto di una casa, se pure rilevante, non può essere minimamente paragonato all'inganno sul ruolo di genitore o di figlio, perché in questi ultimi casi viene in gioco la persona nella sua pienezza identitaria. D'altra parte e con riferimento all'obbligo di solidarietà e di salvaguardia, un familiare con il quale si è condiviso un pezzo della nostra vita, non è paragonabile a qualsiasi soggetto debitore di una relazione obbligatoria di carattere patrimoniale. Se si condividono queste premesse, la buona fede e la correttezza si applicano pertanto a qualsiasi modello familiare di carattere stabile, indipendentemente dalle differenze che caratterizzano lo statuto di ogni modello familiare e che come tali devono essere rispettate.

51 Bianca, C.M.: *Diritto civile 2.1.*, cit., p. 65.

La seconda prospettiva che è emersa da questa indagine è la costatazione dell'evoluzione del diritto di famiglia da territorio angusto del diritto civile, connotato da regole e da istituti propri, a terreno di indagine e di applicazione privilegiata del diritto civile generale e dei suoi principi fondamentali. Così la migrazione di principi del diritto patrimoniale al diritto di famiglia non si risolve in una mera esercitazione di stile ma è il test per valutare la rinnovata stagione del diritto della famiglia quale diritto civile della persona e dei diritti fondamentali, in cui i partecipanti della comunità familiare sono soggetti che, per il vincolo familiare, chiedono un trattamento quanto meno paritario rispetto a quello di altri contraenti[52].

Infine non nascondo che evocare il principio di buona fede nei rapporti familiare, dato il sicuro fondamento etico di tale principio, riveste un significato profondo per chi continua a credere che la comunità familiare sia il luogo dove, più che altrove, si radica l'e*thos,* da intendersi quale "dimora, luogo in cui l'uomo si stabilisce e, in comunità con altri uomini, si foggia un modo di vivere e di comportarsi"[53].

52 *Vid.* con riferimento alla famiglia di fatto l'indagine di Vercellone, A.: *op. cit.*

53 Si rinvia qui alle parole di Luigi Mengoni, contenute in una lettera inviata a Natalino Irti, e da lui pubblicata in *Riv. Trim.* 2002, II, p. 156 e ricordata nel saggio pieno di suggestioni di Nicolussi, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale?", cit., p. 169 ss.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, G.: "Il linguaggio omissivo del legislatore", *Riv. trim.,* 2017, p. 415 ss.

AULETTA, T.: *Riservatezza e tutela della personalità,* Milano, 1978

BIANCA, C.M.: *Le autorità private,* Napoli, 1977

BIANCA, C.M.: *Diritto civile 4. L'obbligazione,* Milano, 1993

BIANCA, C.M.: *Il contratto,* 2° ed., Milano, 2000

BIANCA, C.M.: *Diritto civile 2.1.,* 5° ed., Milano, 2014

BIANCA, C.M. (dir.): Le *unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017,* Torino, 2017

BIANCA, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", nota a Trib. Roma, 20 Agosto 2014, *Dir. fam.,* 2015, p. 184 ss.

GIACOBBE, E.: "A. Trabucchi: un 'profeta' inascoltato", *Dir. fam.* 2012, p. 169 ss.

MENGONI, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia,* 1990, p. 11 ss.

NAPOLI, E.V.: "Comunità familiare e diritto di comunicazione", *Dir. fam.* 1983, p. 1159

NICOLUSSI, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale?", *Europa e dir priv.,* 2012, p. 171 ss.

OLIVERO, L.: "Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà", *Riv. trim.,* 2017, p. 213 ss.

PARADISO, M.: *La comunità familiare,* Milano, 1984

PARADISO, M.: *Sub art.* 143 cc., in *Comm. Schlesinger,* 2° ed., Milano, 2012

PATTI, S.: "Le convivenze di 'fatto' tra normativa di tutela e regime opzionale", *Foro it.,* 2017, I, c. 301 ss.

RUSCELLO, F.: *Appartenenza e amore.* La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile", *Dir. fam.* 2011, p. 286 ss.

SESTA, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Riv. trim.,* 2017, p. 567 ss.

SESTA, M. (a cura di): *Codice delle unioni civili e delle convivenze,* Milano, 2017.

LUCES Y SOMBRAS DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 96 CC PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD*

LIGHTS AND SHADOWS OF THE PROPOSAL TO MODIFY ART. 96 OF SPANISH CIVIL CODE PROVIDED IN THE DRAFT LAW AMENDING CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION IN THE FIELD OF DISABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 32-63

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER *Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones.*

Marta ORDÁS ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, acomete una modificación del art. 96 CC en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio. Reforma que clarifica algunos de los puntos controvertidos del precepto vigente, pero que no puede calificarse sino de modesta en cuanto al fondo, en la medida en que continúa vinculando la atribución de la guarda y custodia con el uso de la vivienda familiar obviando soluciones menos gravosas y más equitativas propuestas por la doctrina en los últimos años.

PALABRAS CLAVE: Nulidad; separación y divorcio; atribución del uso de la vivienda familiar; hijos comunes; hijos mayores de edad; discapacidad.

ABSTRACT: *The Draft Law that reforms the civil and procedural legislation on disability matters, prepared within the General Codification Commission, undertakes a reform of art. 96 CC regarding the attribution of the use of the family home in cases of nullity, separation and divorce. Reform that clarifies some of the controversial points of the prevailing precept, but that can not be qualified but modest in terms of substance insofar as it continues to link the attribution of custody and custody with the use of the family dwelling, avoiding less costly solutions and more equitable proposals by the doctrine in recent years.*

KEY WORDS: *Nullity; separation and divorce; attribution of the use of the family home; common children; children of legal age; disability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UN ANTEPROYECTO IMPECABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO, PERO MODESTO EN LO QUE A LA REFORMA DEL ART. 96 CC SE REFIERE.- III. LAS "LUCES" DE LA REFORMA DEL ART. 96 CC.- 1. La atribución del uso de la vivienda habiendo hijos menores comunes.- 2. La prestación de alimentos ex arts. 142 y ss. CC como medio para cubrir las necesidades de vivienda de los hijos mayores de edad.- 3. La continuación en el uso de los hijos discapacitados, si fuera "conveniente" y con carácter temporal.- 4. La reforma del último párrafo del art. 96 CC. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la ratificación por España de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el ordenamiento jurídico español ha experimentado una serie de reformas que comenzaron con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional de protección de los derechos de las personas con discapacidad y continuaron con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

El Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, acomete una profunda reforma del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretendiendo dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a los dictados de dicha Convención internacional. Reforma que no implica un mero cambio de terminología sino un "nuevo y más acertado enfoque de la realidad", que advierta que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones. En esta medida, sienta las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas

• Marta Ordás Alonso
Profª. Titular (Acreditada Catedrática) de Derecho Civil de la Universidad de León. Correo electrónico: marta.ordas.alonso@unileon.es

con discapacidad. Regulación que pivota en torno a la idea de prestar apoyo a la persona que lo precise. Apoyo que, indica la Exposición de Motivos, "es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones".

Con tal final el Anteproyecto realiza una nueva redacción del Título XI del Libro I del Código Civil. Una reforma tan profunda como la que el Anteproyecto propone debe ir acompañada por un importante número de modificaciones legislativas en otras materias conectadas con la capacidad de la persona, tanto en el Código Civil como en el seno de otras leyes de indiscutida importancia. Entre ellas, dentro del texto codificado, se da nueva redacción al art. 96 CC regulador de las medidas definitivas a adoptar en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar. Al análisis de la propuesta de reforma de dicho precepto se circunscribe este trabajo. Me limitaré, por tanto, en las líneas que siguen, a efectuar unas breves consideraciones sobre el texto de la reforma. Para ello necesariamente se ha de partir del tenor literal del art. 96 CC que el Anteproyecto propone:

'En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Titulo VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

Los cuatro párrafos del art. 96 CC actualmente en vigor se convierten en seis en el texto proyectado. Realmente las modificaciones de calado se circunscriben al primer y último párrafo del artículo vigente, tres primeros y sexto respectivamente de la redacción dada por el Anteproyecto. En cuanto al resto, el párrafo segundo pasa a ser el cuarto y el tercero el quinto.

II. UN ANTEPROYECTO IMPECABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO, PERO MODESTO EN LO QUE A LA REFORMA DEL ART. 96 CC SE REFIERE

A las lagunas que el art. 96 CC vigente presentaba ya en el momento de su promulgación[1] se une una deficiente técnica legislativa, con gran abundancia de conceptos jurídicos indeterminados y una interpretación por parte del Tribunal Supremo que en muchas de las cuestiones que el entendimiento del precepto suscita no se puede calificar sino de insatisfactoria. A ello cabe añadir el hecho de haber quedado desbordado por la realidad en la medida en que guarda absoluto silencio en materias tan generalizadas al día de la fecha como puede ser la atribución de una guarda y custodia compartida.

Pero no son los únicos problemas que plantea en la medida en que el automatismo que el precepto consagra vinculando la asignación de la custodia exclusiva con la atribución del derecho de uso de la vivienda, unido a la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Supremo, implica una absoluta disociación entre el derecho de propiedad del inmueble y el derecho de uso sobre el mismo, dificulta enormemente tanto adoptar soluciones que resulten equitativas para ambos progenitores y no provoquen la asfixia económica del no custodio como llegar a acuerdos que impliquen una guarda y custodia compartida[2], no se tiene en

1 A título de ejemplo, no abordaba la problemática planteada por la vivienda familiar arrendada o la vivienda familiar cedida por terceros, usualmente los padres, a título gratuito. Tampoco reguló cuestiones de grandísima trascendencia práctica como pudiera ser la extinción del derecho de uso.

2 González del Pozo, J.P.: "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", *Boletín de Derecho de Familia,* núm. 2, 2010, EDC 2010/400444, p. 4.

consideración qué carga hipotecaria soporta, si cabe algún tipo de compensación patrimonial a favor del cónyuge que ha sido privado del uso, si el interés del menor puede ser salvaguardado a través de otras vías diferentes a la atribución del uso de la vivienda familiar que tengan en cuenta otros intereses presentes en el caso e igualmente dignos de protección y un largo etcétera. De todo ello he dado buena cuenta en un trabajo previo[3]. Estos y otros aspectos no hacen sino aumentar la conflictividad existente en una situación ya de por sí difícil, lo que ha llevado a que la doctrina[4] haya reclamado la necesidad de una reforma. De manera sumamente gráfica indica González del Pozo "desde todos los sectores implicados en el ámbito del Derecho de Familia se ha reclamado al legislador, en unos casos con ribetes de razonada súplica y en otros con un rictus de desesperanza y exigencia, que se dé nueva regulación a este derecho de uso, dada su trascendental importancia en el contexto de las medidas complementarias subsecuentes a las rupturas de pareja"[5]. Críticas a las que no ha sido ajena la jurisprudencia, no en vano indica el Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 297/2014 de 2 junio que "valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación"[6]. Idea en la que insiste recientemente en STS (Sala Primera) núm. 641/2018, de 20 de noviembre, relativa a la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia marital del titular con un tercero, al poner de relieve que "una vez más se advierte la insuficiencia del art. 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar".

En definitiva, la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar fruto de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio respondía a las necesidades de la sociedad de aquel entonces:

3 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Barcelona, 2018.

4 Cabezuelo Arenas, A.L.: "El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor *versus* aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017; Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis* familiares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 52; Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual", en, Yzquierdo Tolsada, M., Cuena Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2ª ed., Aranzadi, 2017, p. 389; Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 305.

5 González del Pozo, J.P.: "A vueltas", cit., p. 5.

6 En idénticos términos SAP de Guadalajara (Sección 1ª) núm. 67/2014, de 6 marzo.

el matrimonio se había regulado legalmente como un vínculo indisoluble durante muchos años y era frecuente que la mujer no hubiese llegado a incorporarse al mercado laboral o lo hubiese abandonado al casarse. El transcurso del tiempo y el cambio sociológico experimentado en la estructura social, tanto en cuanto a la admisión del divorcio sin causa como en orden a la incorporación de la mujer al trabajo que no suele abandonar al casarse, los avances hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, la evolución del concepto de familia o el hecho de que muchos divorcios afecten a matrimonios de duración media bastante breve imponen una revisión en profundidad del art. 96 CC.

Hay que hacer notar que los párrafos cuarto y quinto del texto del art. 96 contenido en el Anteproyecto de Ley no introducen variación alguna en su contenido respecto al texto actualmente en vigor. Es lo cierto que constituye un Anteproyecto impecable desde el punto de vista técnico. Lleva por rótulo "reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad" y a ello se limita. Lejos, por tanto, de la falta de técnica legislativa imperante en los últimos años, a la que nos estamos lamentablemente acostumbrando, en los que se aprovecha cualquier reforma para regular materias o introducir modificaciones en textos que nada tienen que ver con aquel al que la reforma se refiere, normalmente a través de un cúmulo interminable de disposiciones adicionales y/o finales. El Anteproyecto comentado se aparta de dicha senda, lo que pudiera justificar que las variaciones introducidas en el art. 96 CC se circunscribieran al primero de sus párrafos, ahora convertido en tres. Sin embargo, una vez que el Anteproyecto aborda la reforma del art. 96 CC quizá se pudiera haber aprovechado el momento que la ocasión brindaba y haber efectuado una reforma en profundidad del mismo. No en vano, las modificaciones introducidas en el párrafo primero no se limitan a aquellos puntos que afectan a las personas con discapacidad, sino que aclaran algunos puntos controvertidos –ej. ¿a qué hijos se refiere el precepto? ¿qué acontece cuando los hijos menores alcanzan la mayoría de edad?, etc.- que la redacción en vigor del art. 96 CC plantea. Es más, también es objeto de reforma el último párrafo del art. 96 en el sentido de añadir una referencia a la constancia registral de las limitaciones a la facultad de disposición sobre la vivienda familiar y la protección del adquirente de buena fe cuyo ámbito en absoluto se ve constreñido a aquellos supuestos en los que exista una persona con discapacidad. Es por ello que considero la reforma modesta en este punto concreto. Modesta y poco ambiciosa pues continúa sin contemplar todo un abanico de soluciones planteadas por la doctrina – atender al interés más necesitado de protección (que pudiera no coincidir con el de los menores de edad o personas con discapacidad), liquidación de la vivienda común, prever una posible temporalización del derecho de uso, atribución de inmuebles distintos a la vivienda familiar, abono del alquiler de una vivienda, incremento de la prestación alimenticia, la existencia de una contraprestación, etc.- más acordes con la realidad social del momento presente. Reforma que, desde mi punto de

vista, debería obedecer a unas líneas básicas que he expuesto en el trabajo al que anteriormente he hecho referencia y al que me remito[7].

III. LAS "LUCES" DE LA REFORMA DEL ART. 96 CC

Pese a lo modesto de la reforma, no cabe obviar que clarifica el texto del art. 96 CC en algunos puntos que se habían manifestado controvertidos en la práctica. En concreto, a qué hijos se refiere el primer párrafo del art. 96 CC, qué ocurre con el uso al cumplir los hijos menores los 18 años, qué acontece con los hijos mayores de edad, introduciendo las necesarias especialidades para el supuesto de que estos se encuentren discapacitados, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la restricción a la facultad de disponer, o el hecho de que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudique a terceros de buena fe.

1. La atribución del uso de la vivienda habiendo hijos menores comunes

La referencia que el art. 96.I CC en su redacción vigente efectúa a los "hijos", sin más especificaciones, obliga a preguntarnos si cuando el art. 96 atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden alude a todo hijo de cualquiera de los dos miembros del matrimonio o, por el contrario, se circunscribe a los hijos comunes a ambos cónyuges. Dicho de otro modo ¿es posible atribuir el uso de la vivienda a uno de los cónyuges en consideración al hecho de que ostenta la guarda y custodia de hijos no comunes? ¿estaría justificado privar al cónyuge propietario de la vivienda del uso de la misma con apoyo en el interés del menor cuando este no es su hijo?

La alimentación y educación de los menores a la que el art. 1362 CC alude son cargas de la sociedad de gananciales, no del matrimonio. Por ello, mayoritariamente se estima que el primer párrafo del art. 96, en la medida en que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, alude única y exclusivamente a los hijos comunes[8].

7 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *La atribución*, cit., 2018, p. 557 y ss.

8 Álvarez Álvarez, H.: Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 435; Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, PPU, Barcelona, 1992, p. 212-213; Hernández Ibañez, C.: "Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2013, p. 2231; Rams Albesa, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 116.
En sentido contrario, la SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 672/2011, de 29 diciembre, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de Instancia por la que se dejaban sin efecto las medidas definitivas establecidas en la sentencia de divorcio, incluyendo la atribución del uso de la vivienda familiar, una vez que se había probado que el exmarido no era el padre biológico del menor. Para llegar a esta conclusión la Sentencia se apoya en el hecho de que dicho exmarido no ha probado que su interés sea el más necesitado de protección. Desde mi punto de vista no es posible compartir el parecer de la Sentencia. Atribuido el uso del inmueble con base en el art. 96.I CC, la inexistencia de hijos comunes extingue el mismo. Cosa distinta es que proceda efectuar una atribución del uso *ex* art. 96.III CC, precepto de interpretación restrictiva. Ello ciertamente exigiría la prueba de la existencia de un interés más necesitado

Ahora bien, en mi opinión, dicha afirmación debe ser matizada en el sentido de dar cabida en el tenor el precepto tanto a los hijos comunes como a los no comunes del propietario del inmueble. De lo contrario podría llegarse a situaciones radicalmente injustas. Pone Cuena Casas el siguiente ejemplo: Caso en el que el progenitor no custodio -propietario de la vivienda familiar- tenga un hijo fruto de una relación anterior, del que tiene la custodia y con el que vive. Si los hijos comunes viven con la madre puede ocurrir que el padre, junto con el hijo de una relación anterior, tengan que abandonar el inmueble porque su uso es atribuido a la madre y a los hijos comunes del matrimonio, únicos contemplados por el art. 96 CC. Pero es más, pudiera ocurrir que dicha madre también tuviera un hijo de una relación anterior, el marido vería como su propio hijo debe abandonar la vivienda familiar y el hijo de su ex mujer vive en la vivienda familiar de su propiedad[9]. Para añadir tintes de mayor agravio al caso, añado yo, y a juzgar por el importante número de acciones de impugnación de la filiación que se están planteando, pensemos que ese hijo no común que tiene la madre no es fruto de una relación anterior, sino que lo ha tenido constante matrimonio estando ahora en proceso de nulidad, separación o divorcio.

Por otro lado, entre los estudiosos del art. 96 CC es lugar común el debate acerca de la extinción o no del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden una vez estos hayan alcanzado la mayoría de edad[10]. Son numerosos los autores que otorgan a dicho interrogante una respuesta negativa en la medida en que el hecho de cumplir dieciocho años no implica que tengan independencia económica[11]. En sentido contrario, desde mi punto de vista, el derecho de uso de la vivienda, atribuido a los hijos en atención a su minoría de edad, se extinguirá una vez que estos han alcanzado la mayoría[12]. Entiendo que no cabe mantener una posición distinta una vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado, singularmente en Sentencia del

de protección, pero por parte de ambos cónyuges pues, de lo contrario, lo que procede es no efectuar atribución del uso. Cierto que el exmarido no ha probado tal cosa, pero tampoco consta que lo haya hecho la exmujer.

9 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 398.

10 Expresamente contempla esta causa de extinción el art. 233-24 del Código Civil de Cataluña al encontrarse incluido en los supuestos de finalización de la guarda a los que el apartado 1 del precepto se refiere.

11 Entre otros, Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., 2005, p. 430; Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 39; Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 405.

12 Martín Meléndez, M.T.: "Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición", *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, edición digital, p. 10; Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas judiciales y jurisprudenciales", *Actualidad Civil,* núm. 21, 2012, edición digital, p. 3; Santos Morón, M.J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2014, vol.1, núm. 3 p. 10; De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, p. 3410.

Pleno de 5 de septiembre de 2011, fijando como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Completada por la STS de 11 de noviembre de 2013 pues "la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas".

El texto del Anteproyecto pone fin a ambos debates en la medida en que, a tenor de lo establecido en el primer párrafo del art. 96, "el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". Insisto en que, desde mi punto de vista, el precepto debería aludir a los hijos comunes y no comunes del propietario del inmueble.

2. La prestación de alimentos ex arts. 142 y ss. CC como medio para cubrir las necesidades de vivienda de los hijos mayores de edad

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo introdujo un segundo apartado en el art. 93 CC a tenor del cual "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código". Por contraste, no existe norma alguna en el Código Civil relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos mayores de edad que continúan viviendo en el hogar familiar, ni vinculándolo ni sin vincularlo al hecho de que carezcan de independencia económica. Sin embargo, la situación sociológica que llevó al legislador a modificar el art. 93 CC en materia de alimentos es idéntica: el hecho de que los hijos mayores de edad a menudo siguen dependiendo en cuanto a sus necesidades vitales, dentro de las que se incluye el alojamiento, de sus progenitores.

La ausencia de norma expresa que aluda específicamente a los mayores de edad como interés digno de protección en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar se ha traducido en la existencia de dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales polarizadas en cuanto a la inclusión o no de los mismos en el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 96 CC a cuyo tenor, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Por un lado, un autorizado grupo de autores considera aplicable el art. 96.1 CC a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, lo que se traduciría en la atribución del uso de dicho inmueble a los mismos y al cónyuge con el que conviven[13]. A favor de esta tesis se alega el rechazo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio de dos enmiendas que abogaban por limitar la protección que el art. 96 CC otorga a los hijos menores de edad. A la misma conclusión aboca una interpretación literal del primer párrafo del art. 96 CC que se refiere "a los hijos", sin especificar que deban estos de ser menores de edad, y donde la ley no distingue no cabe distinguir. Es más, el precepto alude al cónyuge "en cuya compañía queden" lo que no es sinónimo de cónyuge a cuyo favor se haya constituido la guarda y custodia. En esta medida, se indica, no solo es claro que los hijos mayores de edad caben en el tenor de la norma, sino que si el legislador hubiera querido especificar o establecer diferente régimen jurídico en función de la edad lo hubiera hecho a semejanza de lo que acontece con el art. 93 CC. Ahora bien, no se aplicará el art. 96 CC a todo hijo que haya cumplido los dieciocho años que conviva en el hogar familiar pues *de facto* ello implicaría dejar en sus manos la decisión relativa al uso de la vivienda familiar, sino que habría que probar su necesidad o dependencia económica. Falta de recursos que, a semejanza de lo que acontece en sede de alimentos, exige que no se deba a su pereza o falta de ganas de conseguirlos[14].

Sin embargo, es lo cierto que si el legislador hubiera querido utilizar en materia de atribución del uso de la vivienda familiar idénticos criterios a los recogidos en el art. 93.2 CC en sede de alimentos debería haber modificado el art. 96 de igual modo y manera que hizo con el art. 93 a través de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, o con posterioridad a la misma pudiendo haber aprovechado las numerosas veces que se ha reformado el Código Civil en materia matrimonial en los últimos años,

13 Suscriben esta tesis Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 429, 431; Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 908-909; Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 41, 398, 401-402, 404; Sánchez-Calero Arribas, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2016, edición digital, p. 3.

14 Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 431-433.

lo cual no ha hecho. Al no haber actuado así, no cabe interpretación extensiva de la norma prevista para menores de edad en el art. 96.1 CC, cuanto más cuando la atribución del uso de la vivienda no deja de comportar un gravamen al derecho de propiedad. Lo que me lleva a aquel sector doctrinal, al que me adscribo, que, en el extremo opuesto, estima, estimamos, que la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos menores, aunque pudiera haberlos mayores de edad que convivan en el hogar familiar y carezcan de recursos propios, debe hacerse a tenor del tercer párrafo del art. 96 CC[15]. Opción expresamente acogida por el art. 233-20.3.b) del Código Civil de Cataluña en la medida en que establece la atribución del uso al cónyuge más necesitado si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad; lo que se complementa con el art. 233-24.1 al contemplar como causa de extinción del derecho de uso la finalización de la guarda. En apoyo de esta tesis se alegan diferentes argumentos. Entre otros: 1º. El mandato constitucional de protección de los hijos (art. 39 CE) no se proyecta sobre los hijos mayores de edad[16]. 2º. Del tenor general de los arts. 90 y ss. del Código Civil se deduce que el empleo por el legislador del término "hijos" viene referido a los hijos menores de edad en la medida en que se consideran sujetos necesitados de una especial protección. En este sentido cabe citar los arts. 90.II, 91, 92, 93.I 94, 96.I[17]. Argumento que no puede ser neutralizado aduciendo la introducción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo de un segundo apartado en el art. 93 CC a tenor del cual "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código" en la medida en que la inclusión del art. 93 del CC en sede de procesos matrimoniales responde a razones de economía procesal, evitando tener que recurrir a otro proceso para solicitar los alimentos de los hijos, permitiendo acumular la pretensión de alimentos para los hijos no sometidos a la patria potestad a la principal de los cónyuges en el

15 Partidarios de la aplicación del art. 96.III CC se muestran Cervilla Garzón, M.D.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 28; Guilarte Martín-Calero, C.: "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, p. 530; Tena Piazuelo, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 227; De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit., p. 3407; Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016, BIB 2016/85411, p. 15.

16 De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit., p. 3408.

17 Salazar Bort, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 27. En igual sentido, indica la SAP Navarra (Sección 2ª) núm. 134/2006, de 3 de noviembre, el art. 96 CC se refiere inequívocamente a hijos menores de edad o incapacitados, ya que en la fecha de su redacción los artículos 90 y siguientes del Código Civil no preveían medida alguna relativa a los hijos mayores de edad, y respecto de los que, tras la adición de un segundo párrafo al artículo 93 por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en pleito matrimonial sólo cabe el establecimiento de una pensión alimenticia.

proceso que resuelve la crisis matrimonial, a la vez que consagra una legitimación especial, en la medida que los alimentos no serán solicitados por el hijo mayor de edad —con capacidad procesal para ello— sino por el progenitor con el cual conviven[18]. Es más, frente a quienes han querido ver en esta reforma una medida de protección del hijo mayor de edad o emancipado, lo cierto es que a quien en verdad protege esta medida, de indudable carácter procesal, es al progenitor con quien el hijo convive pues tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, en demandar al otro progenitor su contribución a los alimentos de aquellos hijos y ello como una especie de acción de reembolso de una carga patrimonial que asume en su integridad[19]. Por último, nada impidió al legislador de la mano de la misma o sucesivas reformas introducir una mención específica a los hijos mayores de edad en el art. 96 CC, cosa que no ha acontecido. 3º. Si la atribución del uso de la vivienda familiar forma parte del contenido del derecho de alimentos el precepto general, cuando de hijos mayores o emancipados se trata, no es otro que el art. 93.II del CC pues afecta al conjunto de los alimentos, siendo el art. 96 CC una concreción de aquel en materia de habitación[20]. 4º. Dado que el mayor de edad tiene plena capacidad de obrar y absoluta libertad de movimientos y de residencia, las circunstancias relativas a su persona serán fruto de su libertad. En esta medida, y puesto que no parece posible obligar al hijo mayor de edad a que conviva con uno de los progenitores en contra de su voluntad, el cónyuge beneficiario del derecho de uso será aquél con el que el hijo elija convivir. Pero, es más, nada impide que, una vez adoptada la medida, el hijo abandone la vivienda desapareciendo el sujeto pretendidamente protegido por el primer párrafo del art. 96 CC. Abandono que pudiera producirse para irse a vivir con el otro progenitor, produciéndose una alteración de las circunstancias que obligaría a modificar la medida. Proceso de cambio de domicilio que podría reproducirse con cuanta frecuencia el hijo deseara[21].

A modo de conclusión, considerando, como creo que es lo correcto, que la expresión "hijos" a la que se refiere el art. 96.1 CC se circunscribe a los hijos menores de edad, la mayoría de edad de los hijos coloca en situación de igualdad a los cónyuges ante el derecho de atribución de uso de la vivienda familiar, y ya no opera el derecho preferente que deriva de la atribución de guarda y custodia, sino el interés más necesitado de protección (art. 96 tercer párrafo CC), que debe justificarse y por un tiempo determinado y ello tanto si lo que se trata de atribuir

18 Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: "Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia", *Actualidad Civil*, núm. 15, 2011, edición digital, p. 2.

19 *Vid.* SAP de Cádiz (Sección 5ª) núm. 481/2009, de 15 octubre. En la misma línea, Guilarte Gutiérrez, V.: "A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el art. 93 párr. 2º del Código Civil", *Ar. Civil-Mercantil*, 1997, BIB 1997\796, p. 2; Iniesta Delgado, J.J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2003", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, BIB 2004\396, p. 3.

20 Salazar Bort, S.: *La tutela especial*, cit., p. 31-33.

21 Salazar Bort, S.: *La tutela especial*, cit., p. 30.

en el uso de la vivienda familiar *ab initio*, en la demanda de nulidad, separación o divorcio del matrimonio sin hijos, como con posterioridad una vez extinguido el uso como consecuencia de haber cumplido dieciocho años los hijos que sirvieron para atribuir el uso de la vivienda en un primer momento cuando todavía eran menores de edad.

A la situación previamente descrita que mantenía, mantiene todavía hoy, dividida a doctrina y jurisprudencia trata de hacer frente el Tribunal Supremo a través de la Sentencia del Pleno núm. 624/2011 de 5 septiembre, seguida por otras muchas[22], en la que estableció como doctrina jurisprudencial la siguiente:

"El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio *favor filii* [a favor del hijo] o *favor minoris* [a favor del menor], el párrafo 1º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con

22 En igual sentido, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2012, de 30 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 707/2013, de 11 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 315/2015, de 29 mayo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 604/2016, de 6 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 635/2016, de 25 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 636/2016, de 25 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 741/2016, de 21 diciembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017, de 20 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2017, de 27 septiembre.

la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual 'no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»"[23].

23 Insiste en esta idea, la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 707/2013, de 11 noviembre, a cuyo tenor "la Sentencia establece como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fué inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas. Como expresa la sentencia citada "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen

Por tanto, el Tribunal Supremo circunscribe la aplicación del art. 96.I CC a los hijos menores de edad, lo que no implica prescindir de la existencia de hijos mayores de edad que pudieran encontrarse necesitados de protección, pero esta no se logra por la vía de otorgar el uso de la vivienda familiar al hijo mayor y al cónyuge en cuya compañía viva, sino que dicha protección se obtiene a través del derecho a percibir alimentos que el art. 93.II CC consagra. No se trata de que, por reunir los requisitos para percibir alimentos (convivencia en la vivienda familiar y carencia de ingresos propios), se tenga derecho a obtener la atribución del uso de la vivienda familiar sino que, si concurre dichos presupuestos, la necesidad de habitación del hijo se engloba en el derecho de alimentos regulado conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. CC que permiten al progenitor a cuyo cargo se establece la prestación alimenticia satisfacerlo incluyendo la cantidad indispensable para la habitación en la cuantía de la prestación de alimentos lo que se traducirá en un incremento de la misma o manteniendo en su propia casa al hijo alimentista. De tal modo y manera que, a la hora de proceder a atribuir el uso de la vivienda familiar, el precepto aplicable no es otro que el art. 96.III CC cual matrimonio sin hijos se tratara. Posicionamiento en contra de la extensión del ámbito de aplicación del art. 96.I CC a los hijos mayores de edad que el Tribunal Supremo continúa manteniendo en la fecha de finalización de este trabajo[24].

de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1° sino del párrafo 3° del artículo 96 CC, según el cual 'No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección'." En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 315/2015, de 29 mayo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 604/2016, de 6 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2017, de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017, de 20 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2017, de 27 septiembre, Auto TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 noviembre 2017.

24 Así, por ejemplo, indica la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2017, de 27 septiembre, que "la adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 96 CC (Sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, y 390/2017, de 20 de junio). Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la Sala ello 'parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (Sentencia 315/2015, de 29 de mayo). Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al 'cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo tercero del art. 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la Sentencia 1067/1998, de 23 de noviembre, consideró aplicable el art. 96 párrafo tercero cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad (Sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre y 390/2017, de 20 de junio). En igual sentido *vid*. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 176/2016, de 17 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 604/2016, de 6 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 635/2016, de 25 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 741/2016, de 21 diciembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 34/2017, de 19 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017, de 20 junio, Auto TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 noviembre 2017.

En conclusión, en opinión del Tribunal Supremo, que comparto plenamente, la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor art. 96.III CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Si los hijos necesitaran alimentos, entre los que se incluye la vivienda, una vez que concluya el régimen de guarda impuesto por la minoría de edad, podrán pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos (artículo 142 y ss. CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derechos sobre la misma.

Esta es la tesis acogida por el tercer párrafo del art. 96 del Código Civil tal y como es contemplado en el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, a cuyo tenor "extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Titulo VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes". Ahora bien, ¿qué se entiende por independencia económica? Obviamente, parece que no es equiparable a la simple entrada en el mercado laboral, sino que debe ser entendido como autocapacidad de sostenimiento personal. Pero ¿cuándo se debe entender que el alimentista posee medios suficientes para la autosuficiencia?[25] . Hay que descartar que los ingresos deban ser suficientes para atender sus necesidades de acuerdo con el nivel de vida que se mantiene en el hogar familiar, En todo caso, la carencia de independencia económica no se presume, debiendo ser probada por quien reclama los alimentos, sin que sea extensible la presunción de necesidad de los hijos menores a los hijos mayores. Todo ello en directa relación con el art. 152.3º del Código Civil que, entre las causas por las que cesa la obligación de dar alimentos, establece la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria o en general la mejora de fortuna, de modo que la pensión alimenticia para su subsistencia devenga innecesaria, o la mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa. En definitiva, la necesidad, presupuesto de la obligación alimenticia, debe provenir de causa inimputable al alimentista, siendo asimilable la falta de diligencia laboral a la desidia en la dedicación a los estudios[26], pues lo contrario sería favorecer una postura pasiva a la hora salir adelante en la vida.

25 A poner de relieve la dificultad de concretar este requisito se dedican las páginas de mi trabajo *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 73 y ss.

26 SAP Las Palmas (Sección 3ª) núm. 417/2015, de 17 julio, SAP de Badajoz (Sección 3ª) núm. 143/2016, de 15 junio.

3. La continuación en el uso de los hijos discapacitados, si fuera "conveniente" y con carácter temporal

El art. 96 CC no efectúa alusión expresa a los hijos incapacitados a la hora de determinar los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar. Ante el silencio legal, resulta obligado partir de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo. Como hechos relevantes a tener en cuenta se ha de destacar que la vivienda familiar situada en Madrid es propiedad exclusiva del marido, que dicho marido está parcialmente incapacitado y sometido a curatela, que el hijo común fue incapacitado plenamente y la patria potestad de la madre rehabilitada por sufrir una enfermedad mental, que la madre ha comprado una casa en Torrevieja como consecuencia de haber adquirido una herencia, que el uso de la vivienda familiar sancionado a favor de madre e hijo se prolonga durante más de veinticinco años. Con estos mimbres, la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 22 marzo 2011 confirma la sentencia apelada en la que se declaraba la extinción del uso de la vivienda familiar en base, por un lado, a que el derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaece, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso. Por otro, a que no obstante seguir viviendo el hijo, en compañía de la esposa, en el inmueble que constituyó la sede de la vida familiar, "no puede dejar de ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolonga ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, respecto de la que no consta, pues ninguna prueba se ha aportado a tal fin, que carezca de condiciones para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo, ni que, en la localidad donde se ubica dicho inmueble, o en sus inmediaciones, no existan los correspondientes servicios médicos que puedan supervisar la enfermedad que padece el citado descendiente, cuya declaración de incapacidad, atendidas las expuestas circunstancias, no puede convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo".

Formulado por la mujer recurso de casación, éste es estimado por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo, cuyo fundamento jurídico quinto merece la pena reproducir de manera literal: "El art. 96.I CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras). Los hijos incapacitados deben ser

equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.I CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010". Se produce, por tanto, una equiparación entre los hijos incapacitados y los hijos menores a los efectos de estimar aplicable el art. 96.I CC.

Dos años después, en 2014, el Tribunal Supremo dicta la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 372/2014, de 7 julio. Concluye el Tribunal Supremo estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos". En el mismo sentido se ha vuelto a pronunciar el Tribunal Supremo en SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 547/2014, de 10 octubre, núm. 430/2015, de 17 julio, núm. 663/2016, de 14 noviembre, y núm. 666/2017, de 13 diciembre, y acogida por la denominada Jurisprudencia Menor[27].

La sencillez de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, frecuentemente resumida en la aseveración que equipara de los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores de edad, es solo aparente. Por lo que al tema de estudio interesa, la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2012 equipara a las personas incapacitadas con los menores de edad a los efectos de establecer los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar; en cambio, la Sentencia del mismo Tribunal del año 2014 en sede de alimentos efectúa dicha equiparación entre discapacitados y menores de edad. La cuestión dista mucho de ser baladí puesto que incapacitado y discapacitado no son términos sinónimos y las consecuencias de dicha discriminación se hacen notar en las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm., 31/2017, de 19 enero, y núm. 167/2017, de 8 marzo, como tendré ocasión de poner de manifiesto en las páginas que siguen.

27 *Vid.* en este sentido, SAP de A Coruña (Sección 3ª) núm. 358/2014, de 21 noviembre, SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) núm. 488/2015, de 25 septiembre, SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 287/2016, de 15 abril.

Con carácter previo, he de indicar que la doctrina establecida en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo, interpretando el art. 96.I CC en el sentido de dar cabida en su ámbito de aplicación a los hijos con capacidad judicialmente modificada (incapacitados si nos atenemos a la terminología utilizada por la Sentencia) y al cónyuge en cuya compañía queden mediante su equiparación a los hijos menores de edad es aplicable igualmente en el Derecho catalán, pese a que en dicho ordenamiento jurídico la vivienda se atribuye al progenitor y no "a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden" como acontece bajo el ámbito de aplicación del art. 96.I CC. Así lo estima expresamente la SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 425/2015, de 13 noviembre. Retornando al estudio del art. 96.I CC, la diferencia de régimen jurídico entre persona con la capacidad judicialmente modificada y persona con discapacidad es claramente puesta de manifiesto en la STS (Sala de lo Civil) núm. 31/2017, de 19 enero[28]. Sentencia que sienta doctrina jurisprudencial del Pleno de la Sala.

La peculiaridad del caso estriba en el hecho de que la vivienda es privativa del esposo, que no hay hijos menores de edad y que uno de ellos padece esquizofrenia que le impide vivir solo y precisa de la ayuda de un tercero para su control, especialmente con la medicación. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la madre por infracción del art. 96.I CC y la oposición de la Sentencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en la Sentencia de 30 de mayo de 2012, al declarar que los hijos discapacitados deben ser equiparados a los menores; consecuencia de lo cual solicita el uso de la vivienda familiar de forma indefinida en lugar de por tres años a la vista de las circunstancias de la hija, mayor de edad, pero dependiente.

El recurso es desestimado por el Alto Tribunal con base en los siguientes argumentos que, por su interés, reproduzco a continuación:

"Esta sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Lo ha hecho a propósito del derecho a los alimentos en las Sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015. En la primera de ellas, se ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial:

'la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los

28 Una visión crítica de la misma puede verse en Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su …*, cit., p. 443; Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45, 2018, BIB 2018/6227, p. 7 y ss.

menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los menores.

La sentencia que se invoca en el motivo se refiere a un hijo con patria potestad rehabilitada en favor de su madre, lo que no ocurre en este caso en el que la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad.

Tampoco tiene en cuenta esta condición el artículo 96 del Código Civil, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se regula en ningún derecho civil especial sobre esta materia, pese a ser estos últimos posteriores a la entrada en vigor en España de la Convención de Nueva York de 2006, posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a que se refiere la Sentencia de 30 de mayo de 2012.

Lo cierto es que la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta definición se recoge literalmente en el artículo 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase.

El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

Esta equiparación la hizo esta Sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. "Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico", dice la Sentencia 372/2914, de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble

compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos''[29].

Doctrina que es reiterada en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 167/2017, de 8 marzo, en cuyo recurso la madre alega que al permanecer con ella un hijo diagnosticado de esquizofrenia, ello motivaría que se le equipare a un menor con lo que la atribución de la vivienda debería hacerse a la madre. De la referida doctrina jurisprudencial se deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar.

A modo de conclusión, la equiparación con los hijos menores de edad a los efectos de incluir el supuesto dado en el ámbito del art. 96.1 CC en sede de

29 En la Jurisprudencia Menor asume esta tesis la SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 323/2015, de 17 diciembre, relativa a un supuesto en el cual, en el momento de producirse la crisis matrimonial, conviven en el domicilio familiar dos hijos mayores de edad que tienen reconocida una discapacidad psíquica del 65% y 35%, respectivamente. Entiende la Sala, ambos hijos son mayores de edad y no están judicialmente declarados en situación de incapacidad, no están por tanto sometidos al sistema de protección y asistencia que aquella declaración implicaría; por tanto, su tratamiento legal es el que corresponde a una persona mayor de edad sin limitación alguna, y por lo que aquí interesa, esto se traduce en que no ostentan derecho alguno sobre la atribución de la vivienda, con los citados art. 96 CC y doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

regulación del uso de la vivienda familiar, en opinión del Tribunal Supremo, lo es con los hijos incapacitados, con aquellos que tienen la capacidad judicialmente modificada, pero no con los discapacitados que no han sido sometidos a un proceso de incapacitación y, consecuentemente, la patria potestad no ha sido prorrogada ni rehabilitada[30]. Si bien, he de hacer notar que el propio Tribunal Supremo no es ajeno a la confusión incapacitado/discapacitado. De hecho, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 325/2012, de 30 mayo, afirma "concurre interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales centrada en las dos únicas sentencias que cita" el recurrente. En concreto las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Palencia (Sección 1ª) núm. 68/2007, de 15 de marzo de 2007 y de Pontevedra núm. 378/2002, de 30 octubre, cuando, a la luz de los datos que las mismas proporcionan, solo en la segunda de ellas la hija se encuentra incapacitada, tratándose en la Sentencia palentina de una hija con una discapacidad.

Desde mi punto de vista, hay que tener en cuenta que la incapacitación, a diferencia de la discapacidad, genera un nuevo estado civil, pero ambas admiten grados. Ello impide, a mi juicio, la realización de afirmaciones apriorísticas tales como la equiparación de un hijo incapacitado a un hijo menor de edad, debiendo estar al caso concreto y examinar, a la luz de las circunstancias concurrentes, cuál es el interés familiar más necesitado de protección[31]. Que pudiera no ser el del hijo incapacitado o, en su caso, discapacitado pues nada impide, por ejemplo, que hubiera heredado una vivienda o una cuantiosa fortuna de su abuelo que le permita cubrir por sí mismo sus necesidades de habitación. El problema viene dado porque el art. 96 CC no contempla, a diferencia de lo que acontece con el art. 103 del mismo cuerpo legal, la existencia de un interés familiar necesitado de protección, sino que concreta este bien sea en los hijos menores bien en uno de los cónyuges, lo que probablemente habrá llevado al Tribunal Supremo a pronunciarse en el sentido expuesto. Sin embargo, he de hacer notar que si el hijo mayor de edad, tanto si está incapacitado como si padece una discapacidad, convive en el hogar familiar y carece de ingresos propios tendrá derecho a percibir alimentos con base en los establecido en el art. 93.II CC y dentro de los alimentos se encuentra la habitación, por lo que no veo la razón de ser de la equiparación efectuada por el Tribunal Supremo para el supuesto de la incapacidad.

Es más, uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para descartar la aplicación del art. 96.I CC a los hijos discapacitados es que vaciaría

30 En opinión de Cuena Casas (en "El régimen jurídico de la vivienda", cit., p. 407), cuando hay incapacitados o discapacitados se presume que su interés es más digno de protección, salvo prueba en contrario.

31 En el mismo sentido, afirma Chaparro Matamoros (en *Derecho de uso y vivienda familiar: su…*, cit. 432 y en "La atribución", cit., p. 3) los menores y los hijos mayores de edad con discapacidad no pueden asemejarse o equiparse *per se*; sino que se debe atender al caso concreto y a las circunstancias que lo rodean para determinar si el hijo mayor de edad con discapacidad precisa de la misma asistencia que los menores de edad.

de contenido económico el derecho de propiedad imponiendo al titular una limitación durante toda su vida. Ahora bien, idéntico razonamiento lleva a excluir de la protección otorgada por el art. 96.I CC a los hijos incapacitados porque también queda "amortizada" la propiedad de manera indefinida. El propio Tribunal Supremo es consciente de ello pues afirma "prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados *o con la capacidad judicialmente modificada* en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad".

El Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en sus párrafos primero y segundo, contempla dos supuestos diferenciados:

1º. La existencia de hijos comunes que se encuentren en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, en cuyo caso la autoridad judicial determinará el plazo de duración de este derecho.

2º. La existencia de hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisen de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, en cuyo caso se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.

Los términos del precepto plantean algunas cuestiones. En primer lugar, el artículo no se refiere a las personas con capacidad judicialmente modificada en coherencia con el resto del articulado del Anteproyecto en la medida en que, como indica la Exposición de Motivos, "el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse". En segundo lugar, se abandona definitivamente la equiparación hijos con discapacidad igual hijos menores de edad. De este modo, la continuación en el uso de la vivienda familiar no procede en todo caso sino exclusivamente cuando fuera "conveniente". Es lo cierto que la discapacidad admite grados y si bien es cierto que el nuevo sistema de apoyo a la persona que lo precise pudiera exigir en algún supuesto la atribución del uso

de la vivienda familiar, ello no tiene porqué ser así siempre y en todo caso[32]. Hay, por tanto, un amplio margen de actuación judicial a la hora de considerar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si es o no "conveniente" la continuación en el uso de la vivienda familiar del hijo común mayor de edad con discapacidad por ser este el interés más necesitado de protección. Atribución del uso que deberá tener como fundamento circunstancias diferentes las meramente económicas, pues hay que relacionar este inciso con el hecho de que si es mayor de edad y carece de independencia económica sus necesidades de vivienda se atenderán con arreglo a lo previsto en los arts. 142 y ss. CC. En definitiva, la atribución del uso de la vivienda familiar debe ser una medida de última *ratio*, a adoptar solo y exclusivamente cuando no sea posible subvenir la necesidad de vivienda de quien presente el interés más necesitado de protección de otro modo. En tercer lugar, la referencia a la "continuación" del uso da a entender que debe tratarse de hijos que se encuentren conviviendo en la vivienda familiar en el momento de producirse la nulidad, separación o divorcio de sus padres. En cuarto lugar, el segundo párrafo somete a los hijos mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisen medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar al mismo régimen jurídico que a los "hijos menores que se hallen en la misma situación", lo que debe ser entendido en el sentido de hijos menores que se encuentren en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad. Por último, no estamos ante un uso indefinido de la vivienda familiar sino que en el mismo se establece claramente el carácter temporal de la atribución, "la autoridad judicial determinará el plazo de duración de este derecho", evitando así vaciar de contenido económico el derecho de propiedad imponiendo al titular una limitación durante toda su vida, no en vano la atribución del uso de la vivienda familiar supone el establecimiento de limitaciones a las facultades del propietario y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta[33].

4. La reforma del último párrafo del art. 96 CC

La protección del derecho de uso de la vivienda familiar la otorga el art. 96 *in fine* CC en su redacción vigente estableciendo que "para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el

32 En este sentido, diferencia Chaparro Matamoros (en *Derecho de uso y vivienda familiar: su…*, cit., p. 432 y ss. y en "La atribución", cit., p. 4 y ss.) aquellos supuestos en los cuales existe una discapacidad grave e irreversible de aquellos otros en los que la discapacidad no es impeditiva.

33 En este sentido ya se manifestaba Chaparro Matamoros (en *Derecho de uso y vivienda familiar: su…*, cit., p. 435 y ss. y "La atribución", cit., p. 5) negando la posibilidad de efectuar una atribución del uso de la vivienda familiar indefinida o incondicionada, porque ello supondría privar al progenitor titular o cotitular de aquélla de las facultades de uso y disposición consustanciales al derecho de propiedad. A ello se une el hecho de que "en el caso de mayores de edad incapacitados, el Estado pone el alcance de los mismos una serie de medidas dirigidas a complementar la protección dispensada por los progenitores como, por ejemplo, las pensiones por discapacidad. Así las cosas, existiendo otros cauces de protección, parece prudente y razonable limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar en el caso de hijos mayores de edad incapacitados, siempre y cuando sea ésta la solución que concilie mejor todos los intereses en juego".

consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial". Limitación a las facultades de disposición que también tiene el titular de la vivienda con anterioridad a la crisis matrimonial por exigencias del art. 1320 CC. Se trata, por tanto, de una especie de derecho de veto en virtud del cual se puede impedir que el cónyuge titular realice actos de disposición contrarios al interés familiar, veto que puede ser levantado por la autoridad judicial. Todo ello con la finalidad de proteger al cónyuge, excónyuge si se trata de divorcio, que tiene atribuido a su favor un derecho de uso en sentencia de nulidad, separación o divorcio o por convenio. Limitación a la facultad de disponer que, junto con un derecho ocupacional, integra el contenido del derecho de uso de la vivienda familiar[34]. No son pocas las cuestiones que el entendimiento del precepto plantea desde la delimitación de su ámbito de aplicación, la sanción derivada del incumplimiento de sus previsiones, etc. y que han sido abordadas en un trabajo previo al que me remito[35].

El Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en el párrafo sexto del art. 96 CC, recoge idéntica previsión, con dos novedades: por un lado, alude a "todo o parte" de la vivienda; por otro, ha desaparecido la referencia a la vivienda y bienes indicados "cuyo uso corresponda al cónyuge no titular", poniendo fin a los debates que esta expresión había suscitado en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación del precepto. Y añade dos previsiones que merecen algún tipo de comentario:

En primer lugar, "esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad". Dejando a un lado el vetusto y todavía no resuelto debate en torno a la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, tanto Tribunal Supremo[36] como Dirección General de los Registros y del Notariado han adoptado una postura eminentemente pragmática afirmando sin fisuras su inscribilidad en el Registro de la Propiedad en la medida en que limita las facultades dispositivas del propietario de la finca[37]. Con ello se evita la aparición de terceros que, ante la falta de inscripción del

34 RDGRN núm. 8775/2013 de 9 julio 2013, RDGRN núm. 7915/2014 de 2 junio, 2014 RDGRN núm. 1351/2016 de 19 enero 2016, RDGRN núm. 692/2018 de 27 diciembre 2017, RDGRN núm. 1023/2018 de 11 enero 2018.

35 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *La atribución,* cit., 2018, p. 51 y ss.

36 Opinión que el Tribunal Supremo mantenía ya en Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 1149/1992 de 11 diciembre "no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad". En igual sentido, entre otras muchas, SSTS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 310/2004 de 22 abril, núm. 859/2010, de 14 enero, núm. 861/2010, de 18 enero.

37 Hay que tener en cuenta que, en opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar (RDGRN de 9 de julio de 2013). Opinión de la que disiento tal como me he permitido exponer en *La atribución,* cit., p. 32 y ss. El que poco importa la calificación jurídica del uso en aras a determinar su acceso al Registro queda claramente puesta de manifiesto en expresiones tales como la inscribilidad "es algo indiscutible, pues, *sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real*, en todo caso" (RDGRN de 25 de octubre de 1999).

uso, invoquen la protección que dispensa el art. 34 de la Ley Hipotecaria. El Anteproyecto específicamente impone la constancia en el Registro de la Propiedad de la "restricción en la facultad dispositiva" que el derecho de uso lleva implícita por exigencias del art. 96, párrafo sexto, CC.

En segundo lugar, "la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". El párrafo sexto del art. 96, en la redacción proyectada y al igual que acontece con la versión vigente, omite realizar alusión alguna a la sanción derivada del incumplimiento de sus previsiones, lo que ha llevado a un sector doctrinal a aplicar por analogía el art. 1322 CC a cuyo tenor "cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos". Anulabilidad, por tanto, del acto de disposición realizado sin el asentimiento del titular del derecho de uso. En consecuencia, el titular del derecho de uso será el único legitimado para destruir la validez del acto de disposición realizado por el titular sin su asentimiento o, en su defecto, de la autoridad judicial[38].

Lo que no es en modo alguno posible, con el texto vigente, es extender vía interpretación analógica el segundo párrafo del art. 1320 CC conforme al cual "la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". Y creo que ello es así dado su carácter excepcional, al mantener en su adquisición a un sujeto que ha sido parte en un negocio anulable, lo que imposibilita toda extensión analógica del precepto (art. 4.1 CC) [39]. A esta problemática viene a poner fin el Anteproyecto en la medida en que incorpora al texto del art. 96 idéntica previsión a la contenida en el art. 1320 del mismo cuerpo legal.

38 Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 459; Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución*, cit., p. 70; Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1896; Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Notas sobre la adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria. (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García,* Aranzadi, Navarra, 2012, p. 1282. No obstante, esta tesis, con ser mayoritaria, no es unánimemente compartida. En esta línea, Espiau Espiau (en "Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm 38, 1995, p. 673) cree que la anulabilidad es discutible y que la aplicación de los arts. 1322 y 1301 CC no está lo suficientemente justificada pues la interpretación literal de dichos preceptos conduce al resultado contrario. En su opinión, el consentimiento que exige el art. 96.IV CC no es un requisito de validez sino de eficacia, por ello el negocio que carece de dicho requisito no produce efectos frente al cónyuge no titular, de cuyo consentimiento se prescindió, mientras no se subsane este defecto. Luego, el negocio será parcialmente eficaz, y ello tiene trascendencia en relación a la posible adquisición de tercero que haya pretendido legitimarse a través de dicho negocio.

39 López Frías, A.: "El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de vivienda ganancial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, p. 117; Lucini Casares, A.: "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, p. 114.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El texto del art. 96 CC contenido en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad da respuesta a algunos de los debates más encarnizados que el entendimiento del art. 96 CC vigente plantea. Desde esta perspectiva, merece una valoración positiva.

Sin embargo, continúa vinculando custodia/vivienda familiar, obviando la existencia de otros intereses en litigio dignos de ser tenidos en consideración, singularmente el interés del cónyuge propietario o copropietario del inmueble. En este sentido, la modificación merece el calificativo de modesta. No es esta reforma del art. 96 CC demandada desde hace largo tiempo por la doctrina y buena parte de la jurisprudencia. Excede de los límites de este trabajo el enunciado de las líneas básicas que debería recoger tal reforma, a ello he dedicado un trabajo previo[40]. Baste señalar que la temporalización del derecho de uso, la atribución de inmuebles distintos a la vivienda familiar, la liquidación de esta última, el abono del alquiler de una vivienda, la compensación por el uso de la vivienda familiar, el incremento del *quantum* de la prestación de alimentos son algunas de las medidas señaladas por la doctrina en aras a lograr una adecuada composición de los diferentes intereses atendibles en la unidad familiar, todas ellas omitidas por el texto de la reforma del art. 96 CC contenido en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

40 Ordás Alonso, M.: *La atribución*, cit., p. 557 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005

Cabezuelo Arenas, A.L.: "El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor *versus* aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar,* Reus, Madrid, 2017.

Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

Cervilla Garzón, M.D.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar,* Reus, Madrid, 2017.

Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis* familiares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 45, 2018, BIB 2018/6227.

Costas Rodal, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", en *Guía práctica de las crisis matrimoniales,* Aranzadi, Navarra, 2017.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual", en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia,* vol. III, 2ª ed., Aranzadi, 2017.

Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español,* PPU, Barcelona, 1992.

Espiau Espiau, S.: "Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 38, 1995.

González del Pozo, J.P.: "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", *Boletín de Derecho de Familia,* núm. 2, 2010, EDC 2010/400444.

Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 737, 2013.

Guilarte Gutiérrez, v.: "A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el art. 93 párr. 2º del Código Civil", *Ar. Civil-Mercantil,* 1997, BIB 1997\796.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 93, 2013.

Hernández Ibañez, C.: "Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 738, 2013.

Iniesta Delgado, J.J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2003", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 65, 2004, BIB 2004\396.

López Frías, A.: "El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de vivienda ganancial*", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 729, 2012.

Lucini Casares, A.: "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 596.

Martín Meléndez, M.T.: "Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición", *Actualidad Civil,* núm. 19, 2005, edición digital.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Notas sobre la adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria. (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García,* Aranzadi, Navarra, 2012.

Oliva Blázquez, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar,* Reus, Madrid, 2017.

Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de parejas de hecho,* Bosch, Barcelona, 2017.

Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes,* Bosch, Barcelona, 2018.

Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas judiciales y jurisprudenciales", *Actualidad Civil,* núm. 21, 2012, edición digital.

Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: "Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia", *Actualidad Civil,* núm. 15, 2011, edición digital.

Rams Albesa, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar,* Tecnos, Madrid, 1987.

Sánchez-Calero Arribas, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil,* núm. 16, 2016, edición digital.

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

Santos Morón, M.J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil,* julio-septiembre 2014, vol.I, núm. 3.

Tena Piazuelo, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda,* Aranzadi, Navarra, 2015.

De Verda y Beamonte, J.R., y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 752.

Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 41, 2016, BIB 2016/85411.

UNA NUEVA VUELTA DE TUERCA EN LA INSCRIPCIÓN DE MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL EXTRANJERO: LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2019

A NEW TURN OF THE SCREW FOR THE REGISTRATION OF CHILDRENS BORN THROUGH INTERNATIONAL SURROGATE: THE INSTRUCTION OF THE GENERAL DEPARTMENT FOR REGISTRIES AND NOTARIES ON FEBRUARY 18, 2019

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 64-85

Mª Belén
ANDREU
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado el 14 de febrero de 2019 una Instrucción para actualizar el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que ha sido sustituido por otra solo 4 días después. En este trabajo se analizarán los criterios que se pretendían implantar y los argumentos en que se sustentaban para determinar en qué medida suponían o no una verdadera innovación respecto a los criterios sentados en la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y si la actual Instrucción de 18 de febrero de 2019 va a implicar mayores restricciones para la inscripción de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; filiación; Registro civil; Dirección General de los Registros y del Notariado.

ABSTRACT: *The General Department for Registries and Notaries has issued an Instruction on February 14, 2019 to update the regime of the filiation in the civil registration of those born through surrogate motherhood, which has been replaced by another only 4 days later. This paper will analyze the criteria that are intended to be implemented and the arguments on which they are substantiated in order to evaluate if it is or is not an authentic novelty in relation to those in the previous instruction of October 5, 2010 and in the jurisprudence of the Supreme Court. Also we'll assess if current Instruction of February 18, 2019 will involve greater restrictions for the registration of minors born through international surrogate.*

KEY WORDS: *Surrogate motherhood; filiation; civil registry; General Department for Registries and Notaries.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019: LA PLASMACIÓN DE LO QUE YA SE VENÍA HACIENDO…Y ALGO MÁS.- 1. ¿Por qué una nueva Instrucción? - 2. Los criterios que se pretendían implantar para la inscripción de la filiación de menores nacidos mediante GS.- III. LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019 O LA VOLUNTAD DE DESALENTAR LA GS INTERNACIONAL.- 1. ¿A qué menores se aplica?- 2. Nuevos criterios (o no tanto).- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la maternidad subrogada y la necesidad o no de su admisión en nuestro ordenamiento ha hecho correr ríos de tinta en los últimos años y ha provocado un intensísimo debate a nivel político, social, jurídico y ético, así como el pronunciamiento en sentidos diversos de diferentes instancias (Dirección General de los Registros y del Notariado, en adelante, DGRN; jurisprudencia del Tribunal Supremo, en adelante, TS; jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante, TEDH; Comité de Bioética de España, en adelante, CBE…). La solución dista mucho de ser pacífica y la respuesta que se está dando en la práctica es de lo más dispar y produce una gran inseguridad jurídica. Así, frente a la negativa del TS de un reconocimiento directo de la filiación derivada de gestación subrogada realizado en el extranjero y la necesidad de acudir a las vías que concede nuestro ordenamiento (ejercicio de la correspondiente acción de filiación; adopción…); y frente a la necesidad de una resolución judicial dictada por tribunal competente prevista en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en la práctica, en los Registros Civiles (en adelante, RC) consulares (por ej. en el caso de Ucrania) se venía inscribiendo la filiación paterna mediante la acreditación de la paternidad por prueba de ADN. La necesidad, entre otros, de dotar de marco jurídico a esta práctica motivó que la DGRN dictara una nueva resolución el 14 de febrero de 2019, para actualizar la previa de 2010.

No obstante, la DGRN, mediante Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (en adelante, GS), ha dejando sin efecto su previa Instrucción de 14 de febrero de 2019 (del mismo título), esto es, de solo 4 días antes. Se trata de algo insólito en el ámbito de la DGRN, aunque en materia de GS los conflictos entre posiciones muy encontradas es algo habitual, en particular como sabemos, entre la propia DGRN y el TS español. De hecho podríamos considerar que este es "otro episodio más" en el tortuoso camino de la GS en nuestro país. La Instrucción de

• Mª Belén Andreu Martínez
Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: beland@um.es

14 de febrero no ha llegado a ser publicada en el BOE, sí lo ha sido la de 18 de febrero (BOE de 21 de febrero de 2019). La razón de este cambio ha saltado a los medios de comunicación y ha sido el fuerte rechazo del Gobierno de la Nación a la maternidad subrogada y, por tanto, a una Instrucción que pudiera "facilitar" la inscripción en los RC consulares de los menores nacidos mediante esta técnica en el extranjero[1].

Las distintas cuestiones que plantea la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento y en el ámbito internacional han sido objeto de una profusa atención por la doctrina en los últimos años[2]. Por ello, y partiendo de las bases ahí sentadas, vamos a centrarnos en este trabajo en las últimas directrices dictadas por la DGRN en esta materia; directrices que, por otra parte, deben marcar las líneas de actuación de los RC consulares a partir de ahora y que, por lo tanto, tiene una gran trascendencia práctica. Para ello, vamos a analizar en primer lugar la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019, para conocer qué criterios querían implantarse para la inscripción de los nacidos en el extranjero por esta técnica y con base en qué argumentos. Ello nos permitirá comprobar en qué medida esta Instrucción suponía o no una verdadera innovación respecto a los criterios sentados en la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la jurisprudencia del TS y del TEDH y a lo que se venía aplicando en la práctica, así como su comparación con la Instrucción dictada 4 días después. En relación con esta última (Instrucción de 18 de febrero 2019), analizaremos cuáles son las directrices que sienta y en qué medida éstas pueden implicar mayores restricciones para la inscripción de los menores nacidos de GS en el extranjero.

II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019: LA PLASMACIÓN DE LO QUE YA SE VENÍA HACIENDO…Y ALGO MÁS

La prolija Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

1 *Vid.* la nota de prensa del Ministerio de Justicia: http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx. No hay que olvidar que la DGRN se incardina dentro de este Ministerio (cfr. art. 9 Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en adelante LRC 1957; art. 2 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en adelante LRC 2011; y arts. 41 y 42 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, en adelante RRC 1958). No obstante, dado el carácter tan técnico de las cuestiones que habitualmente resuelve, no es habitual una injerencia directa del Ministro de Justicia en dichas cuestiones, tal y como salió en los medios.

2 Sin ánimo de ser exhaustivo, pueden consultarse, entre otros, Farnós Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho*", Revista Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, pp. 231-242; González Carrasco, M.C.: "Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 22, 2017, pp. 117-131; De Verda y Beamonte, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 349-357; Cervilla Garzón, M.D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, pp. 10-43; Vilar González, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, La Ley-Wolters kluwer; Madrid, 2018; Vela Sánchez, A. J.: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Reus, Madrid, 2015; y doctrina en ellos citada.

(de 20 páginas), contiene en su preámbulo XVI antecedentes en los que se justifican las cuatro nuevas directrices a seguir en esta materia por los Registros consulares[3]. Vamos a centrarnos primero en el préambulo, para conocer las razones que para la DGRN justificaban una nueva Instrucción, y nos adentraremos posteriormente en los nuevos criterios que se querían implantar en esta materia.

1. ¿Por qué una nueva Instrucción?

En los antecedentes I a IX la DRGN realiza un detallado análisis del tratamiento y evolución que en nuestro país ha tenido la inscripción registral de la filiación de los nacidos mediante GS. Ello permite al lector situarse y comprender más fácilmente la complicada situación y las distintas soluciones que se han ido dando a la GS internacional en España (aunque, evidentemente, se destacan aquellos aspectos más relevantes para justificar las directrices que luego se adoptan).

Entre ellos, recuerda la DGRN, por ejemplo, que su Instrucción de 5 de octubre de 2010 se justificaba por la anulación judicial de su Resolución de 8 de febrero de 2009 (en la que se admitía la inscripción de la filiación de menor nacido en California mediante contrato de GS y en virtud de certificación registral extranjera). De ahí que en dicha Instrucción se requiriera resolución judicial dictada por tribunal competente, entendiendo que de esta manera se dotaba de suficientes garantías al procedimiento y se protegían los intereses concurrentes (interés superior del menor y el de las madres gestantes)[4]. Con base en esto también recalca la DGRN la distinción que ha venido haciendo entre tutela de reconocimiento (para los casos en que se aporte como título inscribible la citada resolución judicial) y tutela declarativa (para otros supuestos). Y señala que esta distinción (en cuanto al distinto reconocimiento jurídico a efectos registrales entre certificaciones registrales y documentos públicos extranjeros y resoluciones judiciales extranjeras) ha cobrado carta de naturaleza con la nueva LRC 2011 (arts. 96.2 y 98), en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional (arts. 2, 59, 60, DA 1ª) y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (arts. 11 y 12)[5].

Tras analizar la doctrina sentada en la STS 6 febrero 2014[6], también recuerda que mediante Resolución de 11 de julio de 2014 se mantuvo la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010; y ello al no ser extrapolable directamente la doctrina sentada en dicha STS a los casos en que la solicitud de inscripción de filiación se sustenta en una sentencia judicial firme extranjera[7]. La DGRN se

3 En la directriz quinta únicamente se deroga y sustituye la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010.

4 *Cfr.* antecedente II.

5 *Cfr.* antecedente IV.

6 STS 6 febrero 2014 (RAJ 2014, 833).

7 *Cfr.* antecedentes V y VI.

detiene igualmente en la doctrina sentada por el TEDH destacando, entre otros, la importancia del vínculo biológico con alguno de los progenitores conforme a la última sentencia dictada en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia (STEDH 24 enero 2017)[8].

Pero es realmente en los antecedentes X a XVI en donde la DGRN incide en los nuevos elementos que quiere incorporar a sus directrices y con los que pretende actualizarlas y adaptarlas a las novedades legislativas y jurisprudenciales de los últimos años. Así, partiendo de la STEDH del caso Paradiso y Campanelli de 24 enero 2017 que acabamos de mencionar y de la relevancia que ésta otorga a la infracción de las leyes y convenios internacionales en materia de protección de menores y adopción internacional, la DGRN introduce como un criterio fundamental a tener en cuenta el contar con el consentimiento libre y post-natal de la madre gestante. Para ello, acude a la jurisprudencia de las AP tanto en el ámbito de la gestación subrogada como en el de las adopciones internacionales, a la necesidad de que en nuestro derecho en toda inscripción de filiación figure la materna o a la doctrina del TC sobre la garantía de los derechos de los progenitores a participar en los procesos de desamparo, acogimiento y adopción, entre otros[9]. En relación con esto, también incide la DGRN en el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos, conforme al artículo 7.1 Convención de los Derechos del Niño de 1989, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional y en la STS 21 septiembre 1999. Y ello tanto respecto de la maternidad (puesto que no se puede renunciar en nuestro derecho a la maternidad, debiendo quedar determinada en toda inscripción de nacimiento la madre del nacido, que será la que ha dado a luz), como respecto de la paternidad[10].

Como se puede comprobar, la DGRN pone el acento en dos elementos cruciales que plantea la GS y que están en el debate no solo de esta materia, sino en general de las técnicas de reproducción asistida (como es el anonimato y el derecho a conocer los orígenes)[11]. De hecho, aunque la Instrucción no haga referencia a ella, se trata de dos cuestiones que el TC portugués ha tenido en cuenta en su sentencia de 24 de abril de 2018 para declarar la inconstitucionalidad de determinados aspectos de la regulación portuguesa en materia de reproducción asistida y GS (revocabilidad del consentimiento de la gestante –o necesidad de consentimiento post-parto-; y anonimato de la gestante y donantes y la importancia

8 STEDH 24 enero 2017 (JUR 2017, 25806). *Cfr.* antecedente IX.

9 *Cfr.* antecedentes X a XII.

10 *Cfr.* antecedentes XIV y XV.

11 Sobre la necesidad de poner límites al anonimato del donante en técnicas de reproducción asistida en derecho español, puede verse, entre otros, Alkorta Idiakez, I., Farnós Amorós, E.: "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-legal Series (Online)*, V. 7, núm. 1, 2017, p. 148-178. El Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de mayo de 2017, también se plantean las dos cuestiones señaladas sobre el anonimato de la gestante y la revocabilidad de su consentimiento.

creciente que se atribuye al conocimiento de los orígenes)[12]. Pues bien, la DGRN pretende introducirlos en nuestro derecho vía Instrucción, y para ello se basa en los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en los principios sentados en la normativa sobre protección de menores y, especialmente, en materia de adopción y en la jurisprudencia del TEDH y patria.

Pero el elemento más novedoso lo incluye la DGRN en el antecedente XVI, en el que abre la puerta a la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 10.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), esto es, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, para determinar la filiación materna a favor de la mujer que presente vínculo genético con el nacido/a por haber aportado el óvulo para la fecundación, y ello cuando conforme a la ley extranjera aplicable la filiación quedara determinada a favor de mujer distinta de la que ha gestado. En estos casos considera la DGRN que se produce un conflicto entre dos principios de orden público español: la interdicción y nulidad de los contratos de GS y el del interés superior del menor (que, conforme al art. 2 LOPJM, debe ser prevalente). Por ello, abre esta vía ante la posibilidad de que el menor pudiera quedar desamparado en el país en el que se ha producido la gestación. La inclusión de esta posibilidad se hace, no obstante, de una manera un tanto confusa y plantea múltiples cuestiones, que analizaremos en el siguiente apartado.

1. Los criterios que se pretendían implantar para la inscripción de la filiación de menores nacidos mediante GS

A la vista de todo lo anterior, la DGRN dicta en la Instrucción de 14 de febrero de 2019 unas nuevas directrices, con la idea de que sustituyan (o, más bien, actualicen) las establecidas en la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010[13]; por

12 Acórdão nº 225/2018, de 24 de abril. Al TC portugués se le someten aspectos relacionados no solo con la GS, sino también respecto del anonimato del donante y otras cuestiones de reproducción asistida reguladas en la Ley 32/2006 de procreación médicamente asistida. De hecho, declara la inconstitucionalidad del anonimato (para gestantes y donantes en general en las técnicas de reproducción asistida), al entender que imponen una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y desarrollo de la personalidad del nacido mediante estas técnicas. Por otra parte, considera que el hecho de que se limite la posibilidad de revocar el consentimiento de la gestante una vez iniciado el procedimiento es contrario a la libertad y libre voluntad, que es el fundamento del contrato. Sobre este tema puede consultarse, entre otros, Guimarães, M.R.: "As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 2018, pp. 179-200; Vela Sánchez, A.J.: "Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 9237, 12 de Julio de 2018 (LA LEY 6873/2018).

13 Señala la DGRN que esta necesidad de actualización resulta necesaria a la vista de las disposiciones, jurisprudencia y doctrina señaladas en los antecedentes y de los que se desprende la necesidad de primer el interés superior del menor, el derecho de éste a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, nombre y relaciones familiares conforme a la ley, y la necesidad de conjugar estos derechos con otros principios y bienes dignos de protección, como el respeto a la dignidad e integridad de la gestante y la prevención de la mercantilización de la filiación, evitando que la inscripción registral permita dotar de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.

lo que, como veremos inmediatamente, recupera parte de su contenido. En estas directrices se distinguen varios supuestos, que vamos a analizar a continuación.

En primer lugar, cuando la solicitud de inscripción se acompañe de resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (directriz primera). En estos casos, en general, se considera válido lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (con algunas especificaciones adicionales). Y, tal y como se disponía en dicha Instrucción, la resolución judicial en la que se establezca la filiación del nacido mediante GS debe ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, puede practicarse la inscripción previo reconocimiento incidental por parte del encargado del RC (sin que sea precisa la obtención de dicho exequátur). Y es aquí, a propósito de las condiciones a constatar en este control incidental, donde la DGRN incorpora algunos de los elementos antes señalados. Así, por ejemplo, para asegurar la participación de la gestante en el procedimiento (y como garantía de sus derechos procesales), se dispone que no se aceptará resolución dictada en rebeldía de la madre gestante. También se establece ahora la constatación de que no se vulnera el orden público, lo que se identifica particularmente con el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante (a los que ya se hacía referencia en la Instrucción de 2010), y, además, se especifica que el encargado del RC deberá verificar ahora que el consentimiento de la madre gestante ha sido confirmado en un momento posterior al nacimiento, que se garantiza el derecho del niño a conocer sus orígenes y, por último, que no concurren motivos graves de falta de idoneidad respecto de los padres comitentes (por razón de edad, estado de salud u otras). Llama la atención la inclusión de estos elementos a través del control incidental que debe hacer el encargado del RC y, especialmente el último de los requisitos señalados, con el que la DGRN crea una suerte de control de idoneidad, similar al que se requiere para la adopción, pero a cargo del encargado del RC[14]. Tal y como hemos señalado anteriormente, es clara la voluntad de incorporar al ámbito de la GS criterios y elementos de protección que ya están presentes en la adopción (como vía para evitar el tráfico de menores), hasta el punto de introducir incluso un este nuevo control de idoneidad; lo que ocurre es que esto se ha intentado hacer a través de una Instrucción de la DGRN, que no parece el medio más idóneo para ello.

14 Realiza un análisis crítico de las condiciones que debe constatar el encargado del RC en el control incidental conforme a la Instrucción de 5 octubre de 2010, Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 359-360. Señala este autor que estas sí son novedad, porque están concebidas específicamente para los supuestos de GS, pero que vendrían a contradecir la jurisprudencia del TS, que supedita la eficacia del acto extranjero de jurisdicción voluntaria, no al cumplimiento de una serie de requisitos como los enumerados en la Instrucción, sino a su adecuación a la ley aplicable conforme a la norma de conflicto española. Y mientras que la Instrucción es "posibilista" del reconocimiento, supeditarlo a la ley aplicable a la filiación conllevaría un rechazo de efectos conforme a la LTRHA.

Por lo demás, también regula la Instrucción de 14 de febrero el procedimiento que el cónsul encargado del RC debe seguir en estos casos en que la inscripción se realiza mediante exequátur o control incidental (directriz cuarta). Se trata de un procedimiento en el que se garantiza la confidencialidad de la primera inscripción de nacimiento a favor de la madre gestante, pero que permite al nacido el acceso a sus orígenes cuando sea mayor de edad (de modo similar, por otra parte, a lo que ocurre en materia de adopción).

En segundo lugar, y al igual que ocurría en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, tampoco se admite aquí como título apto para la inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica de nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la gestante (directriz segunda). Ahora bien, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 va más allá de la previa de 2010, y sí detalla qué hacer en estos supuestos en los que no se dispone de resolución judicial extranjera que determine la filiación.

Y así distingue, por un lado, aquellos casos en que, en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, sí conste la identidad de la gestante. Para la DGRN, podría en estos casos procederse a la inscripción haciendo constar la filiación materna resultante del parto si se acredita la filiación paterna de progenitor español. Y, para ello, la Instrucción señala dos vías: determinación de la filiación paterna mediante sentencia (la acción judicial de filiación prevista en el art. 10.3 LTRHA); o bien el reconocimiento en las formas y con los requisitos establecidos en la legislación civil.

Ahora bien, por mucho que el reconocimiento paterno sea un mecanismo tradicional en nuestro derecho para la determinación de la filiación no matrimonial, su aplicación en el ámbito de la GS plantea dificultades adicionales, tal y como la propia DGRN también reconoce (antecedente XV). Conforme al artículo 124 CC, para la eficacia del reconocimiento de un menor es necesario el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (vid. también art. 44.7 LRC 2011). El artículo 124.2 CC prevé, además, que no será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento (aunque la inscripción podría suspenderse entonces a petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento). Por lo tanto, con el consentimiento de la gestante, en principio, podría inscribirse al menor con la filiación materna suya y paterna del comitente. Esto requeriría, no obstante, tal y como señala la propia DGRN en la Instrucción, que estuviera acreditada, con las debidas garantías, la filiación materna. Otro escollo importante a la utilización del reconocimiento como vía para la determinación de la paternidad en estos casos es que éste no requiere

prueba alguna de la paternidad, cosa especialmente problemática en los supuestos GS. La propia DGRN lo reconoce y de ahí que considere "imprescindible contar con una prueba de paternidad más solida que el mero reconocimiento del padre", prueba que podría ser un informe genético[15].

Y a la vista de esto establece, en la directriz tercera, que, en el caso de reconocimiento ante el encargado del RC, se requerirá el consentimiento de la madre o del representante legal (conforme al art. 44.7 LRC 2011), además de los requisitos de validez o eficacia de la legislación civil; e incluso señala que si la gestante estuviera casada y fuera aplicable la presunción de paternidad, se exigirá el consentimiento del marido "o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable". Innova aquí también la Instrucción al permitir la destrucción de la presunción de paternidad mediante simple consentimiento del marido[16]. Adicionalmente, y con el fin de garantizar el derecho del nacido al conocimiento de sus orígenes e identidad biológica y de prevenir el tráfico internacional de menores, se establece que el reconocimiento deberá complementarse con otros medios de prueba suficientes que acrediten de forma indubitada la filiación paterna. Y señala como medio preferente, aunque no exclusivo, la prueba de ADN, que deberá contar con las debidas garantías médicas y jurídicas, en particular en el aseguramiento de la cadena de custodia[17].

Tal y como acabamos de ver, la DGRN admite, además de la acción de reclamación de la filiación, el reconocimiento como vía de determinación de la filiación paterna del comitente español. Y ello a pesar de que el artículo 10.3 LTRHA solo hace referencia a la vía judicial para el padre biológico. La DGRN justifica esta posibilidad con base en la doctrina del TEDH; de manera que, en aquellos casos en que no exista duda sobre la realidad de la filiación paterna, si se acredita inequívocamente dicha filiación, aportando junto al reconocimiento pruebas adicionales al cónsul encargado del RC, sería posible la inscripción directa de la filiación paterna sin necesidad de una previa sentencia obtenida en procedimiento judicial de reclamación de filiación. Queda clara la voluntad de la DGRN de facilitar la determinación de la filiación respecto del progenitor biológico español, abriendo la posibilidad a mecanismos extrajudiciales no previstos en el artículo 10.3 LTRHA. Ahora bien, sería deseable una argumentación más detenida que la remisión sin más a la doctrina sentada por el TEDH, sobre todo cuando se están modificando

15 *Cfr.* antecedente XV.

16 Para un supuesto similar, el artículo 44.4.IV LRC 2011 prevé como solución la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y que se proceda a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna. Lo que ocurre es que en estos casos de GS no puede procederse a la inscripción del menor en el RC español solo con filiación materna, cuando todavía no se ha determinado vínculo con progenitor español.

17 Para ello, se considera que dichas pruebas deben llevarse a cabo "en los laboratorios designados por la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN, con arreglo a los procedimientos y garantías que se especifiquen en las correspondientes Instrucciones de Servicio de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios" (antecedente XV).

los propios mecanismos internos de determinación extrajudicial de la filiación (estableciendo requisitos adicionales para su aplicación a la GS, como es el caso de la prueba de paternidad junto al reconocimiento)[18]. Y se podría plantear, además, la posibilidad de acudir a otros mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación distintos del reconocimiento. Sobre esta última cuestión volveremos a propósito de la Instrucción de 18 de febrero de 2019.

Una vez fijada la filiación del nacido mediante GS por los mecanismos anteriores (materna para la gestante y paterna para el comitente padre biológico por alguna de las dos vías señaladas), para que se pueda determinar la filiación a favor del otro comitente (cónyuge o pareja del padre biológico) deberá acudirse a un procedimiento de adopción, tramitado en España. La Instrucción precisa, además, que el encargado del RC consular deberá informar a los comitentes sobre los requisitos para la constitución de la adopción y, en particular, del asentimiento de la madre gestante, el cual deberá otorgarse "libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto". Con ello, la DGRN quiere garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de adopción y los derechos de las distintas partes implicadas en el procedimiento, en particular, los de la gestante ("progenitora", respecto a la necesidad de su asentimiento conforme al art. 172.2.2º CC), y establece además una obligación de información adicional a cargo de los encargados de RC consulares. Es importante esta precisión, puesto que en la actualidad, la práctica forense en los procedimientos de adopción que se están llevando a cabo en procesos de GS es dispar[19].

18 Su compatibilidad con la doctrina del TS tampoco está clara. La STS 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833) remite al art. 10.3 LTRHA para el padre biológico, y al acogimiento o a la adopción para la formalización jurídica de la integración real del menor en el núcleo familiar de facto que se hubiera creado (FJ quinto, apdo. 11). El Auto del TS 2 febrero de 2015 (RJ 2015, 141) señala, en cambio, de manera más genérica que la identidad o estatus definido que debe reconocérsele al menor conforme a la doctrina sentada por el TEDH en sus sentencias de 26 junio de 2014 (casos Mennesson y Labassee) puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, de la adopción y, en determinados casos, de la posesión de estado civil, "que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor".

19 Cita la propia Instrucción (antecedentes X y XI), entre otros, el Auto AP Barcelona de 16 octubre 2018 (JUR 2018, 290468), en el que se afirma que no se puede validar un consentimiento "prenatal" renunciándose a la filiación del concepturus o nasciturus, compromiso que se pacta en el contrato de GS; y que la renuncia previa de la madre gestante es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y nula de pleno derecho, por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior. El Auto hace un completo análisis de la normativa y jurisprudencia en la materia y entiende que "dado el estado actual de la materia, ante la necesidad de primar el interés del menor, debamos analizar cada uno de los supuestos que se vayan presentando con los instrumentos con que contamos, la norma , doctrina y jurisprudencia hasta aquí expuestas, teniendo muy presente el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*. Considera el auto que no se han cumplido con los requisitos establecidos en la normativa que regula la adopción, entre ellos, la citación para el asentimiento de la madre, conforme al art. 37 Ley jurisdicción voluntaria. Por su parte, la SAP Murcia 31 enero 2019 (JUR 2019, 71777) revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que no permitía la adopción por la esposa del padre biológico, al carecer de legitimación activa por tratarse de su propio descendiente (art. 175.3.1º CC, ya que en el RC de Ucrania constaba como madre la mujer comitente española). La AP Murcia considera que sí se dan los requisitos para que prospere el

El TEDH acaba, además, de pronunciarse sobre la cuestión relativa a la determinación de la filiación respecto de la madre comitente en su Opinión (consultiva) de 10 de abril de 2019[20]. Ésta ha sido dictada a petición de la Corte de Casación francesa, a propósito del Caso Mennensson; de ahí que la opinión parta de las circunstancias planteadas en este caso (menor nacido en el extranjero mediante GS de gametos del padre comitente y de una tercera donante, cuando la filiación entre el niño/-a y el padre comitente ha sido reconocida en derecho interno). Y establece la necesidad de que el derecho interno ofrezca alguna vía para que pueda reconocerse el vínculo de filiación entre el menor y la madre comitente designada en la certificación extranjera de nacimiento como "madre legal". Ahora bien, considera que esto no necesariamente implica que deba transcribirse en el RC lo establecido en la certificación registral de nacimiento, sino que podrían valer otras vías, como la adopción. Por lo tanto, la posibilidad que en la práctica se ha venido utilizando en nuestro país de acudir a la adopción por parte de la madre comitente (no sin problemas como acabamos de ver), sería conforme con lo señalado ahora por el TEDH. Y la petición de las parejas comitentes de que se reconozca directamente a la madre de intención, sin necesidad de acudir a un procedimiento de adopción, no tendría sustento en la Opinión emitida por el TEDH, que considera que entra dentro del margen de apreciación de los Estados la determinación de las vías para el reconocimiento de la filiación de la madre comitente[21]. Lo que sí señala es que estas vías deben garantizar la efectividad y la celeridad de su puesta en marcha, de acuerdo a las exigencias del interés superior del menor.

Por otro lado, estarían aquellos supuestos en los que la ley extranjera aplicable determine la maternidad únicamente a favor de persona distinta de la mujer gestante (por sí sola o estando unida a otra mujer en matrimonio o pareja de hecho[22]), y para los que la DGRN entiende que no se puede aplicar la solución anterior (directriz tercera). No obstante, abre una vía nueva, que es la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 10.3 LTRHA y permitir a la mujer comitente,

expediente de adopción, entre ellos, la legitimación, y que se cuenta con el consentimiento de quien, según la legislación española es la madre biológica, prestado en documento fehaciente (ante el cónsul español en Kiev) después de las seis semanas del parto, no habiendo transcurrido seis meses desde su comparecencia ante el consulado español y la presentación de la solicitud, de conformidad con el art. 37.1 Ley jurisdicción voluntaria. Considera la AP que no es necesario, por tanto, citar a la madre biológica para asentir de nuevo a la adopción. Analiza también la AP, de forma favorable, tanto la idoneidad de la adoptante como la protección del interés superior del menor.

20 Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (Demande nº P16-2018-001).

21 Sí que es cierto, como alegan las asociaciones de personas que han acudido a la GS, que se corre el riesgo de que, en caso de divorcio de la pareja, no pueda la madre comitente acceder a la adopción (arts. 175.4, 176.2, 178.2 CC). En estos casos, la declaración que realizar el TEDH sobre el reconocimiento del vínculo de filiación con la madre comitente podría verse comprometida en la práctica.

22 Se regula de una manera un tanto confusa el ámbito de aplicación de este supuesto, ya que lo restringe la Instrucción a los casos en que la filiación venga determinada a favor de mujer distinta de la que gesta, por sí sola o cuando está unida a otra mujer en matrimonio o pareja de hecho (no cuando esté casada o en pareja con un hombre).

si es madre biológica por haber aportado el óvulo, que ejercite acción de reclamación de la filiación. La DGRN lo justifica en la necesidad de protección del menor, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección del país donde ha nacido, y siempre que se acredite la negativa de la madre a hacerse cargo del menor (lo que debe hacerse mediante su declaración, pero que puede deducirse de los términos del propio contrato de GS) y la inscripción de la filiación en el Registro del país de que se trate respecto de la madre comitente.

El impacto que esta posibilidad supondría en las reglas de determinación de la filiación en nuestro derecho es evidente. En principio, con ella parece dejarse sin efecto en cierta medida el principio hasta ahora intocable de que la maternidad viene determinada por el parto (entre otras, en el art. 10.2 LTRHA)[23]. No obstante, la DGRN no parece renunciar plenamente a esta regla, cuya aplicación en nuestro derecho e importancia (por ejemplo, a efectos de conocimiento de los orígenes) defiende en el preámbulo de la Instrucción. Y en este sentido señala la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.4.2 LRC 2011[24], respecto al procedimiento para la práctica de la inscripción en estos casos (lo que implica la determinación de la filiación materna, con acceso restringido cuando la madre lo solicite y renuncie a ejercer los derechos derivados de la filiación). En realidad, en la Instrucción lo que se hace más bien es dar por primera vez relevancia a la maternidad genética, cosa que hasta ahora no se había hecho en el ámbito de la reproducción asistida, en la que seguía rigiendo la regla de maternidad por gestación. Y es que el problema, que no es exclusivo de la GS, viene determinado por la posibilidad que han abierto las TRHA de diferenciar entre la mujer que gesta y la que aporta el óvulo (e incluso entre la pura maternidad de intención)[25]. Esta posibilidad supondría, en cierta medida, llevar a sus últimas consecuencias la relevancia concedida al vínculo biológico en relación con el derecho a la identidad del menor en la doctrina TEDH. No obstante, el propio TEDH no ha llegado a afirmar esto. De hecho, en la Opinión de 10 de abril de 2019, a la que se ha hecho referencia anteriormente, la Corte de Casación francesa pregunta expresamente si, a la hora de reconocer la filiación con la madre comitente, podría diferenciarse según ésta hubiera o no aportado gametos. El TEDH no entra, sin embargo, en esta cuestión, afirmando

23 Los mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación se basan también en la maternidad por el parto (cfr. entre otros, arts. 120 CC, 44 LRC 2011).

24 Aunque literalmente se refiere al art. 44.2.2 LRC 2011.

25 En este sentido, Farnós Amorós, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, 2015, p. 9 y ss., 28, 53 y ss., quien señala que las TRHA permiten disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), siendo irrelevante desde el punto de vista legislativo a los efectos de determinar la filiación la mujer que tan solo aporta el óvulo (arts. 5.5, 8.3 y 10.2 LTRHA); si bien, este extremo, como apunta la autora, es problemático cuando la mujer no puede ser considerada como una mera donante. Y se refiere a los casos de doble maternidad, apuntando la idea de un consentimiento tácito, cuando se aportó de forma voluntaria y no anónima el material genético propio en el marco de un proyecto parental común; dato que debería ser un criterio concluyente para los tribunales, por ejemplo, para impedir la impugnación de la filiación cuando se acudió a la técnica ROPA.

únicamente la necesidad de que existan mecanismos para reconocer la filiación con la madre comitente en los términos antes señalados (y en particular en el supuesto que se le planteaba, en el que existía una donante de óvulos)[26].

En cualquier caso, la relevancia práctica de la posibilidad que abría la Instrucción para la madre comitente que aporta el óvulo era más bien escasa. En la medida en que proponía la aplicación analógica del artículo 10.3 LTRHA, ésta podía ser obviada por los tribunales cuando se ejercitara la correspondiente acción de reclamación de la filiación por la mujer comitente.

En definitiva, y a la vista de lo analizado hasta ahora, podemos afirmar que en la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se pretendía actualizar la previa de 2010, dando entrada a lo que venía siendo la práctica habitual en algunos RC consulares en relación con la GS cuando no se disponía de resolución judicial extranjera que determinara la filiación (esto es, permitir su fijación a través de mecanismos extrajudiciales, como el reconocimiento junto a una prueba de ADN de paternidad). No obstante, la DGRN también aprovechó la Instrucción para incidir en el respeto a determinados principios que se consideran básicos en la materia y a los que se les está prestando especial atención en los últimos años en este ámbito (como son el derecho al conocimiento de los orígenes y la protección de la gestante asegurando un consentimiento post-parto), y acercando en gran medida el tratamiento de la GS al previsto en el ámbito de la adopción. Pero, sobre todo, y con una de las más importantes novedades, permite en ciertos casos a la mujer que aporta el óvulo reclamar su maternidad mediante el ejercicio de una acción de filiación. Como hemos señalado, esto sí que supondría un salto importante en los mecanismos de determinación de la filiación en nuestro derecho, y quizá el exceso más importante en el que incurre la Instrucción, pues se hace sin soporte legal y con escaso aparato argumental, además de exceder con mucho su competencia (y posibilidades de aplicación práctica).

III. LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019 O LA VOLUNTAD DE DESALENTAR LA GS INTERNACIONAL

La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, en contraste con la previa de 14 de febrero, consta apenas de una página, lo cual es hasta cierto punto lógico, dada la premura con la que se hizo (en poco más de 24 h.) y que se deja sentir en su texto. En él y, en particular, en su breve preámbulo, se ponen de

26 Esto suscita, no obstante, múltiples interrogantes, ya que para la madre comitente no parece que se le haya querido dar relevancia al elemento genético; mientras que, cuando la cuestión se ha planteado con el padre, hasta ahora ha venido jugando un papel importante el vínculo biológico. Como destaca, en relación con el caso del TEDH Paradiso y Campanelli c. Italia de 24 enero 2017, Farnós Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli", cit., pp. 234-235, hay circunstancias que impiden extrapolar la doctrina de este caso a cualquier GS internacional. No obstante, sienta algunos criterios sobre la vida familiar *de facto* y el vínculo genético, entre otros, que es importante tener en cuenta para casos futuros.

manifiesto determinados aspectos que también están presentes en el Informe del CBE sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada[27]. Se señala, así, que la GS produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes, postura que de forma mayoritaria también había adoptado el mencionado Comité en dicho informe. También se hace referencia a dos cuestiones que aparecen el Informe del CBE: la actividad de las agencias mediadoras, que no puede considerarse ajustada a derecho (el informe propone sancionar a estas agencias); y la necesidad de una actuación coordinada a nivel internacional, para que las medidas que se adopten sean eficaces. No obstante, y en tanto no se disponga de ese marco internacional, la DGRN apuesta por adoptar en esta Instrucción medidas más contundentes para atajar esta práctica en España. Y para ello propone un tratamiento individualizado de cada caso, a la vista de las circunstancias concurrentes y con pruebas válidas y suficientes de los hechos.

Una cuestión que también destaca el CBE en su informe es la necesidad de una "transición segura"[28], es decir, que el tránsito a una regulación más efectiva no produzca una desprotección en los niños que están naciendo de estos procesos en el momento actual. Y para ello señala que debe garantizarse que "su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS". Vamos a ver cómo afronta esta cuestión, que es uno de los principales problemas en la práctica, la Instrucción de 18 de febrero de 2019.

La Instrucción regula principalmente dos cuestiones, que vamos a analizar por separado: por un lado, la "derogación" de la Instrucción de 14 de febrero y su eficacia temporal; y, por otro, los "nuevos" criterios que se establecen para la inscripción de menores nacidos mediante esta técnica.

1. ¿A qué menores se aplica?

La primera cuestión que plantea la Instrucción de 18 de febrero de 2019 es la de su eficacia temporal. ¿Desde cuándo es aplicable y a qué menores afecta? Se trata, por lo demás, y como ya se ha puesto de relieve, de un aspecto de enorme relevancia práctica, por cuanto existían ya un buen número de menores nacidos mediante GS de comitentes españoles que esperaban su inscripción en el RC consular, sobre todo en ciertos países como Ucrania[29].

27 De mayo de 2017, accesible en: http://www.comitedebioetica.es/.

28 *Cfr.* la última de sus conclusiones, página 87 del Informe.

29 En los últimos meses han salido a la luz diversas noticias relacionadas con los problemas de inscripción en el consulado de Kiev y los diferentes criterios que se han ido aplicando acerca de aceptar o no la prueba de ADN como medio para inscripción de la paternidad del comitente español (puede verse, por ej.: https://elpais.com/politica/2018/08/28/actualidad/1535480893_309878.html).

Pues bien, en su apartado 2 la Instrucción comienza delimitando su ámbito temporal de aplicación, haciendo referencia a las solicitudes de inscripción de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de la Instrucción, esto es, al 21 de febrero de 2019. Por tanto, los nuevos criterios que se establecen en dicho apartado, y a los que haremos referencia posteriormente, no serían aplicables a los bebes nacidos con anterioridad (independientemente de cuándo se haga la solicitud de inscripción). En consonancia con esto, en el apartado 1 se deja sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 para "los niños nacidos con posterioridad" a la publicación en el BOE de la nueva Instrucción de 18 de febrero. Por tanto, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 se aplica a los menores nacidos mediante GS (y a las correspondientes solicitudes de inscripción en el RC) con posterioridad al 21 de febrero de 2019.

Para los anteriores, la situación no es tan clara. Podrían aplicarse los criterios que "en la práctica" se venían utilizando para dicha inscripción y que habían sido recogidos en la Instrucción de 14 de febrero. De hecho, como hemos señalado, el apartado 1 de la Instrucción de 18 de febrero deja sin efecto la previa de 14 de febrero, para "los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción", por lo que habrá que entender que aquélla se podría aplicar a los ya nacidos anteriormente. La redacción utilizada es imprecisa y reiterativa (se dice que "queda sin efecto", "a todos los efectos, incluso derogatorios") y parece claro que se quiere resaltar en ese apartado primero la pérdida de eficacia de la Instrucción de 14 de febrero, pero se establece la irretroactividad de la Instrucción de 18 de febrero[30].

2. Nuevos criterios (o no tanto)

Entrando ya en las cuestiones más de fondo, en su apartado 2 la Instrucción distingue entre dos situaciones. Por un lado, aquéllas en las que la filiación con el o los comitentes viene establecida mediante sentencia dictada por las autoridades judiciales del país en que se ha llevado a cabo la técnica. En estos casos, la solicitud de inscripción en el RC consular podrá ser estimada, si se trata de sentencia firme dotada de exequátur u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Como se puede comprobar, se trata de volver a los criterios de la Instrucción de 2010 y que, efectivamente, estos se apliquen, puesto que como ya hemos ido viendo en los apartados anteriores, en la práctica dicha Instrucción había sido superada,

30 En las noticias que han salido a la luz sobre el tema se pone de manifiesto que se ha procedido a la inscripción "de forma excepcional" para los menores que ya habían nacido, pero cuya inscripción estaba paralizada. No obstante, se aplica la nueva Instrucción a aquellas parejas que ya habían iniciado el procedimiento cuando se publicó la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (https://www.lavanguardia.com/vida/20190321/461157552739/protestas-familias-gestacion-subrogada-embajada-kiev-ucraina.html).

admitiendo otros mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación cuando ésta no se hubiera fijado mediante sentencia judicial extranjera.

Ahora bien, esto no supone un gran avance. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 también había sido objeto de una importante crítica. Primero, por limitar la posibilidad de inscripción de nacimiento en casos de GS a los supuestos en los que estuviera determinada por resolución judicial dictada por tribunal competente, excluyendo las certificaciones registrales extranjeras[31]. De hecho, como acabamos de señalar, en la práctica tampoco se cumplía la Instrucción. Pero, además, por mucho que la DGRN justificara su compatibilidad (en la Resolución de 11 de julio de 2014) con la doctrina establecida en la STS 6 febrero 2014, no hay que olvidar que en esta sentencia se partía de una denegación de la inscripción, sin perjuicio de que se pudiera acudir a otros medios existentes en nuestro ordenamiento para la determinación de la filiación o para la protección de la situación familiar de facto (acción de filiación, adopción…). Es más, a esta doctrina parece que se quieren reconducir ahora los casos en que no exista sentencia judicial extranjera en la que se determine la filiación, como vamos a ver inmediatamente. Por lo demás, la admisión de la inscripción vía Instrucción en ciertos casos (cuando exista resolución judicial extranjera que determine la filiación) puede tener como uno de sus efectos reconducir la demanda hacia aquellos mercados que cumplan con los requisitos en ella establecidos (y, eso sí, para aquellos que puedan permitírselo).

Cuando no se haya establecido la filiación con el o los comitentes españoles en la correspondiente resolución judicial extranjera, señala la Instrucción que deberá suspenderse la inscripción, "con base en la ausencia de prueba susceptible de apreciación dentro del procedimiento consular". Como hemos dicho anteriormente, la Instrucción parte de un tratamiento individualizado de cada caso, para valorar las circunstancias y pruebas concurrentes, y considera que esto no puede hacerse dentro del procedimiento consular de inscripción de nacimiento. La DGRN parece dudar de que la vía consular pueda ofrecer las garantías adecuadas. Y remite a la iniciación del correspondiente procedimiento en España, "para asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario rigor probatorio". Por tanto, la DGRN quiere acabar con la práctica de la inscripción de la paternidad en los RC consulares (inscripción que se realizaba mediante prueba de ADN que la determinara y que, por lo demás, ya se venía haciendo con determinadas garantías, tal y como se recogía en la Instrucción de 14 de febrero de 2019). También se dispone la notificación de la suspensión por parte del encargado del RC consular al Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 RRC 1958.

31 Se la ha llegado a calificar de manifiestamente ilegal. Vid. un exhaustivo análisis de estas cuestiones en Álvarez González, S.: "Efectos en España", cit., pp. 356 y ss., 377.

Por tanto, en los casos en que la GS se lleve a cabo en un país en donde la filiación respecto del o los comitentes no queda establecida en sentencia judicial, no puede estimarse la solicitud de inscripción en el RC consular español. La Instrucción prevé que el solicitante obtenga, en su caso, pasaporte y permisos para viajar a España con el o la menor, a fin de que la determinación de la filiación se realice en nuestro país "con todas las garantías". Se señalan dos vías para ello. El inicio del correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o la interposición de acción judicial de reclamación de la filiación.

Como ya hemos señalado, la maternidad queda determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), por lo que la mujer comitente no podrá constar, al menos en un primer momento, como madre. Respecto de la paternidad del padre biológico, el artículo 10.3 LTRHA remite a la acción de reclamación de la paternidad, conforme a las reglas generales (arts. 131 y ss. CC, 764 y ss. LEC). En cambio, la Instrucción en principio va más allá, admitiendo otras posibles vías en el caso de que exista vínculo biológico del hombre comitente (o de uno de ellos, en el caso de parejas homosexuales). De los mecanismos previstos para la determinación de la filiación no matrimonial en el artículo 120 CC, la Instrucción parece recoger los previstos en los números 3º y 4º, esto es, la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil y la sentencia firme. En relación con el primero, entendemos que habrá que estar a lo dispuesto en las reglas que regulan dicho expediente, señalando la Instrucción la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. En concreto, prevé el artículo 44.7.II LRC 2011 que podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del RC, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, y si concurre alguna de las siguientes circunstancias previstas en dicho precepto (entre otros, escrito indubitado del padre en el que reconozca la filiación o posesión de estado del hijo). Ahora bien, la Instrucción precisamente incide en la necesidad de que la filiación quede determinada en un proceso garantista con las correspondientes pruebas. Entendemos así que en este expediente se debería aportar la documentación y pruebas (entre ellas, la de ADN del padre biológico) que hasta ahora se venían adjuntando a las solicitudes de inscripción en el RC consular correspondiente, junto con las oportunas declaraciones de los interesados. Si esto es así, no queda claro cuáles serían esas mayores garantías que aportaría un procedimiento registral en España. Lo que sí hay que tener en cuenta es que la intervención del Fiscal (en cuya participación insiste la Instrucción), si se opone, conllevaría que la inscripción solo pudiera obtenerse mediante sentencia judicial (art. 44.7.3 LRC 2011), oposición que podría ser frecuente en estos casos[32].

32 Hay que tener en cuenta que la Fiscalía General del Estado ha reiterado (en sus Memorias anuales desde el año 2016) su oposición a dichas inscripciones (y, por tanto, su voluntad de impugnarlas), conforme al criterio del TS, al ser el contrato de GS contrario al orden público internacional español.

Ello podría abocar a que la determinación de la paternidad del comitente biológico acabe estableciéndose en muchos casos en procedimiento judicial de filiación.

Como se puede comprobar, no hace referencia la Instrucción de 18 de febrero 2019 (a diferencia de la anterior) al reconocimiento como vía para la inscripción de la filiación paterna no matrimonial (art. 120.2º CC). Ya señalamos en el epígrafe anterior las dificultades que plateaba la admisión del reconocimiento en materia de GS y que, de hecho, habían llevado a la DGRN a requerir en la Instrucción de 14 de febrero que éste fuera acompañado de prueba que acreditara la paternidad. En esta tesitura, podría considerarse más correcta la remisión al expediente registral que realiza la Instrucción de 18 de febrero.

No se hace referencia tampoco en la Instrucción (pues ésta se ciñe a los aspectos relativos a la inscripción de la filiación en el RC), a otras posibles vías mencionadas por el TS, en su sentencia de 6 febrero 2014, para proteger el interés superior del menor y la vida familiar que se pueda haber creado entre el o los comitentes españoles y el menor nacido de GS. La notificación al Fiscal prevista ahora en la Instrucción podría servir a estos fines. En cualquier caso, una vez determinada la paternidad por alguna de las vías anteriormente señaladas, entendemos que podría procederse a la adopción por su cónyuge o pareja (también comitente), tal y como hasta ahora se ha venido haciendo. Esto, además, vendría confirmado por la Opinión del TEDH de 10 de abril de 2019, a la que se ha hecho referencia en el epígrafe precedente.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de lo anterior, podemos sintetizar la situación instaurada por la Instrucción de 18 de febrero de 2018 de la siguiente manera: se recupera lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que pretende que se aplique ahora de manera estricta; y se remite, fuera de los casos contemplados en ella (esto es, cuando no exista resolución judicial que determine la filiación del nacido mediante GS) a un procedimiento de determinación de la filiación en España, que *a priori* podría ser judicial o extrajudicial. Podríamos preguntarnos en qué medida esto supone una restricción o un endurecimiento de las vías para la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante GS en el extranjero.

Pues bien, si la comparamos con la previa Instrucción de 14 de febrero de 2019 las diferencias son evidentes. Esta Instrucción se enmarcaba dentro de la postura "posibilista" que ha venido caracterizando hasta ahora a la DGRN en materia de GS. Y, en esta línea, la Instrucción de 14 de febrero pretendía dar carta de naturaleza a lo que venía siendo la práctica habitual en algunos RC consulares en relación con la GS cuando no se disponía de resolución judicial extranjera que

determinara la filiación (permitiendo la inscripción cuando se probara el vínculo biológico paterno, entre otros, mediante prueba de ADN; y, de paso, intentando dar entrada a un supuesto más que polémico, como es el de la "maternidad genética"). E, igualmente, también se pretendían establecer garantías adicionales para la protección de los derechos de la gestante y el interés superior del menor.

No obstante, en la práctica, la posibilidad de determinar la filiación de los nacidos mediante GS va a seguir existiendo y por vías muy similares a las que ya se venían utilizando (resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero; o, si no se dispone de ésta, determinación judicial o extrajudicial de la filiación paterna, junto con una posterior adopción, en su caso, del otro comitente cónyuge o pareja de hecho de aquél). Qué cambia, por tanto, la nueva Instrucción. Por lo pronto, lo que hace es remitir la determinación de la filiación (en los casos en que no se haga mediante resolución judicial extranjera) a un procedimiento en España, con base en "la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular". Ello supone el reconocimiento de limitaciones (y una cierta desconfianza) hacia los procedimientos de inscripción que se llevan a cabo en los RC consulares, si bien la Instrucción tampoco acaba de especificar las mayores garantías que aporta el procedimiento en España. Por otra parte, la posible oposición del Ministerio Fiscal en los expedientes registrales de inscripción, podría conllevar que la principal vía para la determinación de la filiación paterna acabara siendo el proceso judicial de reclamación de la filiación. Por el camino, además, lo que sí puede suponer (e incluso es el deseo expresado por el Ministerio) es una desincetivación del recurso a la GS en el extranjero por parte de ciudadanos españoles, al menos en países en los que en el procedimiento no intervenga una autoridad judicial. Y, como siempre, surge la cuestión de que en qué medida en todo este galimatías quedan protegidos los derechos del menor (que deberá viajar ahora a España con documentación obtenida en su país de nacimiento y sin vínculo jurídico con el o los comitentes españoles) y su interés superior.

Puede considerarse legítima la voluntad de un Estado de evitar que sus ciudadanos "defrauden" normas que consideran de orden público mediante el acceso en el extranjero a técnicas prohibidas en el país como la GS, pero ello siempre que no se vulnere el derecho a la vida privada del menor conforme a los criterios sentados por el TEDH. Este Tribunal nos acaba, además, de recordar la necesidad de contar con procedimientos efectivos y ágiles para la determinación de la filiación en estos casos. De ahí que haya de ponerse especial cautela en la aplicación de la nueva Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 para evitar que en la práctica se alargue innecesariamente la incertidumbre del menor en cuanto a la determinación de su filiación. Y es que encontrar la vía para dar primacía al interés superior del menor y proteger los diferentes derechos y principios en juego ni ha sido, ni tampoco se va a facilitar con la nueva Instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E.: "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-legal Series (Online)*, vol. 7, núm. 1, 2017.

Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010.

Cervilla Garzón, M.D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016.

Farnós Amorós, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, 2015.

Farnós Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): Los casos difíciles crean mal derecho*", Revista Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017.

Guimarães, M.R.: "As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional núm. 225/2018", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 2018.

González Carrasco, M.C.: "Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 22, 2017.

Vela Sánchez, A. J.: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Reus, Madrid, 2015.

Vela Sánchez, A. J.: "Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 9237, 12 de Julio de 2018 (LA LEY 6873/2018).

Vilar González, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑOS A SUS HIJOS MENORES EN CASOS DE ALIMENTACIÓN INADECUADA

THE LIABILITY OF PARENTS FOR DAMAGE CAUSED TO THEIR MINOR CHILDREN IN CASES OF INADEQUATE NUTRITION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 86-111

Cristina
LÓPEZ
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La introducción del Derecho de daños en el ámbito de la familia es una realidad. No obstante, en algunos sectores, como el de las relaciones paternofiliales, hay pocos pronunciamientos jurisprudenciales. En concreto, en este trabajo vamos a centrarnos en los daños causados a los hijos menores como consecuencia de una inadecuada alimentación por parte de sus padres o tutores.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad de los padres; alimentación; dietas vegetarianas; dietas veganas; obesidad infantil.

ABSTRACT: *The introduction of Tort Law in the area of the family relations is already a reality. However, in certain sectors, such as parent-child relationship, there are few jurisprudential pronouncements. In particular, in this paper we will focus on the damage caused to minor children as a result of an inadequate nutrition from their parents or legal guardians.*

KEY WORDS: *Parents' liability; nutrition; vegetarian diet; vegan diet; childhood obesity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE DAÑOS EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES.- III. DAÑOS CAUSADOS A LA SALUD DE LOS HIJOS MENORES COMO CONSECUENCIA DE LA ALIMENTACIÓN.- 1. Daños derivados del consumo de alimentos en mal estado.- 2. Daños derivados del consumo de alimentos contraindicados.- 3. Daños derivados de la dieta alimentaria.- A) Dietas alta en grasas saturadas. La obesidad. B) Dietas veganas o vegetarianas.- 4. La edad de los hijos y la capacidad para tomar decisiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la superación del principio de la inmunidad familiar, la aplicación del Derecho de daños a las relaciones familiares es una realidad. Esa inmunidad ha sido superada tanto con el abandono del argumento que proclamaba la necesidad de mantener la paz familiar, como con el convencimiento de que las sanciones penales o las específicas del Derecho de familia no resultan suficientes en todos los casos. No obstante, y pese a que no puede quedar impune el hecho de que un miembro de la familia cause daño a otro, son escasas las demandas de responsabilidad civil en este ámbito y más aún si las circunscribimos a las relaciones entre padres e hijos, si bien es cierto que la proliferación de los seguros de responsabilidad civil, podría contribuir a una discreta expansión. El hecho de seguir manteniendo la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil dentro del ámbito familiar, conduciría no sólo a la impunidad del autor del daño, sino a una falta de tutela jurídica para el damnificado[1]. En concreto, cuando nos preguntamos acerca de posibles situaciones en las que los padres o progenitores (o, en su caso, los tutores) pueden ser demandados por daños que ellos mismos han ocasionado a sus propios hijos, se abre un abanico de variopintas situaciones: cuando no respetan el derecho de visita u obstaculizan la relación entre el hijo y el otro progenitor, cuando no acuden al médico para las revisiones rutinarias o cuando el hijo padece una sintomatología preocupante, así como también si suministran de forma equivocada la medicación a sus hijos, optan por un tratamiento médico equivocado, les causan daños con alimentos en mal estado, o les suministran una mala alimentación en general, entre otros muchas hipotéticas situaciones.

1 En el mismo sentido, Medina, G. y Hooft, I.: "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense)", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez*, Santa Fe, 1990, p. 332.

• Cristina López Sánchez
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández. Correo electrónico: cristina.lopezs@umh.es

A pesar de que los padres pueden responder por los daños causados a la salud o a la integridad física de sus hijos[2] todavía no contamos con pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, al menos entre los tribunales españoles. En concreto, uno de los aspectos a tratar dentro de esa posible responsabilidad se refiere a los daños que sufren los hijos menores derivados de la alimentación que los padres les procuran, cuestión sobre la que nos detendremos a lo largo de estas páginas.

A tal fin conviene partir de dos premisas. Por un lado, debemos atender al origen de la alimentación del menor, es decir a si se trata del suministro de alimentos en mal estado, alimentos contraindicados, o si lo que está en tela de juicio es el tipo de dieta que se les proporciona, en el sentido de saber si es una dieta rica en grasas, una dieta omnívora, o una dieta vegetariana o vegana. El empleo de dietas no convencionales es una opción para los padres, que deberían, antes de nada, ser conscientes de las necesidades de sus hijos e informarse acerca de los beneficios e inconvenientes que puede conllevar un tipo de alimentación alternativo. No podemos desconocer que la propagación de estas dietas es una realidad, ya sea por cuestiones éticas, medioambientales, religiosas o incluso relacionadas con la salud. Y aunque bien planificadas son apropiadas para todas las etapas de la vida, incluyendo el embarazo, la lactancia, la infancia y la adolescencia, podrían llegar a causar serias complicaciones en la salud de un menor de edad, si no se vigilan de cerca y no se siguen los controles médicos oportunos.

Por otro lado, es fundamental traer a colación en cada caso la edad concreta de cada menor, pues no cabe duda que a medida que van cumpliendo años van adquiriendo mayor capacidad volitiva y de discernimiento, y por ende más autonomía. En este trabajo la edad juega un papel relevante en una doble dirección: en primer lugar, porque los requisitos nutricionales no son los mismos en cada etapa de la vida, no es lo mismo la alimentación en la etapa infantil que en la juvenil o en la adulta. Una alimentación correcta es muy importante para un adecuado desarrollo y funcionamiento de nuestro cerebro y para la realización de todas las funciones intelectuales que en él se asientan. Durante la vida fetal y la primera infancia se produce un crecimiento rápido del cerebro y a los cuatro años el cerebro ya ha alcanzado el 90% de su volumen definitivo. En esos pocos años se forman las estructuras cerebrales y eso solo se puede lograr con una alimentación que contenga los nutrientes necesarios y en las proporciones adecuadas[3].

En segundo lugar, porque hay que atender a la edad para saber a partir de cuándo un menor puede tomar sus propias decisiones, en este caso en relación con la alimentación que toma. Nos encontramos con que, a más autonomía de

2 Un estudio más detallado en López Sánchez, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AAVV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-293.

3 Así, Campillo Álvarez, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 47-48.

los menores, menos responsabilidad de sus padres. Efectivamente, no puede desconocerse la autonomía que la legislación española va concediendo a los menores de edad a partir de cierto momento y debemos ser conscientes y dar entrada a la propia capacidad de elección de los hijos adolescentes, siempre dentro de unos límites y bajo ciertos requisitos.

Con carácter general, si la doctrina española prácticamente no se ha preocupado por los daños que los padres pueden causar a sus hijos menores, menos aún lo ha hecho cuando esos daños derivan de determinada dieta alimentaria. A pesar de ello, parece que nada impide la aplicación de las normas de responsabilidad civil en estos casos y, ante la ausencia en el Código civil de una regulación específica, habremos de acudir al art. 1902 CC. La familia no puede amparar determinados comportamientos dañosos, y la jurisprudencia ha entendido que cabe presentar, al amparo del 1902 CC una demanda reclamando indemnización por daños sufridos en determinadas situaciones[4].

El problema consistirá, pues, en saber qué casos dan lugar a responsabilidad civil, así como también si los daños que se causen en el seno de la familia se someten a las reglas comunes de responsabilidad civil previstas en el Código civil o, por el contrario, si existen razones que hagan aconsejable atenuar o modificar la aplicación dichas reglas. Ante este punto de partida, y dado que el Derecho de Familia no ni contiene normas particulares aplicables a la responsabilidad por daños entre familiares ni tampoco contiene normas que excluyan expresamente el resarcimiento de esos daños, nada impide que se apliquen a estos supuestos las reglas generales de la responsabilidad civil[5].

II. EL DERECHO DE DAÑOS EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

En los últimos años asistimos a una creciente exposición de la familia ante el Derecho de Daños, siendo diversos los motivos por los cuales los cónyuges, ascendientes o descendientes, pueden accionar los unos con los otros. Entre todas las causas generadoras de responsabilidad extracontractual, esta comunicación se centra en la facultad que tienen los padres de proporcionar un tipo de alimentación determinado para sus hijos menores de edad, con las consecuencias negativas para la salud que en su caso pudieran derivarse ante la falta de calcio, hierro o de determinadas vitaminas y proteinas consecuencia de la dieta, así como

4 En el mismo sentido, De Verda y Beamonte, J. R.: "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *La Ley* 2007-II, p. 1658.

5 Igualmente, Barceló Doménech, J.: "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 82-83.

también ante el consumo excesivo de grasas saturadas o la ingesta de alimentos inapropiados o en mal estado.

La figura de la responsabilidad civil no es enteramente desconocida en el ámbito familiar. En palabras del Tribunal Supremo se trata de una "materia incipiente"[6] y aunque subsisten dudas y vacilaciones sobre la viabilidad de ciertas demandas, lo cierto es que en diversos ámbitos se ha abierto camino la tesis que se pronuncia a favor de la admisibilidad de los planteamientos resarcitorios en el Derecho de Familia[7].

El abanico de posibles supuestos en los que se podría apreciar la responsabilidad de los padres con respecto a sus hijos dentro de la propia familia es, al menos por el momento, más bien hipotético que real, pues, como ya hemos avanzado con anterioridad, ni en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ni en la del Tribunal Supremo hemos encontrado sentencias que nos puedan servir de referencia. Con todo, y pese a que en muchos de los casos se acudiría a la vía penal al ser la conducta constitutiva de un delito, no hay que olvidar la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil, entre otras razones por el principio de intervención mínima aplicable al Derecho penal.

En relación con esto último, y aunque un menor de edad puede ser víctima de un daño en su salud o integridad física por una acción u omisión de sus progenitores, sin embargo, ese menor sometido a la patria potestad, precisamente por su condición de menor, no podrá por sí mismo interponer una demanda contra sus progenitores. En todo caso lo harán otras personas por él, como los propios padres en su labor de representantes legales, si bien es cierto que se trata de un supuesto poco probable al ser ellos mismos los demandados[8]. Algunas razones apoyan este argumento: en primer lugar, los padres tienen el deber jurídico (art. 154.1 CC) y moral de velar por sus hijos. En relación con esto mismo, la segunda razón se resume en que la patria potestad comprende derechos y obligaciones que en muchos supuestos otorgan cierta discrecionalidad a los padres, por ejemplo, a la hora de elegir colegio, religión, lugar de residencia, etc. Si se conceden parcelas de discrecionalidad a los padres en relación con sus hijos, no parece lógico permitir que se les pueda demandar después por una mala elección. Sin duda, los padres son los más indicados para saber qué es lo más conveniente para sus hijos[9] y en

6 STS 30 junio 2008 (RJ 2009, 5490).

7 Asimismo, Barceló Doménech, J.: "El criterio de imputación", cit., p. 80.

8 Según apuntan M. Martín Casals y J. Ribot aunque nada impide dirigir una acción de reclamación de daños en nombre de los hijos menores por los daños causados por alguno de sus progenitores, cuestión distinta es que este tipo de acciones en la práctica lleguen a plantearse, ya que el perjudicado y el causante de los daños van a compartir, por razón de la convivencia y por el deber legal y moral de los progenitores de velar por sus hijos y atenderles, las consecuencias negativas del evento dañoso, "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, vol. LXIV, 2011, núm. 2, p. 548.

9 Ferrer Riba, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret* 4/2001, disponible en http://www.indret.com, p. 17.

el ejercicio de la patria potestad debe primar el interés del menor, a partir de la atribución a los progenitores, como no podía ser de otro modo (art. 39.3 CE), de la suficiente autonomía en relación con las decisiones relativas a su crianza y educación[10].

Siguiendo con el elenco de razones, la tercera razón se refiere a que si los menores necesitan de sus representantes legales (art. 162 CC), en caso de que lo sean sus propios padres, nos parece poco probable que se produzca esa reclamación. De ahí que cuando el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, a éstos se les nombrará un defensor judicial que los represente en juicio y fuera de él, ya que, si el conflicto fuera sólo con uno de los progenitores, el otro sería quien lo de representaría (arts. 163 y 299.1 CC). Cuestión distinta sería que se dieran las circunstancias adecuadas para interponer una demanda sin contravenir la relación entre las personas con quienes se convive, por ejemplo, porque los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil, o porque se haya roto dicha convivencia o los lazos de afecto[11], en cuyo caso no sería tan improbable que se produjera una reclamación[12]. En otras palabras, como el menor no tiene capacidad procesal, si quisiera reclamar contra sus padres por los daños que le han ocasionado, podría iniciar la acción el progenitor que no intervino en la producción del daño; de haber sido ambos padres los causantes del ilícito, se le nombrará un defensor judicial, o bien será el propio menor quien interponga la correspondiente demanda cuando alcance la mayoría de edad.

En cuarto y último lugar, dado que en nuestro ordenamiento jurídico civil hay previstas ciertas medidas contra la violación de las obligaciones paternofiliales, sólo se debería acudir al Derecho de daños de manera subsidiaria. En este sentido, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad puede llevar consigo la pérdida de la patria potestad (art. 170 CC), la desheredación (art. 854 CC) y, entre las causas de indignidad para suceder a los hijos, son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que hubieran abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos (art. 756 CC). Así las cosas, el recurso al Derecho de daños debería ser secundario con respecto a las normas especiales del Derecho privado, que serían de aplicación preferente[13]. Es por tanto preferible que los conflictos derivados de las relaciones familiares se resuelvan con criterios de Derecho de familia, no con criterios de responsabilidad civil, lo que no significa que no podamos aplicar el art. 1902 CC, sino que si aplicamos a modo de

10 Martín Casals, M., y Ribot, J.: "Daños en Derecho de familia", cit., p. 559.

11 En este sentido, Ferrer Riba., J.: "Relaciones familiares", cit., p. 3; Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile, Giuffrè,* Milano, 1984, p. 109.

12 A pesar de que los padres pudieran estar separados o divorciados, y aunque entre ellos exista una mala o nula relación, subsiste el vínculo de filiación y por tanto las obligaciones y derechos que se derivan de la patria potestad. Incluso está legalmente previsto que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos (art. 110 CC).

13 En el mismo sentido, Martín Casals, M. y Ribot, J.: "Daños en Derecho de familia", cit., p. 528.

panacea universal el art. 1902 CC, estaríamos confiriéndole una función que no le corresponde y acabaríamos por desnaturalizarlo.

III. DAÑOS CAUSADOS A LA SALUD DE LOS HIJOS MENORES COMO CONSECUENCIA DE LA ALIMENTACIÓN

La alimentación de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad es responsabilidad de los padres, lo que supone que éstos deberían velar por sus hijos hasta que se extinguiera la patria potestad y que, en su caso, podrían llegar a responder de los daños que sufrieran, siempre y cuando esos daños hubieran sido consecuencia directa de una actuación culposa o dolosa de los progenitores y se dieran los demás presupuestos legales para dar entrada a la responsabilidad civil[14].

Efectivamente, hay que insistir en que aun habiendo sufrido el hijo menor un daño en su salud, no siempre sus progenitores van a tener que responder de ello, por mucho que de entrada pudiera parecernos que son los artífices de dicho daño. Para que nazca esa obligación es necesario que concurran los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: una acción u omisión realizada con consciencia y voluntad, un daño o menoscabo de un bien patrimonial o personal, una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, y la culpabilidad.

El daño del art. 1902 CC ha de suponer una lesión de cierta gravedad, quedando fuera del concepto de daño resarcible las simples molestias, inconvenientes o incomodidades propios de la misma convivencia familiar entre padres e hijos[15]. No es la infracción de los deberes familiares lo que, en sí misma, constituye un daño ilícito que implica la creación de una obligación resarcitoria, sino que el perjuicio haya alcanzado otros intereses, los derechos fundamentales, dotados de tutela constitucional del que el familiar perjudicado es titular[16].

La culpabilidad a la que se refiere el art. 1902 CC supone que quien causa un daño, en este caso los padres, han de haber actuado con dolo o culpa. Hay dolo cuando el agente material se ha representado la actividad dañosa y ha aceptado

14 En idéntico sentido, Sesta, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, p. 411.

15 Igualmente, Sesta, M.: "La filiazione", en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Filiazione, adozione, alimenti,* IV (dir. da M. Bessone e a cura di T. Auletta), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 392-393; Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., y Pérez Vallejo, A. M.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación,* Comares, Granada, 2012, p. 21; Atienza Navarro, M. L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural, en AA.VV.: *Daños en el Derecho de familia* (coord. por J. R De Verda y Beamonte), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 67; González Beilfuss, C., y Navarro Michel, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)", *RJC*, 2010, núm. 3, p. 830; Barceló Doménech, J.: "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, núm. 4-3, p. 294.

16 Sesta, M.: "Infracción de los deberes familiares", cit., p. 411.

sus consecuencias, mientras que habría culpa en el caso de que el agente no adoptase las medidas de cuidado que hubiera empleado una persona diligente –buen padre de familia– o el patrón de conducta del ciudadano medio, en previsión y para evitar el daño que finalmente se ha ocasionado.

Nos vamos a referir a los daños que sufren los hijos menores como consecuencia de una mala o deficiente alimentación, tanto dolosa como culposa, si bien es cierto que en la mayoría de casos más bien atenderemos a la falta de diligencia de los padres, ya que cuando la conducta dolosa de los padres causa el daño, podríamos estar ante supuestos más próximos al Derecho penal, por ejemplo, en el caso de proporcionar conscientemente alimentos nocivos para la salud de sus hijos.

Otras situaciones a tener en cuenta son las que se refieren a los daños causados no tanto por la selección de alimentos sino por unos hábitos de consumo que los menores han contraído como consecuencia de una educación defectuosa por parte de los padres. Los hábitos alimentarios individuales se desarrollan durante la infancia y adolescencia y están determinados por los patrones de consumo de los padres o las personas del entorno. Por esta razón la infancia es la mejor etapa para inculcar hábitos y patrones de alimentación, que son adquiridos por repetición, casi de forma involuntaria y son muy poco modificables durante la etapa adulta[17]. No obstante, a pesar de la anterior afirmación, en algunos de esos casos, como el de la anorexia nerviosa o la bulimia[18] hay que andar con mucho cuidado dado que los padres en la mayoría de los casos no han podido evitarlos (detrás de ese trastorno alimenticio hay un problema psicológico) y su diligencia se tendría en consideración a partir de la detección de los primeros síntomas. En el caso de la ingesta de tabaco, alcohol, estupefacientes, etc. habría que estar igualmente al caso concreto. Aquí el supuesto de hecho sería distinto, pues nos referimos a daños a hijos ya adolescentes que, como consecuencia tanto de la educación que han podido recibir en el seno de su familia como de la propia conformación de su personalidad, son testigos directos del deterioro de su propia salud. Si entre los deberes y facultades de los padres que comprende el art. 154 CC se recoge el deber de educar y procurar una formación integral a los hijos, lo cierto es que en algunos casos esa educación puede contribuir a que el hijo sufra daños en la salud. El problema reside entonces en averiguar hasta qué punto serían los padres

17 Simón Magro, E. y Zabala Letona, A.: "Hábitos dietéticos y tipos de alimentación alternativa", en AA.V.: *Bases de la alimentación humana* (coord. por V. M. Rodríguez Rivera y E. Simón Magro), Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 396.

18 En este contexto podemos traer a colación la sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª) de 28 de noviembre de 2007, si bien en este caso se trata de la no responsabilidad de la Administración pública, aunque el supuesto nos parece trasladable a los padres. El Tribunal con buen criterio resuelve que no se puede hablar de la responsabilidad de la Aministración pública señalando en el fundamento jurídico tercero que "La joven, como ocurre con cierta frecuencia a su edad, tiene un problema de bulimia, en la misma medida en que otras jóvenes sufren de anorexia. Pero que esto sea así, es algo por completo ajeno a las responsabilidades de un centro docente. En el mejor y más directo caso, sería responsabilidad de los padres. Si estos no han advertido el problema, ¿cómo puede pedirse que lo adviertan los profesores? La función de éstos en enseñar" (JUR 2008, 1333177).

o el propio menor que al ir creciendo va adquiriendo mayor madurez y con ella mayores cotas de autodeterminación[19], los causantes de ese daño, pudiéndonos encontrar ante un caso de concurrencia de causas o de culpas.

1. Daños derivados del consumo de alimentos en mal estado

Otro tanto sucede cuando los progenitores hayan proporcionado a sus hijos comidas en mal estado, en cuyo caso, antes de plantearnos si la conducta de los padres fue culposa, a su vez deberíamos establecer diferencias. Por un lado, si se tratase de intoxicaciones alimentarias, por ejemplo, ante la presencia de una bacteria como la salmonella, a su vez habría que distinguir según que el alimento hubiera sido elaborado por ellos mismos o por un tercero. En el primer caso estaríamos ante lo que se ha denominado un riesgo general de la vida, dentro de los criterios de imputación objetiva de la responsabilidad, dado que en la vida de relación, toda actividad lleva consigo la creación de riesgos, es decir, de probabilidades de que se produzcan resultados dañosos que todos los seres humanos deben asumir por el propio beneficio que les supone formar parte de un cuerpo social[20] y, en el segundo caso, estaríamos ante un caso fortuito.

De otra parte, si los padres ofrecen a sus hijos alimentos que han rebasado la fecha de consumo tope o productos que no han pasado los controles oportunos, por ejemplo por haber sido adquiridos en lugares que no cumplen con los requisitos sanitarios oportunos, no estarían cumpliendo con la diligencia media y en esos casos sí que podría exigírseles la reparación del daño, incluso porque su conducta podría ser considerada dolosa (se han podido representar las consecuencias de tomar ese producto caducado o comprar de alguien que no ofrece garantías para manipular alimentos y las aceptan). Lo anterior, claro está, en el caso de que se pudiera probar con claridad cuál fue el origen del daño y de que, efectivamente, ese daño fuera susceptible de resarcimiento porque se dan los requisitos legales para ello.

2. Daños derivados de la ingesta de alimentos contraindicados

Algo similar sucede cuando los hijos menores toman alimentos o bebidas contraindicados para su salud, bien porque los padres dejan a su alcance medicamentos o bebidas alcohólicas, bien porque toman estupefacientes directamente o introducidos en alimentos (como en algunos casos de los que

19 Cuando el menor fuma o se droga nos encontramos ante un comportamiento autolesivo, es decir, se convierte en víctima de sí mismo, Bausilio, G.: "Gli adolescenti", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilitá fmiliare. Affido, Adozione* (dir. da P. Cendon), Cedam, Milani, 2011, p. 664.

20 De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva hay un nivel de riesgo permitido, por debajo del cual el daño no es imputable objetivamente a la actividad creadora del riesgo, Peña López, F.: «El alcance del principio de los "riesgos generales de la vida" como criterio de exclusión de la responsabilidad civil», en AA.V.: *Derecho de daños* (coord. por M. J. Herrador Guardia), Sepin, Madrid, 2011, pp. 149 y ss.

hemos tenido noticia a través de los medios de comunicación por la ingesta de galletas de hachís o magdalenas de marihuana), o cuando por ejemplo siendo el hijo diabético los padres no procuran que la dieta se acomode a sus necesidades alimenticias. Estos casos difícilmente van a poder ser calificados como de descuido, quedando clara la conducta dolosa de los progenitores.

Efectivamente, en el caso de las bebidas alcohólicas, se constata un claro comportamiento negligente por parte de los padres. En segundo lugar, las galletas o magdalenas "diferentes" que en ocasiones han consumido algunos menores, también darían lugar a una responsabilidad derivada cuando menos de la culpa grave de los padres. Como en el reciente caso de una niña de año y medio y su madre, ingresadas en un hospital de Girona por intoxicación tras ingerir unas galletas que contenían marihuana[21]. Similar es el caso de una niña de nueve años, que fue ingresada por comer magdalenas que también contenían marihuana y que habían sido compradas por su padre a unas vendedoras ambulantes en una feria artesanal. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, aquí los padres no sabían que los dulces contenían droga y los Mossos localizaron a las vendedoras que fueron denunciadas por un delito contra la salud pública y otro de lesiones al no haber informado al padre de la menor de las sustancias psicotrópicas que contenían dichas magdalenas[22].

También en estos casos entra en juego la edad de los menores. Así, en A Coruña la policía detuvo a un joven acusado de vender marihuana y hachís a menores en las inmediaciones de sus centros educativos. La investigación se inició cuando una menor tuvo que ser hospitalizada tras sufrir una intoxicación por haber comido unas galletas de hachís que le había dado un compañero de clase y que, según la Policía Nacional, habían sido elaboradas por ese alumno tras comprarlo al joven que acudía diariamente al colegio para vender[23]. En este caso, además, tendríamos en cuenta la responsabilidad de quien vende la droga, la responsabilidad de los padres del menor que elabora las galletas, así como también en su caso la del centro docente, por la vía civil (art. 1903.C CC) o por la vía de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 61.3 LORPM).

21 Ante lo que parece un comportamiento negligente por parte de la madre, los Mossos d'Esquadra están investigando la procedencia de las galletas dado que la madre asegura que no son suyas y que no sabe cómo aparecieron en su cocina, disponible en https://www.antena3.com/noticias/sociedad/nina-ano-madre-intoxicadas-ingerir-gallegas-marihuana_201808295b866cd10cf2710aaaf3873c.html (consulta de 20-08-2018).

22 Disponible en http://www.elmundo.es/cataluna/2014/05/03/5364c89122601d34458b456e.html (consulta de 12-05-2018).

23 Otros estudiantes del centro que también habían ingerido estos dulces sufrieron intoxicaciones, según el informe de la Policía Nacional, aunque solo una tuvo que ser hospitalizada por ello, disponible en https://www.laopinion.es/sucesos/2013/12/23/ingresada-nina-comer-galletas-hachis/516906.html (consulta de 12-05-2018).

Igualmente, en el caso del no cumplimiento de unas prescripciones médicas de carácter alimentario que son fundamentales para el bienestar del hijo ya que de lo contrario se pondría en peligro incluso su propia vida, la conducta sería dolosa y nos acercaríamos al tipo penal.

3. Daños derivados de la dieta alimenticia

Como no es necesario insistir en la importancia que tiene para una buena salud una alimentación sana y equilibrada, nos detendremos en la consideración de los daños derivados de las dietas alimenticias.

No es lo mismo alimentación que nutrición. Las personas necesitamos materiales con los que construir o reparar el propio organismo, energía para hacerlo funcionar y reguladores que controlen ese proceso. Para ello necesitamos un grupo de sustancias conocidas como nutrientes: lípidos, hidratos de carbono, proteínas, vitaminas, minerales y agua. Estos materiales forman parte, en mayor o menor proporción, de los alimentos, que son las sustancias naturales o artificiales, que ingerimos mediante la comida. Por otro lado, la alimentación es el conjunto de acciones que permiten la introducción en nuestro organismo de alimentos. Donde termina la alimentación empieza la nutrición, es decir, ésta comienza cuando los alimentos entran en el aparato digestivo[24].

El término dieta hace referencia al hábito alimenticio de una persona. No existe un solo tipo de dieta, sino que existe una gran variedad. La elección de los alimentos depende de diversos factores como la religión, la cultura, los recursos económicos y geográficos, entre otros, y forman parte de la cultura de cada lugar, aunque hoy en día están sujetas a otras variables como las modas, formas de vida alternativas, etc[25].

En algunos casos las creencias religiosas privan de ciertos alimentos. El ayuno y la restricción alimentaria han sido prácticas habituales para conseguir la perfección del espíritu. En ocasiones la restricción se refiere al consumo de un alimento o bebida y en otros al ayuno durante un periodo concreto, por ejemplo, la mayoría de hindúes no come carne de res y algunos nunca comen alimentos de origen animal, excepto la leche y derivados lácteos, ya que su religión les prohíbe sacrificar animales; la religión católica limita el consumo de carnes rojas durante el tiempo de cuaresma; los protestantes no ingieren bebidas alcohólicas; los mormones no toman carne ni bebidas alcohólicas o con cola; la religión islámica, practicada por

24 La alimentación es un acto voluntario mientras que la nutrición es un acto involuntario, de ahí la importancia de la correcta elección del tipo de alimentos y cantidad que introducimos en el organismo. De ello dependerá una correcta nutrición y en consecuencia una buena salud, así, Campillo Álvarez, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 29-30.

25 En el mismo sentido, Simón Magro, E. y Zabala Letona, A.: "Hábitos dietéticos", cit., p. 397.

una parte importante de la población inmigrante, obliga a consumir alimentos Halal[26].

Con todo, no nos detendremos en estos condicionantes religiosos dado que, salvo en situaciones muy extremas, no influyen decisivamente en la salud de los menores. Lo que sí merece nuestra atención son los tipos de dietas alimenticias, si bien no pretendemos llevar a cabo un análisis exhaustivo de todos los tipos de dietas que hay, sino sólo aproximarnos a las categorías principales diferenciando la dieta omnívora, que es la más común porque en ella se consumen alimentos de todo tipo, tanto de origen animal como vegetal, de lo que podríamos llamar dietas alternativas en el sentido de que se alejan de los patrones dietéticos convencionales.

Dentro de las llamadas dietas alternativas, en las dietas vegetarianas no se incluyen productos de origen animal y en algunos casos ni siquiera sus derivados, como el huevo, la leche o la miel[27], siendo en ellas fundamental el consumo de alimentos de origen vegetal (frutas, verduras, legumbres, hortalizas, semillas, granos, etc.). Por eso distinguimos entre quienes no admiten ninguna ingesta de productos de origen animal ni de sus derivados, que serían los vegetarianos estrictos o vegetarianos puros (también denominados veganos); los que consumen miel, huevos y lácteos (apiovolactovegetarianos); aquellos que sí consumen leche (lactovegetarianos); los que consumen huevos (ovovegetarianos); los que consumen tanto leche como huevos (ovolactovegetarianos) y, por último, los que únicamente comen fruta, que son los que practican el frugivorismo. Por otro lado, tenemos el crudismo, crudivorismo o alimentación crudista, donde se toman los alimentos sin cocinar, no procesados y orgánicos. Aunque el crudismo implica la ingesta de todo alimento que sea crudo, vegetal o animal, en la actualidad la inmensa mayoría también son vegetarianos (crudivegetarianismo) o directamente veganos (crudiveganismo). Por último, la alimentación macrobiótica consiste en atender las particularidades de cada alimento para obtener la libertad de utilizarlos según los objetivos y necesidades personales[28].

Además, en estos tipos de dieta influyen factores de tipo psicológico: los hábitos son una parte importante de la conducta humana, lo que implica que la alimentación humana no es solo una cuestión fisiológica, sino que se incluye en el

26 Un alimento es Halal cuando no presente en su composición ingredientes o sustancias provenientes de animales prohibidos en el Corán, y además los animales deben ser sacrificados como indican las leyes islámicas. Además, durante el Ramadán, practicado por muchos inmigrantes musulmanes, la abstinencia incluye un concepto más amplio que el ayuno de alimento y bebida durante todo el día, ya que por ejemplo se eliminan los actos sociales, Simón Magro, E. y Zabala Letona, A.: "Hábitos dietéticos", cit. p. 397.

27 Entre otros, Sabaté, J.: *Nutrición vegetariana*, Safelix Científica, Toledo, 2005, p. 175.

28 Simón Magro, E. y Zabala Letona, A.: "Hábitos dietéticos", cit., p. 396.

campo psicosocial. Los cambios en el modelo dietético elegido persiguen un estilo de vida que incluye una supuesta coordinación de cuerpo mente y espíritu[29].

En todo caso, consideramos que en este terreno hay que contar con grandes dosis de sentido común, pues en ocasiones se consumen tantos productos animales que se llega a poner en riesgo la propia salud, incluso más que si se sigue una dieta vegana, pero del mismo modo que en tal caso la respuesta no puede ser la de suprimir toda ingesta de productos animales sino comerlos en su justa cantidad, el mismo criterio de sensatez ha de imperar en torno a los complementos nutricionales y controles médicos de las dietas vegetarianas.

A) Dietas altas en grasas saturadas. La obesidad entre niños y adolescentes

En nuestro entorno sociocultural actual, las posibilidades para elegir los alimentos son ilimitadas, con una oferta muy variada. Hoy en día el problema no es la escasez, sino el exceso. En la sociedad sedentaria e hipernutrida en la que vivimos nos preocupan las alteraciones cardiovasculares, la obesidad, la elevación del colesterol en sangre, las diabetes, la hipertensión arterial, el riesgo de infarto de miocardio y cerebral y síndrome metabólico, todo ello relacionado con la alimentación[30].

Como hemos señalando con anterioridad, los alimentos no sólo son una fuente de nutrientes, sino que también reflejan importantes cuestiones culturales, sociales, económicas[31], religiosas, etc. Otros factores que condicionan el consumo de alimentos serían el ritmo de trabajo de los progenitores, la incorporación de las mujeres al mercado laboral, el aumento de la escolarización, la utilización de los comedores de los centros docentes o la excesiva publicidad de los medios de comunicación incitando al consumo de alimentos poco saludables[32].

El seguimiento de una dieta equilibrada es beneficioso para evitar la aparición o coadyuvar en el tratamiento de enfermedades de elevada prevalencia en los países desarrollados, como son la obesidad, diabetes, hipertensión, cáncer, etc. A pesar de que de que el modelo dietético español se ha caracterizado por la dieta mediterránea, que es uno de los patrones más saludables del mundo, se observa una transformación de nuestros hábitos de consumo hacia otros más inadecuados[33]. Esos hábitos se han ido modificando en los últimos años y la alimentación tradicional se está viendo desplazada por otro tipo de alimentación en la que

29 *Idem*, p. 397.

30 Así, Campillo Álvarez, J. E.: *Alimentación: Ciencia, tradición y salud*, Arán, Madrid, 1997, pp. 21-22.

31 Desgraciadamente los factores económicos pueden condicionar la alimentación, en este caso deficitaria, de los hijos, pero no vamos a entrar ahora en este tema y nos remitimos a las ayudas que al menos en nuestra sociedad pueden recabarse.

32 Simón Magro, E. y Zabala Letona, A.: "Hábitos dietéticos", cit., pp. 395 a 396.

33 *Idem*, p. 395.

abundan las grasas y se come en exceso aunque con menor riqueza nutricional, lo cual supone un verdadero riesgo para la salud, al conducir hacia un incremento de la obesidad infantil y adolescente[34]. A tal fin consideramos conveniente una reflexión acerca de los factores que condicionan la elección de alimentos y sobre si la obesidad de los niños es responsabilidad de sus padres. La obesidad, además de traducirse en un problema para la salud, supone la disminución de la autoestima y la posible depresión del menor; efectivamente, además de los aspectos comunes a la obesidad en cualquier edad, relacionados con el aumento de la morbimortalidad a corto y a largo plazo, se añaden los aspectos asociados al impacto negativo en el desarrollo psicosocial del adolescente, que presenta más riesgo de inestabilidad emocional, ansiedad, introversión, pasividad, aislamiento social, y rechazo hacia actividades relacionadas con el ejercicio físico[35].

Llegados este punto no podemos admitir de entrada una afirmación de ese calibre, dado que habría que estar al caso concreto para conocer el tipo de causa que ha originado la obesidad. En algunos casos factores genéticos son los condicionantes de la misma, si bien es cierto que la obesidad se origina principalmente por el desequilibrio entre la ingesta y el consumo calórico, es decir, entre las calorías que se toman con los alimentos y bebidas, y las que se gastan con la actividad física. Efectivamente, la obesidad está relacionada con las dietas hipercalóricas y la disminución progresiva de la actividad física[36]. Este desajuste entre los ingresos y el gasto de calorías, no tiene mayores consecuencias si es esporádico, sino cuando tiene lugar día tras día, y aquí entraría la responsabilidad de aquellos padres que no hacen nada para evitarlo, bien por desconocimiento de las causas o de las consecuencias de la obesidad, bien simplemente porque se desentienden del problema. Lo que sí parece que entraría dentro del ámbito de control de los padres sería el control del ejercicio o actividad física de sus hijos menores.

Concluimos este apartado con dos paradojas. Por un lado, los medios de comunicación y las campañas publicitarias promueven un ideal de belleza que no se alcanza con los hábitos y alimentos que muestran. Y, por otro lado, aumentan al mismo tiempo la incidencia de sobrepeso y obesidad, y la incidencia de los comportamientos relacionados con la pérdida de peso y la no aceptación de la

34 Los niños españoles también sufren obesidad. Según el Estudio ALADINO 2015, de los 10.899 niños de seis a nueve años de todas las Comunidades Autónomas que fueron estudiados entre noviembre de 2015 y marzo de 2016, el 23,2% presenta sobrepeso y el 18,1% obesidad, datos que, aun siendo altos, muestran una tendencia decreciente con respecto a estudios anteriores, vid. Estudio de Vigilancia del Crecimiento, Alimentación, Actividad Física, Desarrollo Infantil y Obesidad en España 2015. Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2016, pp. 17-18.

35 Moreno Aznar, L. A., Rodríguez Martínez, G., Bueno Lozano, G.: "Nutrición en la adolescencia", en AA.VV.: *Tratado de nutrición, Tomo III, Nutrición humana en el Estado de Salud* (dir. por A. Gil), Editorial médica panamericana, Madrid, 2010, p. 270.

36 *Idem*, cit., p. 270.

imagen corporal. Cuando el dintel del peso es muy bajo o la imagen corporal está distorsionada, la situación puede desembocar en bulimia, anorexia o en sus formas parciales o mixtas[37]. Por lo tanto, la responsabilidad va mucho más allá, supera a la propia responsabilidad de los padres, ya que son factores externos los que se convierten muchas veces en los desencadenantes de los trastornos alimentarios.

B) Dietas vegetarianas y veganas

Estamos asistiendo a un incremento considerable de personas que siguen una dieta vegetariana o vegana (que, como sabemos, es un tipo de dieta vegetariana). Ante esa evidencia nos preguntamos qué ocurre con los menores de edad, es decir, nos surge la duda de si una dieta que no incluya una alimentación variada es adecuada para ellos.

La Asociación Americana de Dietética (ADA) define la alimentación vegetariana como la que excluye carnes de todo tipo y sus derivados. Este tipo de alimentación, siempre y cuando esté bien planificada, puede ser apropiada para todas las etapas del ciclo vital, incluido el embarazo, la lactancia, la infancia y la adolescencia, llegando incluso a ofrecer múltiples beneficios para la salud por su bajo consumo en grasas saturadas y colesterol, su alto aporte de fibra y por el control de las calorías que se ingieren, así como por la prevención y el tratamiento de ciertas enfermedades[38].

Sin embargo, teniendo en cuenta las necesidades nutricionales que implican el crecimiento y desarrollo de los menores, este tipo de alimentación ha de estar cuidadosamente planificada para evitar carencias. Por ejemplo, es recomendable que los vegetarianos estrictos (veganos) consuman alimentos ricos en hierro, proteínas, zinc, calcio y ácido fólico y reforzados con vitamina D y vitamina B12 o tomen suplementos dietéticos. Además, no debemos incurrir en errores que puedan implicar carencias nutricionales, y hay que persuadir a los padres en caso de ser necesario abandonar ciertas prácticas si constituyen un riesgo para sus hijos[39].

Con todo, se alzan posturas en contra de la alimentación vegetariana para niños, al considerarla una dieta incompleta para ellos. Sin duda se trata de un tema sembrado de polémica que cuenta con opiniones contrapuestas[40].

---

37 *Ibidem.*

38 Raspini, M., Stábile, V., Dirr, A., Di Iorio, A.: *Alimentación del Niño sano*, Universidad Fasta, Mar del Plata, 2010, p. 61.

39 *Ibidem.*

40 Como en el caso de Tom Tom Watkins, el niño crudivegano holandés protagonista de los documentales *Raw* y *Rawer* cuya madre, Francis Kenter, decidió alimentarle con la dieta crudivegana desde los cinco años. Al presentar un crecimiento más bajo de lo normal los servicios sociales pusieron de manifiesto su deficiente nutrición y trataron de privar a la madre de la custodia de su hijo, ante lo cual la propia madre no entendía por qué querían privarle de la patria potestad mientras se permite que la mayoría de padres alimenten

Tenemos claro que una dieta vegetariana puede ser completa si se combina adecuadamente, existe variedad de alimentos vegetales y se complementa con algún suplemento nutricional. Lo ideal sería que, tratándose de menores de edad, al menos siguieran una dieta ovolacto-vegetariana, ya que en edades tempranas la dieta vegana puede alterar la biodisponibilidad de los nutrientes y derivar en una carencia de aminoácidos claves, vitaminas y oligoelementos.

Con todo, es un tema que genera controversias, porque si los adultos son libres para alimentarse cómo consideren, ello no es trasladable a sus hijos. De hecho, en el año 2016 una diputada italiana presentó un Proyecto de Ley para castigar –hasta con penas de prisión– a los padres veganos que aplicasen a sus hijos la misma dieta que la de ellos mismos: hasta un año de cárcel, o dos si el niño tenía menos de tres años; pero si como consecuencia de ello se derivaba una enfermedad o lesión personal, la pena de prisión ascendería a entre dos y cuatro años. Este Proyecto preveía incluso penas de hasta seis años si se producía la muerte del menor[41]. Ello abrió un amplio debate en Italia, sin que por el momento dicho Proyecto haya visto la luz.

Surge entonces la pregunta de si los menores de edad pueden ser vegetarianos y la respuesta es que sí, e incluso veganos, pero no en todo caso, sino sólo cuando estén planificadas de manera adecuada. Y ello siendo conscientes de que tradicionalmente ha existido la creencia de que una dieta vegetariana, y más aún una dieta vegana, no garantizaba las necesidades nutricionales y energéticas de los menores, lo cual hoy ha dejado de ser un temor, ya que ya las proteínas que ofrecen las legumbres, los frutos secos, las semillas y algunos cereales como el trigo, la avena y la quinoa, son de la misma calidad que las de la carne y, en todo caso los padres o tutores tienen que vigilar la nutrición y en su caso complementarla con aportes vitamínicos. Aun así, insistimos en que las dietas veganas son quizá demasiado restrictivas y por ello desaconsejables para los menores, ya que los controles médicos y aportes nutricionales pueden incluso llegar a hacer desaconsejable ese tipo de alimentación.

a sus hijos con comida basura. Disponible en https://elcomidista.elpais.com/elcomidista/2013/11/05/articulo/1383631200_138363.html (consulta de 30-05-2018).

41 Dicho Proyecto fue presentado en el Parlamento por el partido de centro-derecha, Forza Italia, en concreto por la diputada Elvira Savino, quien incluso citaba los principios de la Constitución italiana y afirmaba que su Proyecto de ley tiene el objetivo de "estigmatizar definitivamente las conductas alimentarias incautas y peligrosas impuestas por padres o quienes ejerciten sus funciones, que ocasionan daños a menores de edad". La llamada "Ley Savino" también pretendía evitar situaciones trágicas desde que en Italia ha habido ingresos hospitalarios de niños veganos por la dieta estricta a la que le sometían sus padres, como Chiara, de dos años de edad, hospitalizada en Génova en condiciones gravísimas, al llegar al hospital con un peso notablemente inferior al que le correspondía y con la hemoglobina muy baja, lo cual sumado a las carencia de vitaminas la situaba en un alto riesgo de sufrir importantes daños neurológicos y musculares. O también otro niño de un año ingresado en estado grave en un hospital Milán, con un nivel de calcio en la sangre "al límite de la supervivencia" y una cardiopatía, así como un peso equivalente a un bebé de tres meses, disponible en http://www.abc.es/sociedad/abci-padres-impongan-dieta-vegana-hijos-podrian-carcel-201608102217_noticia.html (consulta de 5/05(2018).

En cualquier caso, la alimentación de un niño vegetariano dependerá de su edad. En los primeros seis meses de vida se recomienda la lactancia materna exclusiva (o con leche de fórmula)[42], al igual que en el caso de las familias no vegetarianas. A partir de los seis meses se introducen los alimentos sólidos: verduras, frutas, hortalizas, y legumbres. Entre los siete y ocho meses se recomienda incorporar frutos secos que son ricos en proteínas, grasas, vitaminas y minerales. Desde los dos años de vida la alimentación del niño debería comenzar a parecerse a la del resto de la familia. Pero en todo caso sin olvidar que los vegetarianas, necesitan suplementos y, además, en el caso de los adolescentes hay que estar atentos porque se han detectado algunos casos en que escogen una dieta vegetariana para camuflar un desorden alimentario preexistente.

Incluso, podríamos hablar de daños prenatales cuando la conducta perjudicial de la madre por los alimentos o bebidas que toma pueden afectar a la salud de su hijo. Cuando el daño derive de una conducta absolutamente imprudente o temeraria de los progenitores (drogodependencia de las madres, ausencia de exámenes prenatales idóneos para diagnosticar una enfermedad que hubiera podido ser tratada, alimentación inadecuada), no existen obstáculos para reconocer al hijo el derecho de resarcimiento del daño sufrido[43].

Como hemos dicho, aun siendo conscientes de que los efectos de estas dietas a largo plazo son en su mayoría positivos, en algunos casos los padres no son todo lo diligentes que cabría esperar y sus hijos pueden sufrir daños desde el instante en que estas dietas pueden provocar en los menores falta de hierro, calcio y vitaminas.

En tales casos, por lo que se refiere al criterio de imputación, existe una discusión entre quienes sostienen que los padres, una vez que se den los requisitos para ello, responden solo por dolo (o culpa grave, aunque aquí también hay polémica en torno a si son lo mismo o no), y quienes en cambio estiman que el requisito de la intervención de culpa o negligencia contenido en el art. 1902 CC comprende tanto la actuación dolosa como culposa. En definitiva, se trata de averiguar si hay una sola forma posible de imputar subjetivamente la acción u omisión al sujeto que la ha realizado (daños causados interviniendo dolo) o por el contrario cabe tanto el comportamiento doloso como el culposo[44].

De modo que ¿el dolo o la culpa grave son los únicos criterios de imputación de responsabilidad familiar o la responsabilidad también se extiende a otros casos

42 Las familias veganas que prefieran evitar las fórmulas convencionales derivadas de la leche de vaca, pueden optar por otras fórmulas de soja o arroz hidrolizado.

43 Sesta, M.: "Infracción de los deberes", cit., p. 429; Rescigno, P.: "Il danno da procreazione", *Riv. Dir. civ.*, 1956, núm. 1, p. 614.

44 Barceló Doménech, J.: "El criterio de imputación", cit., pp. 86-87.

de conducta negligente? Para ello, ante la ausencia de normas específicas, acudimos a los arts. 1902 y 1104 CC.

Nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual en el art. 1902 CC se refiere a la culpa sin hacer mayores concreciones, es decir, alude a la culpa en sentido amplio, lo que significa que engloba tanto el dolo como la culpa en sentido estricto o negligencia. A ello hay que añadir que el art. 1104 CC, en sede de responsabilidad contractual, donde se establece que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y que cuando la obligación no se refiera a la diligencia exigible, se exigirá la del buen padre de familia.

No hay base legal para sostener que la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares queda limitada al dolo (y culpa grave). Es cierto, y la realidad así lo demuestra que este tipo de daños suelen venir causados por una conducta dolosa, pero son censurables las resoluciones jurisprudenciales que exigen el dolo y no argumentan los motivos por los que la culpa no puede dar lugar a la obligación de indemnizar[45].

Y como en el dolo no hay referencia al modelo de conducta, al contrario de lo que ocurre en la culpa, con ello incorporamos el art. 1104, pues a falta de reglas especiales, la negligencia debe entenderse como se señala en el art. 1104 CC. Ello supondría que la diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual, es la del "buen padre de familia" adaptada a las circunstancias del caso. Se parte de un modelo ideal, abstracto (1104.2 CC), que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas tiempo y lugar (1104.1 CC). Es el momento de juzgar los intereses y bienes protegidos, las cualidades del dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto[46].

Un criterio privilegiado y distinto al general de los arts. 1104 y 1902 CC es una opción de política legislativa, pero hoy lo único cierto es que carece de respaldo en nuestro ordenamiento. Se debe por tanto considerar suficiente el comportamiento culposo, si bien hay que reconocer que su papel puede ser limitado pues se trata de un campo en el que las cosas difícilmente suceden por descuido, sin que ninguna razón existe para negar de entrada tal posibilidad[47].

45 Idem, pp. 295-296 y p. 119.

46 Barceló Doménech, J.: "La responsabilidad por dolo", cit., pp. 297-298.

47 Barceló Doménech, J.: "El criterio de imputación", cit., p. 124,Barceló Doménech, J.: "La responsabilidad por dolo", cit., pp. 302-303.

A tenor de lo anterior, ante la afirmación de que los padres sólo responden de los daños causados en la salud o integridad física de sus hijos menores por culpa leve, estaríamos elevando de forma considerable el nivel de diligencia que les resulta exigible, mientras que, por el contrario, si sólo respondieran por culpa grave, estaríamos siendo más flexibles que la propia norma al considerar que la diligencia exigible es mucho menor.

Por lo tanto, si nuestro Código civil no diferencia ni gradúa la culpa, sino que se limita a remitir a ese modelo de conducta, nos acogemos al concepto de culpa que recoge el Código civil en el art. 1902 CC. No hay razones sufientes que avalen un tratamiento benévolo a favor de los progenitores que causan daño a la salud de los hijos menores, ya que ni lo dice nuestro Código civil, ni razones como la del quebrantamiento de la paz o la estabilidad familiar hoy en día son suficientes[48]. En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos ningún apoyo legal que permita sostener que el daño ocasionado en el contexto familiar solo sería indemnizable en caso de dolo[49].

Nos abrimos paso en un terreno de arenas movedizas y la decisión a favor de extender la responsabilidad civil a las relaciones familiares no siempre termina de convencernos. Sin embargo, en el momento actual, dada la evolución doctrinal y jurisprudencial, y sin perjuicio de una intervención del legislador que pueda adoptar una posición concreta, entendemos que lo más correcto es aplicar la parte general de la responsabilidad civil (arts. 1.104 y 1.902 CC) y no vemos razones que permitan exonerar si no concurre el dolo y la culpa grave, dejando sin reparación otras negligencias[50].

A ello hay que añadir que, hoy por hoy, con la Constitución española en la mano, lo relevante se reconduce a constatar si la actuación de los progenitores lesiona algún interés protegido en la Constitución[51], como así sucede en este caso con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE, dentro del capítulo II "Derechos y libertades", sección 1ª "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"), con el derecho a la salud (art. 43 CE, dentro del capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica"), y con el principio de protección integral de los hijos (art. 39 CE también dentro del capítulo III).

En efecto, tal y como resume M. Sesta, para poder hacer recaer la responsabilidad de los padres por daño no patrimonial en favor de sus hijos, aquéllos han de haber

48 Lopez Sánchez, C: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AA.V.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 289-290.

49 Así, Barceló Doménech, J.: "El criterio de imputación", cit., pp. 115-116.

50 En el mismo sentido, Barceló Doménech, J.: "La responsabilidad por dolo", cit., p. 302.

51 Sesta, M.: "La filiazione", cit., p. 76.

lesionado los intereses protegidos en la Constitución, es decir, que su conducta sea lesiva del derecho al mantenimiento, educación, instrucción, salud o identidad personal del hijo (art. 30 de la Constitución italiana)[52], en definitiva, al "deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos". Y, de forma secundaria, dicha conducta ha de suponer una lesión de cierta entidad, no pudiendo pretender el hijo un resarcimiento por meras inconveniencias, problemas o decepciones, procesos de ansiedad o cualquier otro tipo de insatisfacción relativo a los más dispares aspectos de la cotidianeidad[53].

4. La edad de los hijos y la capacidad para tomar decisiones

Como apuntábamos al principio, resulta necesario atender a la capacidad natural del menor antes de declarar un responsable civil como consecuencia de la ingesta de alimentos. En materia de salud el derecho a la autonomía de los menores de edad se encuentra ligado al consentimiento informado, por lo que expresa o implícitamente se ha venido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos la idea de una "mayoría anticipada para el acto médico" que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de alcanzar la mayoría de edad generalmente recogida en las leyes[54]. Aunque en este trabajo no vamos a referiros al consentimiento informado, no está de más recordar que 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, en su art. 9.3.c) establece que cuando se trate de menores con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, posibilitando incluso que los menores con suficiente capacidad puedan decidir por sí mismos, aunque no tuvieran dieciséis años. Una interpretación *a contrario* de este artículo, conduce a que si el menor tiene suficiente madurez para comprender el alcance del tratamiento o intervención podrá prestar su consentimiento, incluso por debajo de la edad fijada[55], lo que no siempre será fácil de saber. La fórmula empleada por el art. 9.3.c de la Ley 41/2002 es demasiado amplia y general al no concretar una edad fija[56], lo cual nos obliga a comprobar en cada caso si el menor reúne las condiciones de madurez. Y si el menor tuviera

52 *Vid*. Sesta, M.: "Infracción de los deberes", cit., pp. 432-433.

53 El daño moral es el sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad. En los últimos años se ha venido haciendo un uso inadecuado del mismo, habiendo llegado a hablarse de la "trivialización" y la "deformación" del daño moral, Díez Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 13.

54 Así, Fama, M. V.: «"Vivir y dejar morir…" El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-I, p. 170.

55 En el mismo sentido, Rodríguez Guitián, A. M.: "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, 2011, p. 785.

56 En este sentido, Rodríguez Guitián, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Civitas, Cizur Menor* (Navarra), 2009, p. 203.

dieciséis años, será él mismo quien preste el consentimiento señalando el art. 9.3.c) *in fine* de la Ley 41/2002 que en caso de actuación de grave riesgo para la salud del menor, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la adopción de la decisión. Se trata de un supuesto excepcional que pretende compatibilizar el derecho a la intimidad del menor –menor maduro– con el deber de sus representantes legales –padres o tutor– de velar por él[57].

Lo anterior corrobora el hecho de los menores a partir de cierta edad tienen suficiente autonomía para llevar a cabo ciertos actos, también en relación con la alimentación. De ahí que, si se les reconoce cierta capacidad de autodeterminación, no es lógico permitirle que traslade contra sus progenitores la responsabilidad derivada de los daños resultantes de esa elección para la que previamente se les ha reconocido capaces. Habrá que atender a factores como la edad, inteligencia, madurez, personalidad, educación, situación familiar, el medio social en el que vive, etc. Si se confiere al menor una verdadera autonomía en el ejercicio de sus derechos, desde el momento en que es considerado capaz para valorar razonablemente sus intereses, con más motivo para elegir su alimentación.

La capacidad natural deja al descubierto que entre la incapacidad y la capacidad de obrar existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada, en el sentido de que, aunque la plena capacidad de obrar se adquiere, con carácter general, al cumplir los dieciocho años, el propio Código civil reconoce capacidad al menor para la realización de determinados actos. Como consecuencia de ello resulta fundamental saber si el menor puede entrar a formar parte del proceso de toma de decisión en temas relacionados con su estado de salud, pues en caso afirmativo no podrá reclamar nada a sus padres por los daños que pudieran derivarse de la actuación médica. En concreto, según el art. 162.2 CC "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo".

De donde concluimos que cuando el menor esté dotado de capacidad natural para ello, no será posible pretender de los progenitores ninguna indemnización por los eventuales daños sufridos a consecuencia de una elección alimentaria.

De modo que, como el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002 por un lado otorga capacidad de decisión suficiente al menor emancipado o, en todo caso, a partir de los dieciséis años e incluso por debajo de edad si tuviera suficiente capacidad y, por otro lado, establece que en caso de grave riesgo los padres deberán ser informados, nos preguntamos qué sucedería si hubiera discrepancia entre la

57 *Ibidem.*

opinión del menor y sus progenitores. Con arreglo a una interpretación literal del artículo parece que ha de prevalecer la voluntad del menor[58]. Es decir, si se produce un conflicto entre la voluntad de un menor al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres, la voluntad del menor prevalecerá sobre cualquier otra, no sólo porque lo exprese el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, sino también porque así se desprende del art. 162 excepción 1ª del Código civil, a tenor del cual quedan fuera de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pudiera realizar por sí mismo.

¿Esto último sería trasladable a las dietas que decide adoptar un menor que tenga suficiente capacidad? Es decir, en caso de conflicto en cuanto a la alimentación de los menores, ¿qué ha de prevalecer? ¿el criterio de los progenitores o el del propio menor? En todo caso, a tenor del art. 154 in fine CC "Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten" y que "Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad". Criterios de sensatez son los que deberían imperar en torno estos casos y, a falta de ellos, cabe la posibilidad de recabar el auxilio judicial por parte de los padres, así como también, desde el otro lado, interponer una demanda de responsabilidad civil por daños ocasionados a la salud de los hijos como consecuencia de una inadecuada alimentación.

58 Rodríguez Guitián, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia*, cit., p. 202.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza Navarro, M. L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural, en AA.VV.: *Daños en el Derecho de familia* (coord. por J. R De Verda y Beamonte), Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 41-78.

Barceló Doménech, J.: "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar", en AA.VV.: en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 79-128.

Barceló Doménech, J.: "La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, núm. 4-3, pp. 284-309.

Bausilio, G.: "Gli adolescente", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilitá fmiliare. Affido, Adozione* (dir. da P. Cendon), Cedam, Milani, 2011, pp. 635-665.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *La Ley* 2007-II, pp. 1658-1671.

Fama, M. V.: «"Vivir y dejar morir…" El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-I, pp. 155-179.

Ferrer Riba, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret* 4/2001, disponible en http://www.indret.com

González Beilfuss, C. y Navarro Michel, M.: "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)", *RJC*, 2010, núm. 3, pp. 805-832.

Lopez Sánchez, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247 a 293.

Martín Casals, M. y Ribot, J.: "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, vol. LXIV, 2011, núm. 2, pp. 503 a 561.

Medina, G. y Hooft, I.: "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y

canadiense)", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez*, Santa Fe, 1990, pp. 231-282.

Moreno Aznar, L. A., Rodríguez Martínez, G., Bueno Lozano, G.: "Nutrición en la adolescencia", en AA.VV.: *Tratado de nutrición, Tomo III, Nutrición humana en el Estado de Salud* (dir. por A. Gil), Editorial médica panamericana, Madrid, 2010, pp. 257-288.

Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile, Giuffrè,* Milano, 1984.

Peña López, F.: «El alcance del principio de los "riesgos generales de la vida" como criterio de exclusión de la responsabilidad civil», en AA.VV.: *Derecho de daños*, (coord. por M. J. Herrador Guardia), Sepin, Madrid, 2011, pp. 141-194.

Raspini, M., Stábile, V., Dirr, A., Di Iorio, A.: *Alimentación del niño sano*, Universidad Fasta, Mar del Plata, 2010.

Rescigno, P.: "Il danno da procreazione", *Riv. Dir. Civ.*, 1956, núm. 1, pp. 614-631.

Roca Trías, E.: *Familia y cambio social (De la* "casa" *a la persona),* Civitas, Madrid, 1999.

Rodríguez Guitián, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Civitas, Cizur Menor* (Navarra), 2009.

Rodríguez Guitián, A. M.: "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, 2011, pp. 765-885.

Sabaté, J.: *Nutrición vegetariana*, Safelix Científica, Toledo, 2005.

Sáinz-Cantero Caparrós, M. B. y Pérez Vallejo, A. M.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación,* Comares, Granada, 2012.

Sesta, M.: "La filiazione", en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Filiazione, adozione, alimenti,* IV (dir. da M. Bessone e a cura di T. Auletta), Giappichelli, Torino, 2011.

Sesta, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 409-436.

Simón Magro, E. y Zabala Letona, A.: "Hábitos dietéticos y tipos de alimentación alternativa", en AAVV.: *Bases de la alimentación humana* (coord. por V. M. Rodríguez Rivera y E. Simón Magro), Netbiblo, La Coruña, 2008.

LA "DESCOMPENSACIÓN" DE LA DOBLE JORNADA LABORAL VERSUS EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL CÓNYUGE "DOMÉSTICO": NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE JURISPRUDENCIAL DEL CONTROVERTIDO ARTÍCULO 1438 CC

THE "INBALANCE" OF DOUBLE SHIFT WORKDAY VERSUS THE UNJUSTIFIED ENRICHMENT OF "DOMESTIC" SPOUSE: NEED FOR A NEW POINT OF VIEW IN THE CASE LAW OF THE SPANISH SUPREME COURT IN RELATION TO THE CONTROVERSIAL ARTICLE 1438 OF THE SPANISH CIVIL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 112-131

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El artículo aborda la discutible fundamentación de la compensación económica regulada en el artículo 1438 del Código Civil basada en el trabajo para la casa como contribución de carácter personal a las cargas del matrimonio y, en particular, la controvertida Jurisprudencia del Tribunal Supremo español -desde la Sentencia de 14 julio 2011- que olvida la "sobreaportación" de la mujer a la luz de la realidad social española.

PALABRAS CLAVE: Compensación económica; trabajo para la familia o la casa, dedicación exclusiva al hogar; régimen de separación de bienes; cargas familiares; igualdad conyugal; equidad; pérdida de oportunidades profesionales.

ABSTRACT: *The article discusses the debatable foundation of the financial compensation regulated in article 1438 of the Civil Code based on the work for the house as a contribution of personal burdens of marriage and, in particular, the controversial case law of the Spanish Supreme Court –since the leading ruling of July 14th 2011- that forgets the work represented a burden exceeding the share to be bore by that spouse considering the present Spanish social context.*

KEY WORDS: *Economic compensation; work for the family or home, full-time dedication to domestic work; separation of property regime; family responsabilities; marital equality; equity; missed career opportunities.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. LA FUNDAMENTAL FUNDAMENTACIÓN QUE DEBIERA PRESIDIR LA COMPENSACIÓN EN UN RÉGIMEN DISOCIATIVO EX ARTÍCULO 1438 CC.- 1. La relegación de la "sobreaportación" en la concesión del derecho.- III. LA INJUSTIFICADA JUSTIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL TRABAJO PARA LA CASA COMO TÍTULO PARA OBTENER UNA COMPENSACIÓN EN EL MOMENTO DE LA FINALIZACIÓN DEL RÉGIMEN: ¿CARTA BLANCA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL CÓNYUGE "DOMÉSTICO"?- IV. LA "DESCOMPENSACIÓN" DE LA DOBLE JORNADA LABORAL A LA LUZ DE LA REALIDAD SOCIAL ESPAÑOLA.- V. CONCLUSIONES.-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La igualdad y solidaridad de los esposos tanto en el plano personal como en el patrimonial distan mucho de conseguirse *de facto*, especialmente en regímenes económico matrimoniales como el de separación de bienes, en los que no parece haber un trato demasiado justo a nivel patrimonial cuando se produce la extinción del régimen y donde el cónyuge económicamente débil no participa de la prosperidad del matrimonio[1]. Sin embargo, este mismo cónyuge ha colaborado de algún modo en el desarrollo e incremento de los recursos del otro, lo que es inevitable cuando se ha producido una larga vida en común y, además, sociológicamente frecuente en países como el nuestro, en que gran parte de las esposas atienden mayoritariamente al hogar ya sea exclusivamente o compatibilizándolo con una profesión –la doble jornada laboral– pese a que se está iniciando una tímida modificación de esta tendencia, en crecimiento exponencial, en las generaciones más jóvenes-. La mujer dedicada a sus labores-que en este país todavía son muy numerosas-, que colabora con su marido en la ordenación de la economía conyugal en el ahorro y en la inversión, y que participa en la producción de la ganancia que se obtiene aun cuando la fuente directa del ingreso de ésta sea el marido, sólo ve reconocido parcialmente su derecho si demanda a su esposo la compensación establecida en el art. 1438 CC y se dan los presupuestos para que los tribunales le otorguen la razón. La mujer que se dedica

1 Montes Penadés, V. L.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia,* (dir. por M. Amorós Guardiola *et al.*), Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1.920.

• PPilar María Estellés Peralta
Agregado Doctor Acreditado de Derecho Civil de la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

al cuidado de la familia y del hogar y que participa en la producción de la ganancia con el salario de su actividad profesional, no[2].

El objeto de este estudio trata de poner de manifiesto las injustas consecuencias, por poco equitativas, originadas del controvertido entendimiento del art. 1438 CC, y su aplicación práctica, respecto de quienes sometan la economía de su matrimonio a las disposiciones del régimen de separación de bienes[3].

II. LA FUNDAMENTAL FUNDAMENTACIÓN QUE DEBIERA PRESIDIR LA COMPENSACIÓN EN UN RÉGIMEN DISOCIATIVO EX ARTÍCULO 1438 CC

El art. 1438 CC establece la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, lo que debiera ponerse en relación con los arts. 1318, 1362 y 142, 103 y 68 CC. Las posibles formas de cumplimiento de esta obligación no quedan suficientemente aclaradas en el precepto que, sin embargo, sí concede que el reparto de dichas cargas podrá ser objeto de pacto entre los esposos, incluso liberando a uno de ellos. A falta de pacto, lo cual será en la práctica más frecuente de lo deseable[4], el reparto de las cargas no se realizará por partes iguales sino proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, comprendiendo en ellos tanto capitales como rentas. A su vez, esta contribución al sostenimiento de las cargas comporta no sólo la estrictamente económica sino también su aportación en especie mediante la cesión del uso y disfrute de bienes privativos y el trabajo para la casa. Qué duda cabe que la contribución en metálico a las cargas es la forma más necesaria, habitual y lógica de contribuir mediante la aportación de los fondos necesarios para el sostenimiento de la familia. El coste de la alimentación de la familia, vestido, asistencia médica, educación, etc. no puede sufragarse si no es con aportaciones dinerarias de uno o ambos cónyuges aunque también puede contribuirse a las cargas en especie, facilitando el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer determinadas necesidades familiares, tales como la de vivienda, transporte, etc.[5]. Pero el interés de este

2 En este sentido, Diez Picazo, L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2018, p. 217 ss., para quien, además, en el régimen de *separación* de bienes la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer.

3 *Vid*. en este sentido, Estellés Peralta, P. M.: "La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 100-133.

4 Montés Penadés, V. L.: "Comentario a los artículos 1.435 a 1.444 CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, (dir. por C. Paz-Ares *et al.*), Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, t. II, pp. 865 y 866: Téngase en cuenta que el pacto sobre el reparto de las cargas matrimoniales no ha de ser necesariamente capitular y puede establecerse, incluso tácitamente, a través del comportamiento cotidiano.

5 Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, *La Ley* 3441/2010, para quien se podrá calcular esta aportación en función del precio de mercado de dicho uso, por ejemplo, el alquiler medio en la zona, o el porcentaje de amortización fiscal en el caso de un vehículo, etc.

trabajo se centra en la otra forma de contribución a las cargas del matrimonio en especie que contempla el art. 1438 y del que se deriva un derecho a exigir una compensación del otro cónyuge: el trabajo para el hogar. Nótese que con el trabajo doméstico no se cubren ni abonan todas las cargas del matrimonio mencionadas y que cada cónyuge debe colaborar como pueda en el proyecto común. Existe un infinito catálogo de necesidades familiares cotidianas que hace difícil aplicar la regla de la proporcionalidad de los recursos que establece el precepto estudiado o llevar el inventario de los gastos, dedicación, atenciones y desvelos por la familia. Pero resulta curioso, que tan sólo el trabajo doméstico –y no la contribución en metálico o bien en especie, cediendo una vivienda privativa para su uso como vivienda familiar o de segunda residencia- se tenga en cuenta para tener derecho a exigir una compensación. A mi juicio, la finalidad de la norma que trata de evitar, o en su caso, compensar, la posible "sobreaportación" de uno de los esposos en el proyecto familiar común queda desvirtuada por su criticable redacción y la posterior interpretación jurisprudencial.

1. La relegación de la "sobreaportación" en la concesión del derecho

La principal fundamentación de la compensación establecida en el art. 1438 CC debería entenderse con la finalidad de otorgar un derecho de reembolso que equilibre el exceso dedicación de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares cuando su aportación resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad[6] es decir, cuando ha existido "sobreaportación", concepto que frecuentemente invocan la doctrina y jurisprudencia para justificar la compensación. En este sentido, destaca la interesante SAP Navarra 31 julio 2003[7], que ya entendió muy tempranamente, que existe "sobreaportación" cuando el valor de la contribución de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares mediante el trabajo para el hogar, resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad, por lo que se genera a su favor un derecho de reembolso del exceso cuando se extingue el régimen económico matrimonial para evitar casos de enriquecimiento injusto[8].

Se justificaría así que la dedicación a las tareas de cuidado de la familia y del hogar sirva como título para la contribución a las cargas del matrimonio y evite, a la liquidación del régimen, que el cónyuge que contribuye con su salario profesional pueda reclamar al trabajador doméstico por su falta de contribución dineraria a estas mismas; e incluso, se le compense el exceso de contribución

6 Entiende Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005", *CCJC*, núm. 70, 2006, p. 147, que para entender si dicha proporcionalidad se respeta habrá que tener en consideración si los dos han contribuido con todo su patrimonio, con todo lo obtenido o ahorrado con su trabajo y con todo lo producido o ahorrado con sus bienes.

7 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ 2003, 745).

8 SAP Madrid 1 febrero 2006 (ROJ 2006, 2125) deniega tal compensación porque los dos cónyuges habían contribuido por igual a las tareas del hogar.

que hubiera podido aportar por esta vía el cónyuge doméstico, en aplicación del principio de igualdad y en la exigencia de paridad a nivel personal basada en sus contribuciones equitativas en favor de la familia. Sin embargo, a mi juicio, se sobrepasa el reconocimiento de la labor doméstica si se concede, en todo caso, o mayoritariamente, la compensación del art. 1438 CC[9] sin atender a que la misma es una de las formas de contribución a las cargas del matrimonio, precisamente porque la familia sigue siendo una unidad de trabajo y esfuerzo común de los esposos[10] en la comunidad de vida y amor que debe ser el matrimonio.

Entonces, ¿cómo debería entenderse la verdadera finalidad del precepto? Un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera que la mayor contribución o "sobreaportación" de uno de los miembros de la pareja le otorga a éste el derecho a solicitar dicha indemnización a pesar de que pueda tener un trabajo remunerado fuera del hogar en contraposición con la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo[11].

Lo bien cierto es que no son pocos los supuestos en la práctica en que uno de los cónyuges contribuye en mayor medida a tales tareas debido a su mayor implicación o porque su trabajo se lo permite, y con ello excede de la contribución a las cargas exigibles[12]. En estos casos, el objeto de la compensación regulada en el

9 En opinión de Amengual Bunyola, G. A.: "La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, p. 12, podría entenderse que se trata de compensar al trabajador casero el plus de disponibilidad que obtiene el cónyuge que realiza su labor profesional fuera del hogar y que contribuye poco o nada en las tareas domésticas, precisamente porque el otro cónyuge le libera de ello con su dedicación a la familia, obteniendo más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su desarrollo profesional, lo que le permite, en algunos casos, incrementar su patrimonio personal. La compensación se configura, entonces, como un mecanismo corrector del régimen de separación de bienes que modera el desequilibrio patrimonial producido a la extinción del régimen de separación de bienes y que de otro modo resultaría injusto para el cónyuge dedicado al hogar.

10 Lopez Medel, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1880-I, p. 99. A su vez Lete Del Rio, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/1, pp. 119-120, destaca que no se trata únicamente de utilizar a la familia, y en concreto, el régimen económico matrimonial como instrumento de satisfacción y cumplimiento de los intereses individuales de sus miembros, sino de entender la familia como comunidad, sin desconocer por ello el valor de la persona. La familia ha de entenderse como comunidad, esto es, como portadora de un interés propio y superior al de los miembros que la componen, denominado *interés de la familia.* Asimismo, Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral,* t. V, vol. 1º, Reus, Madrid, 1961, p. 24.

11 En tal sentido, Rebolledo Varela, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil,* Edersa, Madrid, 1983, p. 441, considera que el sujeto que trabajó fuera del hogar no debe tener derecho a tal compensación.

12 Es el criterio seguido por numerosas sentencias de la Audiencias Provinciales que conceden el derecho a la compensación en estos casos. En este sentido, SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ 2009, 13155): "cuando uno de los cónyuges ha contribuido de un modo que se revela desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge, al momento de la extinción del régimen de separación; en suma, si dicho trabajo doméstico y asistencia no ha constituido una "sobreaportación" al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces, el derecho de reembolso económico previsto en el precepto antes mencionado". La sentencia de esta misma Audiencia Provincial SAP Madrid 13 diciembre 2011 (ROJ 2011, 15887) establece: "… late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya supuesto una sustancial "sobreaportación" a tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de atención a la familia y tareas del hogar en general", y SAP Sevilla 17 marzo 2004 (ROJ 2004, 1145).

art. 1438 CC no sería la contribución que corresponde al cónyuge como carga del matrimonio, que no debe ser compensada, sino exclusivamente lo que exceda de tal aportación. Lo que se debe compensar, es pues, la "sobreaportación", el exceso de la contribución exigible o lo que se ha venido a denominar "sobrecontribución"[13]. No debería haber compensación cuando la dedicación a las tareas del hogar es equilibrada o paritaria, ni debería haberla, cuando los cónyuges recaban la ayuda de servicio doméstico para realizar todas o la mayoría de las actividades domésticas[14].

Sin embargo, el fenómeno jurídico observado, es que existe una relegación de la "sobreaportación" de uno de los cónyuges, no teniéndose en cuenta esta circunstancia para el reconocimiento del derecho a la compensación que regula el art. 1438 CC. En consecuencia, en tanto se mantenga el genérico y abstracto derecho a una compensación que enuncia el art. 1438 CC y su desarrollo jurisprudencial, no dejarán de producirse algunas situaciones injustas por pretender beneficiar al cónyuge casado en separación de bienes que realiza tareas domésticas en exclusiva, sin tener en cuenta su obligación legal de contribuir a las cargas del matrimonio, o bien tratando injustamente al cónyuge que ha aportado más de lo que proporcionalmente le corresponde a la economía, gestión y cuidado familiar.

Este desempeño del trabajo doméstico en exclusiva como única aportación a las cargas del matrimonio o compaginado con desempeño laboral y/o profesional que puede implicar exceso contribución del matrimonio va a tener también una serie de controvertidos pronunciamientos jurisprudenciales que alejan a nuestros tribunales, en algunos casos, del sentir social: No es el caso de la interesante SAP Navarra 31 julio 2003[15], ya mencionada, que entendió que solo procede la compensación cuando aplicando la regla de proporcionalidad se deduce, que el valor del trabajo para la casa es superior a lo que se debe aportar como contribución a las cargas. En el caso de que la dedicación al trabajo doméstico sea la correspondiente al levantamiento de cargas de manera proporcional, no cabe la compensación. En general, la jurisprudencia menor ha sido favorable a la concesión de la compensación por trabajo doméstico[16], aunque el cónyuge acreedor trabaje fuera del hogar, siempre que se acredite la "sobreaportación", muy en consonancia con la realidad socio-familiar de los hogares españoles. Y la realidad social española nuevamente es arrolladora, tanto que los datos hablan por sí mismos[17].

13 En el mismo sentido, Verdera Izquierdo, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27, p. 236.

14 Amengual Bunyola, G. A.: "La compensación", cit., pp. 16 y 17.

15 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ 2003, 755).

16 SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ 2002, 1544), SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ 2004, 185), SAP Navarra 2 junio 2004 (ROJ 2004, 584), SAP Zaragoza 20 mayo 2005 (ROJ 2005, 1385), SAP Murcia 6 noviembre 2006 (ROJ 2006, 2370), SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ 2006, 797).

17 *Vid.* https://www.ine.es/infografias/tasasepa/desktop/tasas.html?t=1&lang=es, última consulta 25/03/19.

Sin embargo, la opinión que desde 2011 manifestó por vez primera nuestro Tribunal Supremo avalada posteriormente por numerosas sentencias acerca de cómo debía entenderse la compensación por el desempeño del trabajo doméstico ha dado lugar a situaciones verdaderamente injustas y dispares.

El esperado pronunciamiento del Alto Tribunal de 14 de julio de 2011[18] sobre la materia, trajo consigo el establecimiento de unos sólidos requisitos que han venido siendo rigurosamente aplicados hasta la actualidad por parte de nuestros jueces y tribunales entre los cuales se encuentran varios puntos que conviene analizar a la luz de la realidad social actual de nuestro país. La mencionada sentencia de 2011 determinó en su tercer Fundamento de Derecho, que la norma del art. 1438 CC contiene en realidad tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1ª: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio; 2ª: que puede contribuirse con el trabajo doméstico, no siendo necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad de los arts. 14 y 32 CE; y 3ª: el trabajo para la casa no sólo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. La problemática se genera con la interpretación y aplicación de la segunda y terceras reglas. Veamos:

III. LA INJUSTIFICADA JUSTIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL TRABAJO PARA LA CASA COMO TÍTULO PARA OBTENER UNA COMPENSACIÓN EN EL MOMENTO DE LA FINALIZACIÓN DEL RÉGIMEN: ¿CARTA BLANCA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL CÓNYUGE "DOMÉSTICO"?

El Tribunal Supremo y la mayor parte de la jurisprudencia menor exigen el desempeño activo de los trabajos domésticos en dedicación plena y exclusiva para que tenga lugar el nacimiento del derecho a exigir la compensación establecida en el art. 1438 CC. En la importante STS 14 julio 2011[19], el Tribunal Supremo sentó doctrina, por primera vez, estableciendo los presupuestos que habrían de concurrir para tener derecho a una compensación por el trabajo desempeñado en el hogar constante el régimen de separación de bienes y que, sucesivamente,

18 STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

19 STS 14 de julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

han ido plasmándose en sentencias posteriores entre las cabe destacar la STS 26 abril 2017[20].

Es significativa la STS 31 enero 2014, que declaró que "basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación" que establece el art. 1438 CC[21]. Así pues, se reconoce un derecho abstracto a la compensación por el hecho solo de haberse dedicado en exclusiva a las tareas del hogar o cuidado de la familiar, en régimen de separación de bienes sin tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como la obtención de un beneficio económico por el otro esposo o cuando todos los emolumentos del cónyuge demandado de compensación se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de "desigualdad peyorativa"[22]. Se puede producir en ciertos casos, incluso, una situación de enriquecimiento del cónyuge solicitante de compensación cuando su consorte ha estado invirtiendo todos los ingresos obtenidos en atender los gastos familiares y no se ha enriquecido a costa de la dedicación del otro al hogar[23].

Si bien es cierto que la exigencia de una dedicación exclusiva y excluyente a las tareas domésticas nunca fue un tema pacífico sino que ha generado discrepancias

20 STS 26 abril 2017 (ROJ 2017, 1591).

21 Véase Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, diciembre 2015, p. 67, para quien siguen siendo muchos los pleitos en que parece bastar el alegato del cónyuge solicitante de la compensación de que no trabajó fuera, sino que se quedó en casa, para inferir sin más de ello, con escasísimo o nulo soporte probatorio, que efectiva y realmente trabajó en la casa -sin que obren en tal sentido datos objetivos, sólidos y relevantes, y al socaire de meras conjeturas, especulaciones o suposiciones sin fundamento cierto; y en la p. 84, la autora pone de manifiesto lo que ella denomina las "compensaciones descompensadas" y que "acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la compensación "resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa" -STS 31 enero 2014 (ROJ 2014, 433), FD 2º-, con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no "enriquecimiento" o aprovechamiento alguno de resultas de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas (art. 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor monetario su trabajo doméstico, por una parte, y, por otra, también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos "privativos" suyos que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio, además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida".

22 En igual sentido, Campo Izquierdo, A. L.: "La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) desde la perspectiva del TS", *El Derecho.com*, disponible en https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts, última consulta 14/09/2108.

23 Mejor entendimiento de la cuestión ha realizado la jurisprudencia menor en algunos casos: En este sentido se pronuncia la SAP Zaragoza 3 marzo 2009 (ROJ 2009, 672), que señala que "... si como en el caso ha sucedido según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquélla para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella, merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento...".

tanto en la doctrina[24] como en la jurisprudencia menor anteriores a la STS 14 julio 2011[25], que consideraba suficiente la actividad doméstica en régimen de dedicación mayoritaria compaginada con una actividad fuera del hogar entendiendo que no se exige que aquella actividad en el hogar sea absoluta y exclusiva, bastando que sea predominante frente al otro cónyuge; [26] la postura del Tribunal Supremo confirmó su apoyo a la llamada interpretación literal hasta en otras tres ocasiones diferentes a través de las SSTS 26 marzo 2015[27], 14 abril 2015[28] y 28 febrero 2017[29], entendiéndose conforme a dicha jurisprudencia que la compensación *únicamente se puede obtener cuando* quien pretende constituirse en acreedor, ha realizado con exclusividad trabajo para la casa pero no cuando se han desarrollado además otras actividades, como el ejercicio de trabajo o profesión a tiempo parcial o en jornada completa[30] excepto si se trata de la realización de trabajo no retribuido o en precario para la empresa familiar.

Las consecuencias de lo antedicho son graves, pero si a ello se suma que la dedicación a las tareas del hogar y cuidado de la familia no precisa la ejecución material del trabajo doméstico, siendo suficiente su dirección y responsabilidad, esto es, las labores de dirección, administrativas o burocráticas dirigidas a una adecuada gestión de los intereses familiares[31], e insisto, aunque dichas tareas no se ejecuten materialmente por quien reclama como deudor de tal compensación, por contar con la posibilidad de servicio doméstico; si, según las circunstancias, el mero control del servicio doméstico y las atenciones a las relaciones sociales de la familia en según qué casos, así como la atención de los hijos, puede computarse como una labor susceptible de ser tenida en cuenta como contribución a las cargas matrimoniales[32] ¿no se está entregando carta blanca al enriquecimiento

24 *Vid*. Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 13 de julio de 2017, núm. 9020, p. 2.

25 STS 14 de julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

26 Y sin necesidad de probar la imposibilidad para trabajar: STS 14 marzo 2017 (ROJ 2017, 977). Por su parte la SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ 2001, 4332): la compensación regulada en el art. 1438 del CC exige… que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye. Lo determinante para conceder la compensación, en algunos casos, ha sido la mayor aportación de un cónyuge al trabajo para la casa, en proporción muy superior al otro, por lo que es indiferente que el acreedor realice algún trabajo fuera de casa, sea a tiempo total o parcial: en este sentido, SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ 2002, 1544), SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ 1999, 1404), entre otras todas ellas previas a la STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874); *Vid*. SAP Asturias 2 marzo 2010 (ROJ 2010, 314) y SAP Madrid 25 febrero 2005 (ROJ 2005, 1981).

27 STS 26 marzo 2015 (ROJ 2015, 1490).

28 STS 14 abril 2015 (ROJ 2015, 1693).

29 STS 28 febrero 2017 (ROJ 2017, 714).

30 Incluso se concede el derecho a la misma si esa dedicación exclusiva se compatibiliza con la ayuda ocasional del otro cónyuge o de tercera persona.

31 Montés Rodríguez, Mª. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 363.

32 Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos", cit., pp. 5-6. Para una parte considerable de la jurisprudencia existe una equiparación o equivalencia entre el desempeño de las tareas domésticas o trabajo para hogar

injustificado del cónyuge "director doméstico"? Si bien es cierto que algunos pronunciamientos judiciales han excluido la compensación cuando la esposa dispuso de servicio doméstico[33] no así el Tribunal Supremo, que reconoce, aunque modera, el derecho a la compensación en favor de la esposa en su STS 25 noviembre 2015[34], Fundamento Jurídico Tercero, pese a que contó con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chofer, pues a la postre, sobre ella recaía como se dice en el recurso, la "dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico". Indudablemente la dirección de los trabajos de limpieza, el interés y amor por la familia es difícilmente sustituible por terceras personas, pero ¿tiene sentido compensar las tareas domésticas a quien ni las realizó ni las sufragó? ¿Acaso el cónyuge que se hizo cargo de todos los gastos carecía de interés y amor por la familia?

Tras el anterior análisis sólo cabe concluir el clamoroso agravio comparativo al que se somete a la mujer que asumiendo la doble jornada –laboral y familiar-, lo que sucede en la mayoría de los hogares españoles, sufre una injusta "descompensación" por esta sobrecarga o "sobreaportación" no reconocida.

IV.- LA "DESCOMPENSACIÓN" DE LA DOBLE JORNADA LABORAL A LA LUZ DE LA REALIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Las mujeres, en España, se han dedicado de forma exclusiva no sólo al cuidado de hijos y mayores sino también a las tareas domésticas derivadas de la atención a la familia. Durante las últimas décadas, sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo se ha producido de una manera progresiva pero irreversible sin que haya supuesto una paralela democratización de la vida doméstica[35]. La mujer

y la dedicación a la familia, por ejemplo, llevar y traer los niños al colegio, acompañarles al médico para revisiones, vacunas, etc., *vid*. SAP Alicante 8 octubre 1999 (ROJ 1999, 3843); SAP Toledo 9 noviembre 1999 (ROJ 1999, 936); SAP Santa Cruz de Tenerife 26 marzo 2004 (ROJ 2004, 591) o la SAP Valencia 7 julio 2001(ROJ 2001, 4332).

33 SAP Sevilla 27 abril 2007 (ROJ 2007, 2450). Sin embargo, la SAP Alicante 10 junio 2010 (ROJ 2010, 3210) no reconoce la compensación si el servicio doméstico se ocupa de la totalidad de las tareas y el cónyuge demandante tan sólo supervisa y dirige; o la SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ 2009, 13155), entre otras. Otra visión acorde con el Tribunal Supremo encontramos en la SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ 2004, 185): "pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días", o la STSJ Cataluña 8 julio 2011 (ROJ 2011, 8555), que establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los diecisiete años de matrimonio, al igual que la STSJ Cataluña 31 octubre 2011 (ROJ 2011, 10793), que concede tal compensación al acreditarse que la actora se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y de la familia, siendo indiferente que para ello contase con servicio doméstico: Al igual que la SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ 1999, 1404) y la SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ 2006, 797).

34 STS 25 noviembre 2015 (ROJ 2015, 4897).

35 Cremades García, P.: "El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar", *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley, 41321/2008, p. 7; y Martínez Calcerrada, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, 1982, t. 1, Editorial La Ley, La Ley 20023/2001, pp. 1-2.

no ha visto reducidas por ello sus tareas domésticas, asumiendo todas aquellas que no ejecuta el hombre y todas aquellas asistenciales que no proporciona el Estado (centro de atención de niños y de personas mayores)[36]. Incluso, en más casos de los deseables, se ve obligada a reducir su jornada laboral para poder atender debidamente a sus responsabilidades familiares.

De acuerdo con los datos obtenidos en 2010 –previos a la controvertida STS 14 julio 2011-[37] en relación con el desempeño de un puesto de trabajo a tiempo parcial para compatibilizarlo con la atención al hogar y la familia, según la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar[38], indicaban que el 97,3% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de hijos de 14 o menos años (propios o de la pareja) eran mujeres, y el 53,3% de estas mujeres alegaba como principal razón el alto precio de los servicios del cuidado de niños. Si ampliamos los datos al cuidado de las personas dependientes: en base a la información de este módulo del año 2010, el 89,1% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de personas dependientes (enfermos, familiares o amigos de 15 o más años) eran mujeres. Las principales razones alegadas eran igualmente, el alto precio de estos servicios (37,2%) y la ausencia de servicios de cuidados de personas dependientes (24,3%). Luego, en estos casos, o la economía familiar no era muy boyante o lo que aportaba el otro cónyuge no era mucho en términos económicos para sufragar los gastos comunes[39].

Según la información que proporciona la información de submuestra de la EPA del año 2017, 14.100 hombres y 263.900 mujeres trabajaron a tiempo parcial en 2017 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), es decir el 94,9% eran mujeres. La principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial por el cuidado de personas dependientes (niños, adultos), era el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos[40]. Según datos más recientes proporcionados por la Encuesta de empleo del tiempo y conciliación de

36 INE, *Encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018*, disponible en, https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472720&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888, última consulta 24/03/2019.

37 STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

38 Información disponible del módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar. Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583, última consulta 01/10/2018. Entre las personas paradas por hacerse cargo del cuidado de hijos, según la información del módulo del año 2010, el 82,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 97,2%. Entre las personas paradas por hacerse cargo de personas dependientes (enfermos, familiares, amigos), según el módulo del año 2010, el 77,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 93,1%. La principal razón alegada entre las personas paradas e inactivas es que los servicios de cuidado de personas dependientes eran muy caros.

39 *Vid*. Estellés Peralta, P. M.: "La solidaridad", cit., p. 123.

40 Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583, última consulta 24/03/2019.

la vida laboral y familiar de mayo de 2018 del INE, en el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes sigue siendo el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%) y un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores. Poco han cambiado las cosas desde el año 2010.

Asimismo y de acuerdo con la tasa de empleo en España por sexo y edad para 2017, la realidad social indica que la brecha de género en las tasas de empleo[41] para edades comprendidas entre los 20 y 64 años es de 11.9 puntos (prácticamente al mismo nivel que la UE, que es de 11.6) y en 2010 era de 12.9[42]. Estos datos indican que la incorporación de la mujer al mercado laboral es un hecho incuestionable y que cada vez se igualan más dichas tasas con los hombres[43]. De hecho, de la tasa de empleo del cuarto trimestre de 2018 resulta un 44,45% de las mujeres frente a un 56,15% de los hombres, menos de 12 puntos[44].

A la vista de los datos facilitados esta interpretación jurisprudencial no tiene ya sentido -tampoco en 2011- dentro de una realidad como la española en que la mujer finalmente ha conseguido acceder al mundo laboral, y en un importante porcentaje desempeña actividades remuneradas a tiempo parcial para poder compatibilizarlas con el cuidado de sus hijos y personas dependientes, sin que esta realidad social parezca tenerse en cuenta en estos pronunciamientos. La interpretación y aplicación de las normas por parte de los tribunales debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas y constituye, todavía hoy, uno de los criterios de interpretación válidamente admitidos en el primer apartado del art. 3 del CC[45].

41 Brecha de género en las tasas de empleo es la diferencia en puntos porcentuales entre las tasas de empleo de los hombres y las tasas de empleo de las mujeres.

42 Disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10887, última consulta 24/03/2019.

43 No obstante, la tasa fluctúa según años, v. gr. en 2013 fue de 9.7 puntos porcentuales.

44 https://www.ine.es/infografias/tasasepa/desktop/tasas.html?t=1&lang=es, última consulta 25/03/19.

45 En el mismo sentido, Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance?", cit., p. 3. Sorprende, sin embargo, que en la STS 25 noviembre 2015 (ROJ 2015, 4897), el Tribunal Supremo mantiene su doctrina sobre que la dedicación a las tareas del hogar debe ser exclusiva pero no excluyente pese a que la esposa, muy adinerada, reclama a su cónyuge la compensación por trabajo doméstico, a pesar de que contaba con ayuda externa e incluso chófer… En su argumentación el Tribunal Supremo entiende que "la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges. Si la demandante hubiera realizado algún trabajo fuera del hogar, quedaría excluida del derecho y no tendría derecho a "nada". Por ello, este derecho a compensación existe con independencia del patrimonio del cónyuge acreedor y de que se encuentre o no en situación de necesidad. Es sorprendente esta doctrina jurisprudencial que conlleva la aplicación objetiva y automática del art. 1438, y que ha sido muy criticada por Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8, p. 3, en relación a la STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874), al preguntarse si esta doctrina significa que el cónyuge que haya obtenido los recursos económicos para la familia mediante una actividad laboral retribuida, debe satisfacer una cantidad de dinero al que se ocupó mientras tanto del trabajo doméstico, con independencia de si ello le reportó o no algún beneficio económico exclusivo. Lo cierto es que ambos cónyuges en este caso se han beneficiado recíprocamente de la actividad del otro, ambos contribuyeron al levantamiento de las cargas del matrimonio sólo que de distinta manera: uno mediante los recursos obtenidos a través de una

Los avances en la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, lejos de equipararla a su compañero la sitúan en la denominada doble -y agotadora- jornada femenina. La mujer española, no sólo desarrolla un trabajo por cuenta ajena (o en régimen de autónomo, según los casos), sino que cuando llega a casa, debe efectuar aquellas tareas propias del hogar sin que, por supuesto, este último trabajo sea valorado o considerado, propiamente como tal por los tribunales. La conciliación de la vida familiar y laboral[46] supone para la mujer un esfuerzo ímprobo y poco reconocido. Esta segunda jornada de la mujer trabajadora no se encuentra valorada económicamente pese a que las tareas domésticas no desarrolladas por la esposa requerirán, frecuentemente, de la contratación de un servicio doméstico al que habrá que remunerar, por lo que, en conclusión, el trabajo doméstico de la mujer ahorra a la cuenta de gastos de la economía familiar.

Es innegable que España ha tendido ligeramente hacia una mayor igualdad en el desempeño del trabajo doméstico entre 2003 y 2010, pero la nota dominante es de una clara y persistente desigualdad que se mantiene tras los últimos datos obtenidos[47]. La mayoría de los estudios demuestran que las parejas donde el varón desempeña una actividad profesional retribuida y la mujer está desempleada, las mujeres dedican muchísimo más tiempo al trabajo doméstico que los hombres.

actividad remunerada y el otro haciéndose cargo de los asuntos domésticos. Que esto sea así, no parece razón suficiente (más allá de la necesidad de revalorizar el trabajo en la casa) que justifique el reconocer automáticamente al cónyuge que se ocupó del hogar un derecho de compensación económica.

46 Cremades García, P.: "El reparto", cit., p. 2. En opinión de esta autora, conviene recordar que las reducciones en las jornadas de trabajo para atender a la casa y a los hijos son muy frecuentes en las mujeres. Y todo ello repercute en general en su distinta posición familiar y laboral. A pesar de las medidas que legalmente se van adoptando en el ámbito público, tendentes a evitar situaciones de discriminación tanto de tipo salarial como ocupacional, sin embargo, siguen existiendo dificultades para acceder las mujeres a puestos de responsabilidad en las empresas o para promocionarse, ya que su dedicación profesional está coartada en gran medida por sus responsabilidades domésticas y filiales. Es innegable.

47 Datos anteriores del INE de 2010, relativos a la Encuesta de Empleo del tiempo 2009-2010, los varones españoles dedicaban en esas fechas, 2,37 horas diarias a las actividades del hogar, mientras que las mujeres casi duplicaban esta cifra: 4,36 horas diarias. Disponible en http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t25/e447/a2009-2010/p04/l0/&file=4.1.px. *Última consulta 24/03/2019*.
Sin embargo los datos más recientes de la última encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar son de mayo de 2018 y se pueden consultar en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472488&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSL, donde se recogen datos del año 2015. La Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015 proporciona el número de horas a la semana que las personas que trabajan dedican al trabajo principal, a un segundo empleo, a las actividades de trabajo no remunerado (cuidado y educación de sus hijos o nietos, cocinar y realizar tareas domésticas, cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad, hacer un curso o formación, actividades deportivas, culturales o de ocio, políticas o sindicales, actividades de voluntariado o caritativas) y al desplazamiento desde casa al trabajo y del trabajo a casa. Se proporciona información por sexo, tipo de jornada, tener hijos o no, y según si la pareja trabaja o no. Además, son más largas las jornadas de trabajo (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos) de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos), los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. En cuanto a la frecuencia: Un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

Ahora bien, cuando es el hombre quien está en paro, y la mujer no, ambos dedican el mismo tiempo al trabajo doméstico. En parejas donde ambos están empleados o ambos están en paro, la contribución del hombre no supera el tercio del volumen de trabajo doméstico del hogar[48]. Toda esta variedad de situaciones conyugales que abarcan los supuestos en los que uno de cónyuges no desempeña trabajo externo retribuido hasta los casos en que ambos tienen jornadas laborales interminables y deben de contar con ayuda externa, deben poner igualmente el foco en la plena aplicación del principio de corresponsabilidad doméstica, estando más justificado, en la práctica, si son ambos cónyuges los que trabajan fuera de casa. Sin embargo, los datos indican que en nuestro país, el varón no acaba de asumir lo que impone con escaso éxito el art. 68 CC[49]. Y la exclusión de compensación en favor del cónyuge que compagina trabajo en el hogar con trabajo retribuido –la mujer en un porcentaje mayoritario- supone, en mi opinión una doble discriminación que se debería reconsiderar.

Según la información que proporciona la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de 2015[50] en el cómputo global del número de horas a la semana dedicadas al empleo principal, otro empleo, trabajo no remunerado y desplazamientos según sexo y tipo de jornada de las personas empleadas, son más largas las jornadas de trabajo de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos y los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial.

48 Estudio de enero 2015, disponible en https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/Genero-domestico-Tiende-Espana-igualdad_6_345125504.html, última consulta 24/03/2019. En este sentido, ya apuntaba Cremades García, P.: "El reparto", cit., p. 2, que algo está pasando en nuestra sociedad porque con la pretensión de compartir las tareas domésticas, se intenta superar el abismo en un campo tradicionalmente reservado, el de la ejecución de las tareas domésticas, a las mujeres… Las cifras avalan lo dicho, y según los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las mujeres dedican 3,6 horas diarias al hogar, los hombres apenas dedican 44 minutos a las mismas tareas (datos de 2008).

49 Para Cremades García, P.: "El reparto", cit., pp. 7 y 8, si los miembros de la pareja han decidido que sea uno de ellos quien aporte los ingresos con su trabajo fuera del hogar, mientras que el otro, se queda en casa, asumiendo las tareas domésticas, ello es una contribución a las cargas del matrimonio por parte de quien las asume, pero será un claro incumplimiento por parte del otro pese a esta supuesta "autorización pactada" de lo contrario, la norma del art. 68 es una mera declaración de principios sin efectos jurídicos. De lo que nadie parece dudar es de que los deberes conyugales en general, tienen un alto contenido ético y moral, y que es imposible su ejecución forzosa. Por tanto, su reparación para el caso de incumplimiento vendría por la concurrencia de daño como consecuencia del referido incumplimiento. Pero para que tenga lugar la reparación del daño a través de la aplicación del art. 1902 CC no basta el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que se requiere la existencia de un daño resarcible, el dolo o culpa del agente dañoso, y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento.

50 Disponible en http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf.

Las mujeres también sobresalen en relación con las horas al día dedicadas a actividades de trabajo no remunerado por trabajadores que realizan dichas actividades; el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias frente al porcentaje más alto de hombres que trabajan (36,7%), y que dedican tan sólo dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. El porcentaje más alto de mujeres trabajadoras (43,3%) que realizan tareas domésticas y de cocina dedican dos horas diarias a estas tareas. Por el contrario, el porcentaje más alto de hombres trabajadores (42,5%) dedican una hora diaria a estas mismas tareas.

En relación con la frecuencia con que se realizan actividades de trabajo no remunerado, un 47,4% de mujeres trabajadoras y un 31,5% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos; un 77,5% de mujeres trabajadoras y tan sólo un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

Según tipo de hogar, los hombres sin hijos con pareja que trabaja dedican 8,7 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado pero las mujeres sin hijos con pareja que trabaja dedican 16,4 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado. Los hombres con hijos con pareja que trabaja dedican 20,8 horas a la semana a realizar actividades de trabajo no remunerado y las mujeres con hijos con pareja que trabaja dedican 37,5 horas semanales a estas actividades.

A la vista de los datos aportados, sería deseable que la diferente situación actual pueda servir en el futuro para propiciar un giro en la opinión -poco ajustada a la realidad social- del Tribunal Supremo, toda vez que esta realidad social nada tiene ya que ver con aquella de 1981 cuando se promulgó la norma.

Así las cosas, no es fácil entender que el Tribunal Supremo conceda la compensación en los supuestos de dedicación exclusiva para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por "quedarse en casa"[51] y se deniegue a aquéllos que realizan una doble jornada para contribuir económicamente con los rendimientos del trabajo y en especie con su trabajo y desvelos en el ámbito doméstico y que son mayoría. Esta postura supone un estímulo positivo a no trabajar fuera del hogar, ya que si un cónyuge se dedica solo al trabajo doméstico puede pedir compensación y, en cambio, si realiza todas las tareas domésticas y además lo compagina con un

51 Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas", cit., p. 57, para quien ¿conviene -o hasta se debe- entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al art. 1438 *in fine* CC es evitar una suerte de aprovechamiento o "enriquecimiento" injustificado del cónyuge que se benefició del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que nos hallamos ante un larvado sistema de "indemnización" -otro más (si pensamos en algunos supuestos de pensión compensatoria)- para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por "quedarse en casa" (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a nada[52]. Creemos que debería revisarse la interpretación que hace el Tribunal Supremo de esta norma.

V. CONCLUSIONES

1º) Actualmente, tras la grave crisis económica nacional y mundial, la generalidad de las familias no puede prescindir de una segunda fuente de ingresos para dedicarse exclusivamente al cuidado del hogar, antes al contrario, con la incorporación de la mujer al mercado laboral y su elevada cualificación, en la mayoría de los casos ambos cónyuges desarrollan actividades profesionales y mayoritariamente, la mujer española reduce su jornada laboral para poder compaginar su empleo con la atención y cuidado del hogar y la familia. La realidad social española dista mucho de la finalidad primigenia del precepto y evidencia una interpretación y aplicación del mismo muy alejada de las actuales condiciones laborales y de vida de los hogares españoles.

2º) Mantener la actual interpretación del art. 1438 CC propicia y ampara la injusta situación en favor del cónyuge que compatibiliza ambos cometidos, casa y familia y desempeño profesional extra familiar y beneficia de manera poco equitativa a aquel cónyuge que no trabajando fuera del hogar no contribuye de otra forma al abono de los gastos familiares, porque si la contribución del cónyuge solicitante de compensación es la estrictamente obligada para su justa y equitativa contribución a las cargas del matrimonio y en cumplimiento del principio de corresponsabilidad doméstica, no entendemos qué se le ha de compensar y por qué.

3º) El entendimiento de la compensación regulada en el art. 1438 CC, que no deja de ser una indemnización por la dedicación y los trabajos pasados en pro de la familia que se establece por el legislador para salvaguardar el principio de igualdad entre los cónyuges que debe regir durante la vigencia del matrimonio y evitar situaciones de desequilibrio tras la ruptura matrimonial, puede generar aquello que precisamente pretende evitar: la desigualdad y los desequilibrios patrimoniales en un régimen de separación de bienes que se pacta voluntariamente si no se tiene en cuenta cuál ha sido la verdadera aportación económica a las cargas del matrimonio de cada cónyuge. No tomar en consideración la "doble jornada laboral" de la mujer española de 2019 no es ni equitativo ni acorde con la actual situación socio-familiar y laboral española. En mi opinión, la clave para conceder o

52 En todo caso más derecho tendría el cónyuge que, con una actividad laboral remunerada, se encarga también del trabajo en casa por lo que contribuye de dos maneras al levantamiento de las cargas, sobre todo si se entiende que la *ratio legis* del precepto es evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges en perjuicio de otro o la sobrecontribución de uno de los cónyuges. Montes Rodríguez, Mª. P.: "El derecho", cit., pp. 367 y 368.

no la compensación habría que buscarla en la proporcionalidad de la aportación y nada más.

BIBLIOGRAFÍA

Amengual Bunyola, G. A.: "La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, pp. 1-61.

Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, 13 de julio de 2017, núm. 9020, Sección Doctrina.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005", *CCJC*, 2006, núm. 70.

Campo Izquierdo, A. L.: "La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) desde la perspectiva del TS", *El Derecho.com*, disponible en https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts, última consulta 2/10/2108.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral,* t. V, vol. 1º, Reus, Madrid, 1961.

Cremades García, P.: "El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar", *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley, 41321/2008.

Diez Picazo, L.: *Sistema de Derecho Civil,* Derecho de Familia, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2018.

Estellés Peralta, P. M.: "La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 100-133.

Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, diciembre 2015.

Lete Del Rio, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/1, p. 111 y ss.

Lopez Medel, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1980-I, p. 95 y ss.

Martínez Calcerrada, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, 1982, t. 1, Editorial La Ley, La Ley 20023/2001.

Montés Penadés, V. L.: "Comentario a los artículos 1.435 a 1.444 CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, (dir. por C. Paz-Ares *et al.*), Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, t. II, p. 864 y ss.

Montes Penades, V. L.: "El régimen de separación de bienes" en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia,* (dir. por M. Amorós Guardiola *et al.*), Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1914 y ss.

Montes Rodríguez, Mª. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 359-374.

Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, La Ley 3441/2010.

Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8.

Rebolledo Valera, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil,* Edersa, Madrid, 1983.

Verdera Izquierdo, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27.

TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* TRAS LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA LEY 7/2018, DE 3 JULIO, DE PAREJAS DE HECHO DE LA REGIÓN DE MURCIA

LEGISLATIVE TREATMENT OF THE MORE UXORIO COEXISTENCE AFTER THE PRONOUNCEMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT: LAW 7/2018, OF 3 JULIO, OF DE FACTO RELATIONSHIPS OF THE REGION OF MURCIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 132-147

Ascensión
LECIÑENA
IBARRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En el nuevo escenario dibujado tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y cerrando el círculo de la ordenación autonómica de este modelo de convivencia aparece la Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Región de Murcia. La norma supone la tardía respuesta del legislador autonómico al vacío legal existente en la Región de Murcia sobre la regulación de las uniones estables en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Se ofrece como un andamiaje jurídico para la equiparación de los derechos entre matrimonio y parejas de hecho en un escenario de derecho público, alejado de la dimensión civil del fenómeno, de acceso vetado al legislador autonómico ex art. 149.1. 8ª CE.

PALABRAS CLAVE: Parejas de hecho; Tribunal Constitucional; norma autonómica; competencia.

ABSTRACT: *In the new scenario drawn after the pronouncements of the Constitutional Court and closing the circle of the autonomic organization of this model of coexistence, the law 7/2018, of July 3, of de facto relationships of the Region of Murcia appears. The norm supposes the delayed answer of the autonomic legislator to the existent legal void in the Region of Murcia on the regulation of the stable unions in a relation of affectivity analogous to the conjugal one. It is offered as a legal scaffolding for the equalization of the rights between marriage and de facto relationships in a public law setting, far from the civil dimension of the phenomenon, of vetoed access to the autonomous legislator ex art. 149.1. 8th CE.*

KEY WORDS: *De facto relationship; Constitutional Court; autonomic norm; competency.*

SUMARIO.- I LA REORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO TRAS LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- II. LA LEY 7/2018, DE 3 DE JULIO, DE PAREJAS DE HECHO DE LA REGIÓN DE MURCIA.- 1. Un texto expurgado de todo contenido inconveniente desde el punto de vista constitucional.- 2. Modelo convivencial diseñado por la norma.- 3. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.- 4. Modos para acreditar la existencia de las parejas de hecho previstos por el legislador autonómico.- 5. Extinción de las parejas de hecho constituidas al amparo de la Ley 7/2018.

I. LA REORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO TRAS LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La ordenación jurídica del fenómeno de las parejas de hecho fue abordada por el legislador autonómico por la imperiosa necesidad de ofrecer cobertura jurídica a uniones estables que tenían vetado el acceso a cualquier otro modelo de convivencia[1].

Tras el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad del divorcio unilateral, incorporados a nuestro ordenamiento por las leyes 13/2005 y 15/2005 respectivamente[2], las unión *more uxorio* se han convertido, superada su dimensión de forzada existencia, en un modelo alternativo de convivencia frente al matrimonio, voluntariamente elegido por sus

1 La primera norma que acomete la regulación de las parejas de hecho fue la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables, de Cataluña, derogada por la Artículos 234.1-234.14, Código Civil de Cataluña (Libro Segundo - Persona y Familia) aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio. Le siguen Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas de Aragón, derogada por Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho de Comunidad Valenciana, derogada por Ley 5/2012, de 15 de 0ctubre, de Uniones de Hecho de Comunidad Valenciana; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, reguladora de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 18/2001, 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Illes Balears; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de Extremadura; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco. La última en incorporarse ha sido la Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Algunas Comunidades Autónomas han optado por limitarse a regular el Registro de Parejas de Hecho: *vid.* Decreto 30/2010, de 14 de mayo por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja, modificado por Decreto 10/2013, de 15 de marzo; Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha, modificado por Decreto 139/2012, de 25 de octubre de 2012; Decreto 117/2002, de 24 de octubre, crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León.

2 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

• Ascensión Leciñena Ibarra
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Murcia. Correo electrónico: ascenl@um.es

integrantes en el libre ejercicio de su personalidad, frente a un modelo conyugal que intencionadamente rechazan. Como puntualiza la STC 23 abril 2013[3], "el elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el art. 32 CE".

Alcanzado el estatus de opción libremente elegida en un escenario de normalidad y plena integración, el fenómeno acusa un vertiginoso aumento respaldado por una generalizada aceptación social[4]. Mas un suceso va a romper el sosiego jurídico de que disfrutaba marcando un hito en la evolución de su tratamiento: los pronunciamientos del Pleno del Tribunal Constitucional al resolver sobre la tacha de inconstitucionalidad de tres leyes autonómicas. El primero, en la STC 11 de abril[5], que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, declarando inconstitucionales los arts. 4 y 5 de la Ley 11/2001 de 19 diciembre de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, justificado de la vulneración legal del art. 149.1,8ª CE al carecer dicha Comunidad autónoma de competencias sobre Derecho civil.

El segundo, en la STC 23 de abril 2013[6], resolviendo un recurso de inconstitucionalidad planteado por ochenta y tres diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, al declarar inconstitucionales una serie de normas de los arts. 2, 3, 4, 5, 6 7, 9, 11 y 12 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad que art. 10.1 CE reconoce a los convivientes.

Y el último, en la STC 9 junio 2016[7], resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 por falta de competencia legislativa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE[8]

3 STC (Pleno) núm. 93/2013, 23 abril, (RTC 2013, 93).

4 Para un estudio completo de las parejas de hecho consúltese el destacado trabajo de Legerén-Molina, A. y Cantero Núñez, F.: *Las parejas de hecho y de derecho (Régimen jurídico de la convivencia "more uxorio" en España)*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

5 STC (Pleno) núm. 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81).

6 STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 abril, (RTC 2013, 93).

7 STC (Pleno) núm.110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110).

8 Por su interés transcribo el argumento recogido en la STC 110/2016, de 9 junio, (RTC 2016, 110), "Aplicando en consecuencia al presente caso la doctrina sentada en la ya citada STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82) , que a su vez remite a la STC 121/1992 (RTC 1992, 121), resulta que la validez de la Ley objeto de ese recurso depende entonces 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, como sucedió en el caso de la citada STC 121/1992 (arrendamientos históricos), 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. De no poder hacerlo, la

Tras la intervención del Tribunal Constitucional perfilando las hechuras constitucionales de la convivencia *more uxorio* en nuestro ordenamiento jurídico, no hay duda por mi parte que los planteamientos que acogen las tres sentencias mencionadas deberían encontrar acomodo en la reordenación de la arquitectura jurídica del fenómeno.

Primero: cualquier ley autonómica que pretenda ordenar el fenómeno, sea cual fuere el marco competencial en el que se instale, no puede comprometer el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los convivientes imponiendo determinados efectos jurídicos a personas que carecen de interés en su logro. "Y es que, al igual que tal derecho fundamental quedaría afectado si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio,* igualmente se vería perturbado si se tratara de imponer, contra la voluntad de los componentes de la pareja, un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos". Tal proceder, convirtiendo en unión de derecho una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones, supondría una clara *contradictio in terminis*. "[…]Por ello, el régimen legal autonómico debe ser eminentemente dispositivo y no imperativo[9], en el sentido de 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"[10].

Segundo, la regulación del fenómeno por parte de las Comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil no invade la competencia estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio prevista en el art. 149.1.8ª CE[11]. Queda reconocido que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son situaciones jurídicamente equivalentes: "el primero es una institución

norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia, como sucedió en la STC 82/2016, de 28 de abril".

A la vista de este fallo apostilla De Verda y Beamonte, J.R.: "Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?, *Cuestiones de Interés Jurídico,* IDIBE, agosto 2016, p. 10, "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".

9 Adviértase que afirmar que el régimen ha de ser eminentemente dispositivo y no imperativo no puede entenderse en el sentido de aplicar el mismo en defecto de pacto porque, de seguir esta interpretación y faltando el convenio entre los convivientes, las normas pasarían a ser de obligado cumplimiento, en clara vulneración del derecho a la libertad del art. 10.1 CE.

10 Indicaciones que incorpora la STC (Pleno) núm. 93/2013, 23 abril, (RTC 2013, 93).

11 Así, *vid.* los artículos 234.1-234.14, Código Civil de Cataluña (Libro Segundo - Persona y Familia), Ley 25/2010, de 29 de julio; art. 303 y ss. Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra; Ley 18/2001, 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Illes Balears; Ley del Parlamento vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco.

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); mientras que nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. La regulación autonómica que se hace del fenómeno no implica *per se*, una equiparación con el matrimonio constitucionalmente garantizado pues el vínculo matrimonial genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. 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. 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"[12].

Y tercero, la ordenación legal que del fenómeno hagan las Comunidades autónomas que carecen de competencia en materia de Derecho civil, no podrá alcanzar las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho al caer la materia fuera del ámbito de sus competencias[13]. En consecuencia,

Especial atención merece la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que en su DA 3ª reconoce que a los efectos de la aplicación de la Ley y mediando la voluntad de los convivientes en este sentido, se equipara al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, extendiendo a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges. La posible tacha de inconstitucionalidad del precepto motivó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El órgano proponente entendía que tal regulación no constituía un supuesto de conservación ni modificación del derecho foral de Galicia y que era más que dudoso que se pudiera entender como desarrollo, pues no era fácil la conexión con ninguna institución ya regulada por el Derecho foral gallego a la que se estuviera actualizando o innovando, por lo que no cabía descartar la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE, inciso primero). También se alegó que creaba una nueva forma de matrimonio en Galicia y ello invadía la competencia exclusiva del Estado en relación con la regulación de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (art. 149.1.8 CE, inciso segundo y que introducía la competencia del Estado relativa a la ordenación de los registros públicos.

La duda planteada sobre la posible inconstitucionalidad de la norma no fue resuelta por la STC (Pleno) 75/2014, de 8 de mayo (RTC 2014, 75), al considerar 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".

12 STC (Pleno) núm. 93/2013, 23 abril, (RTC 2013, 93), con cita de la STC 184/1990, 15 de noviembre, (RTC 1990, 184).

13 Como recuerda la STC 110/2016, de 9 junio, (RTC 2016, 110), "…este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que la regulación de los efectos jurídicos que se atribuyen a la situación fáctica de convivencia en

tendrán que ser los convivientes quienes, por mor de la autonomía de la voluntad, pacten lo que estimen oportuno sobre las consecuencias económicas de su relación mientras dure y para, en su caso, su ruptura, sin más limitación que las previstas en el art. 1255 CC.

No obstante, ha de hacerse constar que esta exigencia no encuentra un fácil acomodo en el marco legal autonómico ya que son bastantes los preceptos de algunas leyes vigentes cuya constitucionalidad resulta más que dudosa, a la espera de que se plantee la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad que termine con la incertidumbre[14].

II. LA LEY 7/2018, DE 3 DE JULIO, DE PAREJAS DE HECHO DE LA REGIÓN DE MURCIA

1. Un texto expurgado de todo contenido inconveniente desde el punto de vista constitucional

En el nuevo escenario jurídico dibujado tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y cerrando el círculo de la ordenación autonómica de este modelo de convivencia aparece la Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Región de Murcia (en adelante LPHRM). La norma supone la tardía respuesta del legislador autonómico al vacío legal existente sobre la regulación de las uniones estables en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Habida cuenta de las limitaciones competenciales que en esta materia presenta la propia Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de las acotaciones que sobre el fenómeno había hecho el TC, la Ley 7/2018 se ofrece como un andamiaje jurídico que sirva para la equiparación de los derechos entre matrimonio y parejas de hecho en un escenario de derecho público donde la Comunidad Autónoma tiene competencias, alejado de la dimensión civil del fenómeno, de acceso vetado al legislador autonómico *ex* art. 149.1. 8ª CE.: derechos en el marco del régimen del personal al servicio de la Comunidad Autónoma y en toda la normativa

pareja, que es lo que hace la Ley 5/2012 (LCV 2012, 351) , de la Comunidad Valenciana, "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" (STC 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81) , FJ 4, sobre la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre (LCM 2002, 2) , de uniones de hecho). Según razonaba dicha Sentencia, los efectos personales y patrimoniales que se atribuyen a esa situación de convivencia por razón de afectividad son simple trasunto de las establecidas en el Código civil (LEG 1889, 27) -y, en su caso, en los Derechos civiles forales o especiales- para el matrimonio (v. gr. pactos entre los miembros de esa unión, régimen económico -derechos, obligaciones, cargas y responsabilidades- de la misma, pensión compensatoria en caso de separación, derechos sucesorios del supérstite, etc…) y ello supone, por tanto, la regulación de una relación *interprivatos* y, en consecuencia, de una institución civil, como ya había declarado la STC 28/2012, de 1 de marzo (RTC 2012, 28) , FJ 5, citada también en aquella sentencia".

14 *Vid.* por ejemplo el contenido de los arts. 10 y 11 de la Ley 2/2002, Andalucía; art. 7, Ley 5/2003, Islas Canarias; art. 8, Ley 1/2005, Cantabria; art. 6, Ley 5/2003, Extremadura.

de servicios y prestaciones sociales de la misma, en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios, permitiendo que los miembros de una pareja de hecho puedan acogerse a los mismos beneficios fiscales previstos en la legislación autonómica atribuidos a los cónyuges.

Hay que decir que la Ley 7/2018 cuenta con el mérito de haber roto con la tendencia legislativa instalada en algunas normas autonómicas que la precedieron, hoy de cuestionable constitucionalidad, ofreciendo un texto expurgado de todo contenido inconveniente desde el punto de vista constitucional. No hay lugar en su articulado para el reconocimiento legal de la autorregulación de los convivientes dirigidos a regir sus relaciones económicas y patrimoniales, tanto constante la convivencia como con ocasión de su cese. O para determinados pronunciamientos de claro trasfondo civil en el ámbito del derecho de familia y sucesiones como la calificación solidaria la responsabilidad frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa[15], la negación de efectos frente a terceros de los pactos entre convivientes[16], el derecho reconocido al conviviente sobreviviente de residir en la vivienda habitual durante 1 año[17] o el reconocimiento de compensaciones económicas en caso de disolución[18].

La ley marca el criterio de la residencia como punto de conexión para determinar la aplicación de la norma estableciendo la necesidad de que al menos uno de los convivientes esté empadronado y tenga su residencia en la Comunidad Autónoma. Aunque *prima facie* tal mandato pudiera evocar el contenido propio de una norma de conflicto (cuya competencia exclusiva el art. 149.1.8 CE reservaría al Estado), al recurrir al criterio de la residencia como punto de conexión para determinar la aplicación de la norma autonómica, una cabal interpretación del precepto enerva cualquier posible tacha inconstitucionalidad al situarlo en un entorno administrativo donde la Comunidad Autónoma tiene plena competencia.

También la norma autonómica ha eliminado de su texto el óbice de constitucionalidad que puso en evidencia la STC 23 abril 2013[19] y que justificó la inconstitucionalidad de la ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en tanto en cuanto vetaba la aplicación de la ley a los convivientes que no hubieran manifestado su voluntad de acogerse a la misma. Por ello, la ley incorpora en su artículo 1 un requisito formal ineludible para poder acceder a la aplicación de la ley, que ha de estar presente en cualquiera de los

15 Art. 12.4, Ley 5/2002 Andaluza

16 Arts. 12.3, Ley 2/2002, Andalucía; art. 8.4 Ley 5/2003, Islas Canarias; art. 6.4, Ley 5/2003, Extremadura; art. 5.3, Ley 4/2002, Asturias; art. 5.3, Ley 1/2005 Cantabria.

17 Art. 13, Ley 2/2002, Andalucía.

18 Art. 7, Ley 5/2003, Extremadura; art. 9, Ley 1/2005, Cantabria.

19 STC (Pleno) núm. 93/2013, 23 abril, (RTC 2013, 93).

cauces con los que se permite acreditar la existencia de la pareja: la sumisión de los convivientes al texto legal, necesaria tanto si se trata de una unión acreditada por cualquier medio reconocido en derecho como si la misma ha surgido de una declaración de voluntad: "En cualquier caso, para que la presente ley les sea de aplicación, los miembros de la pareja tendrán que haber expresado, de modo fehaciente, su voluntad de constituirse como pareja de hecho".

Basta con esta exigencia para dar acomodo al pronunciamiento del TC, al que se ha hecho referencia *supra*, según el cual la convivencia, en cuanto manifestación del libre desarrollo de la personalidad de los convivientes, no puede someterse a un marco legal concreto si los convivientes no han declarado su voluntad en este sentido. Por ello, en el ámbito autonómico no toda realidad convivencial de la que se pueda tener noticia habrá de constituir en sentido jurídico una pareja de hecho sometida a la ley 7/2018, susceptible de demandar la aplicación de sus previsiones en el ámbito del derecho público/administrativo. En este sentido, se impone la existencia de dos categorías de parejas de hecho:

1. Parejas de hecho de derecho. Los convivientes se sitúan dentro del marco legal al aceptar la aplicación de la ley a través de una declaración de voluntad de modo fehaciente a la que hace referencia el art 1 LPHRM. Tales parejas pueden estar dotadas de pactos de convivencia que la ley no regula pero que encuentran su fundamento en el art. 1255 CC o carecer de los mismos quedando sometidas, en su caso, a la doctrina jurisprudencial.

2. Parejas de hecho de hecho. Situadas extramuros de la ley 7/2018 por no haber consentido los convivientes la aplicación de la misma, en un claro ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes recogido en el art. 10.1 CE. En consecuencia, estas uniones, que nada impide que celebren pactos de convivencia, se verán privadas de los beneficios administrativos que la norma ofrece.

Aunque no hubieran pactado nada en ejercicio de su autonomía de la voluntad, el derecho no podrá ignorar su realidad como hecho jurídico capaz de producir una serie de efectos[20] respecto de los que, en su caso, el juez deberá conocer, como por ejemplo la necesidad de compensar el enriquecimiento injusto que se haya podido generar a uno de los convivientes[21].

20 De hecho jurídico las califica O'Callaghan, X.: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho", en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 16.

21 *Vid.* la STS núm. 17/2018 de 15 enero (RJ 2018, 76) (Pleno) que afirma: "La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala que de que no cabe aplicar por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto…".

2. Modelo convivencial diseñado por la norma

El primer precepto con el que arranca el articulado de la Ley 7/2018 diseña el modelo convivencial al que se le va a aplicar la norma, expulsando de la misma cualquier convivencia personal que no se ajuste a tal descripción: unión estable, libre, pública y notoria en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 3[22].

A poco que comparemos el texto de la LPHRM con el de otras normas autonómicas se constata que, al contrario que estas[23], la norma murciana ofrece un concepto de pareja de hecho huérfano de cualquier referencia tanto a requisitos formales (inscripción obligatoria en un determinado Registro) como a circunstancias fácticas de las que pudiera resulta cuantificada la estabilidad de la convivencia (la necesidad de un cierto tiempo de convivencia o la existencia de descendencia común).

La novedad en el diseño del fenómeno es el resultado de la precaución adoptada por el legislador autonómico para evitar la incorporación a la norma de requisitos cuya constitucionalidad había quedado cuestionada en la STC 23 abril 2003 relativa a la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra[24], que obligó a eliminar de su articulado las expresiones relativas a la atribución *ex lege* de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de determinadas circunstancias como un tiempo de convivencia o hijos en común.

La ley afronta la configuración del concepto de pareja basado más en la intención o vocación de permanencia que en circunstancias objetivas que den prueba de la misma, bastando para que surja la pareja el ánimus de querer la convivencia como base para un proyecto de vida futuro, sin necesidad de que existe *corpus* cuantificado en determinadas circunstancias, como llevar ya un tiempo de unión o tener descendencia común. Un ánimo que podría manifestarse de manera expresa, bien en la inscripción o en la declaración de voluntad en escritura pública sin que tenga que ir acompañado por la constatación *ex ante* de la convivencia.

22 Artículo 3. Requisitos personales
No pueden constituir una pareja de hecho de acuerdo con la presente ley:
a) Los menores de edad no emancipados.
b) Las personas ligadas por vínculo matrimonial no separadas judicialmente.
c) Las personas que formen parte de una pareja de hecho debidamente inscrita con otra persona.
d) Los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta.
e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.
f) Las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme.

23 Art. 1 Ley 5/2003, de 6 de marzo, Canarias; art. 1 Ley 4/2002, de 23 de mayo, Asturias; art. 234 1. Código civil catalán, Ley 25/2010, de 29 de julio; art. 305, CCF Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo; art. 2.2, Ley 5/2003, de 20 de marzo, Extremadura; art 1 Ley 11/2001, de 19 de diciembre, Madrid.

24 STC (Pleno) núm. 93/2013, 23 abril, (RTC 2013, 93).

Solo en el caso de acreditar la existencia de la pareja *per facta concludentia* de los convivientes se debería acreditar la prueba de tal realidad.

3. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley

Pueden formar una pareja de hecho sometida a la LPHRM los mayores de edad y los menores mayores de 16 años que estén emancipados de acuerdo con lo que establece el art. 314 CC. Cumplido tal requisito, además los convivientes no podrán ser parientes por consanguinidad o adopción en línea recta ni colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

Si bien la Ley permite que los convivientes ligados por vínculo matrimonial previo puedan constituir una pareja de hecho siempre que hayan obtenido la separación judicial (sorprende que el legislador autonómico guarde sobre la separación notarial), en cambio impide tal posibilidad para aquellos que estuvieran vinculados por una unión estable previa debidamente inscrita. Del tenor del texto legal cabría deducir que tal impedimento solo juega para las parejas inscritas por lo que quedaría abierta la posibilidad de que un conviviente formara parte simultáneamente de dos parejas, una registrada y otro que no lo esté.

La inexistencia de un Registro Central de ámbito nacional que coordine la información de todos los autonómicos constituye un serio inconveniente para poder dar cumplimiento a la exigencia *supra* explicada de que ningún conviviente forme parte de otra pareja debidamente inscrita[25]. Y ello pese a las buenas intenciones que el legislador recoge en la Disposición Adicional de la ley al establecer que "La Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia mantendrá las oportunas relaciones de cooperación con otras administraciones públicas que cuenten con registros de parejas de hecho o similares, al objeto de evitar supuestos de doble inscripción".

Con una terminología poco acorde con los planteamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[26], la ley prohíbe que formen pareja de hecho a las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme.

Más allá de la inapropiada terminología empleada, este impedimento legal supone a mi parecer una vulneración injustificada de los derechos de estas personas, admitiendo *ex lege* una clara discriminación por razón de discapacidad;

25 Así lo pone de manifiesto Alonso Herreros, D.: "Algunas consideraciones sobre los Registros de uniones civiles de hecho", *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 36, marzo, 2002, p. 5.

26 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York

ignorando con ello el propósito declarado de la Convención[27], que no es otro que el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

4. Modos para acreditar la existencia de las parejas de hecho previstos por el legislador autonómico

Las tres vías que la ley ha previsto para acreditar la existencia de la pareja de hecho están enumeradas en el art. 4 LPHRM[28]. Aunque la inscripción en el Registro aparece de modo destacado, calificándola la ley como de carácter declarativo[29], la norma también permite alcanzar el objetivo mencionado a través de la constitución de la pareja en escritura pública otorgada conjuntamente por ambos convivientes o mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho y suficiente a los efectos establecidos en el art 1.

Con ello, la ley pone de manifiesto el doble modelo de pareja de hecho con el que cuenta: un modelo basado en la convivencia fáctica y otro que descansa en un negocio familiar, manifestación del libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes cuyas declaraciones, emitidas ante notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley serían la culminación de todo un "proceso de gestación del negocio familiar, dando fehaciencia a su nacimiento"[30].

27 Por discriminación por motivos de discapacidad art. 2 CNY "se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables".

28 Artículo 4. Acreditación
1. Son uniones de hecho formalizadas aquellas en que consta su existencia, bien por declaración de voluntad de sus integrantes ante el funcionario o funcionaria encargado o encargada del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, plasmada en la correspondiente inscripción o bien en otro documento público inscrito en el mencionado Registro, siempre que cumplan los requisitos que determina esta ley para ser tenidas por tales.
La inscripción de la unión de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se producirá mediante resolución del órgano competente para la gestión de dicho Registro, en el plazo de tres meses desde la solicitud, siendo los efectos del silencio administrativo negativos, sin perjuicio de la resolución posterior sobre aquélla. Contra dicha resolución cabrá interponer el correspondiente recurso administrativo.
2. Además se podrá acreditar la existencia de una pareja de hecho mediante:
a) Escritura pública otorgada conjuntamente por ambos miembros de la pareja.
b) Por cualquier medio de prueba admisible en derecho y suficiente a los efectos establecidos en el artículo 1 de esta ley.
3. La formalización de estas uniones tiene efecto, según los casos, a partir de la fecha de inscripción registral, de la fecha de autorización del documento o de la fecha de constatación de la suficiencia del medio de prueba aportado.

29 La inscripción en el Registro de Parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tendrá efectos declarativos sobre la constitución, modificación y extinción de las mismas.

30 Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y Casado Casado, B.: "Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, septiembre-octubre 2004, p. 2362.

El Registro de Parejas de Hecho al que se refiere la ley (en adelante RPHRM) se configura como un registro de ámbito regional para toda la comunidad autónoma que centralizará todas las inscripciones de parejas de hecho, tanto las realizadas por la declaración de voluntad de los convivientes ante el funcionario encargado del mismo como las que encuentren su justificación en un documento público que acoja dicha declaración.

El art. 5 atribuye al RPHRM carácter administrativo, como no podía ser de otra manera habida cuenta de que el art. 149.1.8ª CE excluye la actuación del legislador autonómico de la ordenación de registros en materias de derecho privado[31]. Vetado el acceso al mismo de los pactos de naturaleza patrimonial entre los convivientes y reservada su virtualidad a servir de instrumento de prueba de la existencia de la pareja a los efectos de la aplicación de un régimen jurídico público en el ámbito de las competencias autonómicas, ha de colegirse que su contenido difícilmente tendrá incidencia en materias de Derecho civil y carecerá de interés para los terceros que contraten con los convivientes. Es por ello que el art. 7 limita la publicidad del RPHRM exclusivamente a la expedición de certificaciones de sus asientos, bien a instancia de cualquiera de los miembros de la unión, bien a solicitud de los jueces y tribunales de justicia en los casos en que proceda.

Ha de puntualizarse que los tres medios con los que el legislador autonómico cuenta para poder acreditar la existencia de la pareja de hecho (inscripción, escritura pública y cualquier otro medio de prueba admisible en derecho y suficiente a los efectos establecidos en el artículo 1) despliegan sus efectos exclusivamente en el marco del reconocimiento de los beneficios que la ley dispensa. Fuera del mismo, nada impide que el legislador vincule la consecución de determinados efectos solo a las parejas que prueben su existencia de una determinada manera, excluyendo a todas las demás. Esto es lo que ha ocurrido en materia de reconocimiento de la pensión de viudedad; el legislador estatal en materia de seguridad social ha optado por un modelo de pareja de hecho formalizada[32], y para acceder a dicha prestación

31 El Tribunal Constitucional declaró en su sentencia 71/1983, de 29 de julio, (RTC 1983, 71), que «los registros a los que se refiere el citado art. 149.1.8 CE son los referentes fundamentalmente a materias de derecho privado como se infiere de su contexto y no a otros registros (…)».Como recuerda la STC (Pleno), núm. 81/2013 de 11 abril, (RTC 2013, 81), que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 11/2001, de la Comunidad de Madrid, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, creen registros administrativos ha sido admitida con naturalidad por la doctrina constitucional desde las SSTC 32/1983, de 28 de abril y 87/1985, de 16 de julio. Pronunciamiento que reitera la sentencia 110/2016, de 9 de junio, que resuelve, como antes se indicó, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad de Valencia: «la regulación de un registro administrativo con el fin de controlar, dar publicidad y constancia a las uniones de hecho se ha considerado conforme con el orden constitucional de distribución de competencias en Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil».

32 Así lo destaca la STC 40/2014, de 11 de marzo, (TRC 2014,40), al analizar los requisitos exigidos en el antiguo art. 174.3 LGSS (ahora, art. 221 TRLGSS): "la pensión de viudedad que la norma establece no es a favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia".

no basta con demostrar una convivencia estable y notoria, sino que, además, es preciso acreditar que la pareja se ha constituido como tal mediante la inscripción en un registro creado en las condiciones que recoge la legislación de la seguridad social.

Para terminar, informar que del texto de la norma autonómica ha desaparecido la prohibición, presente en algunos de los textos de otras Comunidades Autónomas, de constitución de una pareja con carácter temporal o sometida a condición. Ello responde a que tal proceder ha sido considerado por la STC 23 abril 2013, como contraria a la libertad del individuo, y por ende al art. 10.1 CE, a pesar de reconocer que "dicha regla resulta lógica en la medida en que se refiere a una relación presidida por la *affectio*, que difícilmente podría quedar sometida a semejantes cláusulas sin desvirtuar la propia naturaleza de la unión de hecho. En consecuencia, a partir de ahora nada impide que se pueda configurar una unión legal para futuro (por ejemplo, condicionada a la obtención de divorcio), o con fecha de caducidad (por maltrato, infidelidad, abandono, etc.)"[33].

5. Extinción de las parejas de hecho constituidas al amparo de la Ley 7/2018

La ley ha reservado el Capítulo V para regular la extinción de las parejas de hecho iniciándose el mismo con el art. 9 LPHRM[34] del que se infiere que las parejas de hecho, como forma de ordenar la convivencia *more uxorio*, se extinguen cuando la unión se quiebra, bien de manera voluntaria (mutuo acuerdo, separación de hecho de más de seis meses consentida por ambos convivientes, matrimonio de los convivientes entre sí), bien por decisión unilateral de uno de ellos (decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en derecho, separación de hecho de más de seis meses por voluntad de uno de los convivientes, por contraer matrimonio uno de los miembros de la pareja con un tercero), bien por causas ajenas a la voluntad de ambos convivientes(muerte de uno de los convivientes).

En este escenario extintivo la ley impone dos obligaciones[35]: la primera afecta a los supuestos en que la pareja se haya constituido en escritura pública imponiendo a los convivientes la obligación, que puede ser cumplida separadamente, de dejar

33 Egúsquiza Balmaseda, M.A.: "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5/2013, p.11.

34 Artículo 9. Causas de extinción
1. Las parejas de hecho se extinguen por las siguientes causas:
a) Por mutuo acuerdo.
b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en derecho.
c) Por muerte de uno de los miembros de la pareja.
d) Por separación de hecho de más de seis meses.
e) Por contraer matrimonio uno de los miembros de la pareja

35 Artículo 9.2
[…]

sin efecto la misma. La segunda, relativa a las parejas que están inscritas, obliga a cualquiera de los convivientes a solicitar, en el plazo de un mes, la cancelación de la inscripción, así como dar traslado de su escrito al otro miembro de la pareja.

2. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, se hubiera otorgado. Si la voluntad de cancelación se presenta por uno sólo de los miembros de la pareja, se dará traslado de su escrito al otro miembro de la pareja a efectos de su conocimiento.

3. En el caso de extinción de la unión de parejas de hecho formalizadas en el Registro de Parejas de Hecho, cualquiera de sus miembros deberá solicitar, en el plazo de un mes, la cancelación de la inscripción que conste en el Registro, así como dar traslado de su escrito al otro miembro de la pareja.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Herreros, D.: "Algunas consideraciones sobre los Registros de uniones civiles de hecho", *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 36, marzo, 2002.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?, *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, agosto 2016.

Egúsquiza Balmaseda, M.A.: "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5/2013.

Legerén-Molina, A y Cantero Núñez, F.: *Las parejas de hecho y de derecho (Régimen jurídico de la convivencia "more uxorio" en España*), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018

O'callaghan, X.: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho", en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, *Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 1998

Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y Casado Casado, B.: "Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, septiembre-octubre 2004.

EN LA SALUD Y EN LA ENFERMEDAD: LA ASISTENCIA MÉDICA EN LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO

IN SICKNESS AND IN HEALTH: THE MEDICAL ASSISTANCE IN THE ECONOMICS OF MARRIAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 148-173

* Este trabajo se corresponde con el contenido de la comunicación presentada en el congreso internacional titulado: *"Saúde, novas tecnologias e responsabilidade: perspectivas contemporâneas"*, que se desarrolló durante los días 10 y 11 de mayo de 2018, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, y ha sido realizado con la financiación obtenida de las ayudas para contratos predoctorales de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid, convocadas por resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n.º 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).

Adrián
ARRÉBOLA
BLANCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La asistencia médica suele considerarse por el común de la doctrina como un servicio que debe estar a cargo de la economía del matrimonio, al margen de cuál sea su valor en relación con el nivel de vida de la familia. Sin embargo, los diferentes regímenes económico-matrimoniales solo contienen reglas especiales de responsabilidad por estas deudas en cuanto tengan un valor ordinario, según estas mismas circunstancias. Este trabajo analizará cómo encaja aquella opinión en cada uno de los regímenes económico-matrimoniales establecidos por el ordenamiento jurídico español y portugués.

PALABRAS CLAVE: Asistencia médica; alimentos; cargas del matrimonio; responsabilidad; régimen económico del matrimonio.

ABSTRACT: *The medical assistance is usually considered by most of the authors as a service that has to be supported by the economics of the marriage, independently of how much it costs in relation with the family's standard of living. However, the different marital property systems only contain especial liability rules regarding these debts as long as they have an ordinary value, according to this parameter. This work will analyse how this opinion fits with each one of the marital property systems that are laid down by the Spanish and Portuguese law.*

KEY WORDS: *Medical assistance; alimony; burdens of the marriage; liability; marital property law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ASISTENCIA MÉDICA COMO CARGA DEL MATRIMONIO.- 1. Delimitación cualitativa.- 2.- Delimitación subjetiva. 3. Delimitación cuantitativa.- III. LA ASISTENCIA MÉDICA COMO DEUDA DEL MATRIMONIO.- 1. La comunhão geral de bens.- 2. La comunhão de adquiridos.- 3. La sociedad de gananciales.- 4. El régimen de participación en las ganancias.- 5. El régimen de separación de bienes.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura jurídica revela con suma frecuencia cómo el común de los autores coincide en concebir la asistencia médica como un servicio que, por el carácter primario de las necesidades que pretende satisfacer, debe estar siempre a cargo de la economía del matrimonio. Por supuesto, así podría considerarse como consecuencia de la ayuda o *auxílio* y/o socorro que los consortes se deben mutuamente entre sí, y para con sus hijos, a propósito de las obligaciones que les corresponden como progenitores. Sin embargo, desde el orden económico, y no puramente personal, esta opinión no debe prescindir jamás de considerar la conformidad del coste derivado de semejante asistencia con el nivel de vida de la familia, porque, en función de que éste disponga o no de naturaleza ordinaria o *normal* al amparo de este parámetro, serán aplicables unas u otras reglas de responsabilidad por las deudas contraídas a este respecto por parte de los consortes, frente a sus acreedores. Será preciso, por lo tanto, analizar cómo encaja aquélla en el contenido de las cargas del matrimonio o de los *encargos da vida familiar*, para valorar, después, cuáles son las vías disponibles al servicio de estos últimos para exigir responsabilidad a aquéllos por estas mismas deudas. Siendo éste, incluso, un asunto cuya preocupación trasciende el entorno estrictamente ibérico, en la medida en que otros autores de ámbito internacional han realizado diversas publicaciones sobre la repercusión que obtendría la enfermedad en la economía del matrimonio, resulta apropiado someterlo a reflexión desde una perspectiva jurídico-comparativa que integre las semejanzas y especialidades que respectivamente unen y separan el ordenamiento jurídico portugués y el español, en conmemoración de los treinta años que cumple el *Centro de Direito Biomédico* de la Universidad de Coímbra[1].

1 Entre otros, *vid.* Cuiioli, M.: "La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en Droit matrimonial français", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1968, pp. 253-285.

• Adrián Arrébola Blanco
Investigador Contratado Posdoctoral, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: adrianarrebola@ucm.es

II. LA ASISTENCIA MÉDICA COMO CARGA DEL MATRIMONIO

Los consortes, al contraer matrimonio, entablan un proyecto de vida en común para cuya realización tendrán que afrontar, necesariamente, una serie de gastos originados directamente por parte del grupo familiar. Estos gastos, de los cuales no será posible responsabilizar a ninguno de sus miembros en particular, sino a todos conjuntamente, por servir de provecho común, son aquellos a los que los legisladores portugués y español se refieren respectivamente por medio de las denominaciones de *encargos da vida familiar* y de cargas del matrimonio[2]. Sin embargo, ninguno de ellos proporciona información suficiente para delimitar con exactitud los gastos que hubieran de integrar su contenido, aunque es frecuente que se consideren como tales los costes derivados de la asistencia médica. Para ello, por tanto, será necesario emprender un exhaustivo ejercicio de interpretación mediante una sucesión de factores que dependerán, en última instancia, de las circunstancias económicas y personales de cada familia en particular, a fin de localizar el sustrato jurídico subyacente a la común opinión consistente en colocar la asistencia médica a cargo de la economía del matrimonio.

1. Delimitación cualitativa

La única referencia prevista legislativamente con respecto a los gastos que pudieran integrar el contenido de las cargas matrimoniales o *encargos da vida familiar*, a pesar de ser aplicables a todo régimen económico del matrimonio, se encontraría incardinada entre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Éste no solo es el régimen económico-matrimonial supletorio en el ordenamiento jurídico español -a salvo de las excepciones previstas por parte de algunos legisladores autonómicos para sus respectivos territorios-, sino también el que gozó de mayor preponderancia a lo largo de la tradición jurídica castellana -hasta convertirse después ésta en la española, al tiempo de la codificación civil-; dos circunstancias que podrían haber contribuido a que el legislador español acabase mostrando una preocupación igualmente superior por su regulación respecto a otros regímenes económico-matrimoniales, y dispusiese precisamente en su sede que serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos ocasionados "por el sostenimiento de la familia", *ex* artículo 1362.1 del Código Civil.

Esta alusión genérica al sostenimiento, sustento o provisión de alimentos del grupo familiar debe conectarse por tanto con aquellos otros "alimentos" que los consortes están recíprocamente obligados a prestarse por razón del matrimonio -al amparo del artículo 143.1 del Código Civil español-, y que suelen entenderse comprendidos entre los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio sin

2 En sentido similar, *vid.* Delgado Echeverría, J.: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 344.

apenas dificultad[3]. La única, quizá, fuera aquella que se extraería de la obligación de asistencia mediante la que el legislador portugués impone a los consortes el deber de prestarse alimentos, por una parte, y el de contribuir a los *encargos da vida familiar*, por otra; a tenor del artículo 1675.1 del Código Civil. Sin embargo, mientras dure el matrimonio, tal distinción no redundará en una duplicidad de obligaciones entre los consortes como quizá pudiera entenderse a primera vista, sino que tan solo servirá para delimitar cuantitativamente las deudas comunicables y no comunicables a los efectos de determinar las reglas de responsabilidad aplicables a las relaciones establecidas para con terceros acreedores[4].

Una vez comprendidos los alimentos que deben prestarse los consortes en el contenido de las cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar*, además de considerar las múltiples referencias a la *saúde* que efectúa el legislador portugués con respecto a las relaciones paterno-filiales, y que son fácilmente trasladables a los alimentos debidos entre aquéllos -*ex* artículos 1675.1, 1878.1, 1879, 1896.1 y 1918 del Código Civil-, ha de recordarse que el legislador español comprende como tales "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", así como a su vez declara que "por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo" como pudiera ser justamente aquélla; a través de los artículos 142, primer párrafo, y 1791 del Código Civil. Sin embargo, el hecho de que los gastos de asistencia médica queden de esta manera incluidos entre los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio, no significa que los consortes tengan que sufragarlos por sí mismos directamente y no por medio de un seguro.

A este respecto debe considerarse no solo que el legislador español prevea expresamente como cargas matrimoniales "las atenciones de previsión" que la mayoría de la doctrina interpreta por seguros -al amparo del artículo 1362.1 del Código Civil-, sino también que algunos de los gastos que integrarían la asistencia médica -como son los de embarazo y parto a los que hace mención aquél en el artículo 142, último párrafo, del mismo cuerpo legislativo- se sumen al contenido de los alimentos debidos entre consortes -y, por ende, al de tales cargas- en la medida en que "no estén cubiertos de otro modo" como a su vez podría ser el contrato de seguro; especialmente, después de que esta expresión reemplazara

3 Así lo creen Beltrán de Heredia y Onís, P.: "Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), t. III, v. II, Edersa, 2ª ed., Madrid, 1982, pp. 8-10; Coelho, Francisco Manuel Pereira y Oliveira, Guilherme Freire Falcão de: *Curso de Direito da família*, v. I, Universidad de Coímbra, 5ª ed., Coímbra, 2016, p. 416; Dias, Cristina Manuela Araújo: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, 2ª ed., Coímbra, 2009, p. 59; Varela, João de Matos Antunes: *Direito da família*, v. I, Livraria Petrony, 5ª ed., Lisboa, 1999, p. 351.

4 En dirección similar, apreciando una diferente amplitud entre los alimentos debidos entre consortes y los *encargos da vida familiar,* así como al mismo tiempo entre el deber de contribuir a su levantamiento y la responsabilidad derivada de las deudas contraídas para su satisfacción, *vid.* Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreenção* de um sistema bimodal, tesis, Universidad de Coímbra, Coímbra, 2015, pp. 37 y 41.

a la de "institución de previsión o asistencia" que inicialmente incorporaba el proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979[5]. En contra de este criterio, no obstante, alguna opinión considera que el contenido de las cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar* no puede extenderse a las necesidades venideras; pero, de ser así, carecería de sentido que la autoridad judicial pudiese dictar las medidas cautelares que juzgue oportunas para "proveer a las necesidades futuras" de la familia ante el posible incumplimiento de cualquiera de los consortes con respecto al deber que a ambos les asiste de contribuir a su levantamiento, como justamente se prevé por el legislador español *ex* artículo 1318, párrafo segundo, del Código Civil[6].

2. Delimitación subjetiva

Las cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar* incluirían por supuesto los gastos ocasionados por la asistencia médica de los consortes, al amparo de las obligaciones alimenticias que pesan sobre ellos. Sin embargo, no ha de ignorarse que las cargas de la sociedad de gananciales no solo hacen referencia al sostenimiento único y exclusivo de los consortes, sino más bien al sostenimiento de la familia. Por ello, quizá, sea más adecuado el empleo del término portugués de *encargos da vida "familiar"*, frente al español de cargas "del matrimonio". Piénsese que, mientras este último no contemplaría el hecho en que los consortes, al convertirse en progenitores, adquiriesen con respecto a sus descendientes el deber de alimentarlos y que el correspondiente costo de su sustento o manutención, habitación o vivienda, vestido y asistencia médica se añadiría al de los gastos generados por ellos mismos como cargas "del matrimonio"; aquél los estimaría como un todo, al estar referido a la familia como entidad colectiva. No obstante, aún podría señalarse que la agrupación familiar tiene su origen en la unión de los propios consortes, y que serían solamente éstos quienes por tanto quedaran inicialmente sujetos al levantamiento de unos *encargos* que no emanarían tanto de una vida *"familiar"* como de otra estrictamente "matrimonial"; motivo por el que quizá sea más apropiado el empleo del término español de cargas "del matrimonio".

Sea como fuere, a juicio de cada uno, de lo que no cabría ninguna duda es de que los gastos debidos a la alimentación -y, por tanto, también, a la asistencia médica- de los hijos quedaran incorporados a los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio, no solo porque los legisladores español y portugués impongan a los consortes la obligación de compartir el cuidado y atención de descendientes, por

5 BOCGCD, serie A, n.º 71-I, 14 de septiembre de 1979, p. 338.

6 En el mismo sentido, *vid.* Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório*, cit., p. 46. Sin embargo, negando la inclusión de las necesidades futuras en el contenido de las cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar, cfr.* Ragel Sánchez, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 239.

un lado, y de *"assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram"*, por el otro -en virtud de los artículos 68 y 1674 de sus respectivos códigos civiles-, sino a propósito de los deberes alimenticios que se derivarían para uno y otro progenitor como consecuencia de las relaciones paterno-filiales, y a los que quizá hubiera de añadir el de *"promover o desenvolvimento* físico, intelectual e moral dos *filhos"* aludido en el artículo 1885.1 del Código Civil portugués. Pese a todo, para acabar, aun debería juzgarse el alcance que a tales efectos pudiera tener la distinción que efectúa el legislador español, entre hijos comunes y no comunes a ambos consortes, al establecer las cargas de la sociedad de gananciales en el ya citado artículo 1362, apartado primero, del Código Civil.

La lectura de sus dos párrafos invita a considerar que siempre serán cargas de la sociedad de gananciales aquellos gastos que se originen por la alimentación de los hijos comunes, pero no siempre los debidos a la alimentación de los no comunes, sino tan solo mientras convivan con el matrimonio formado por el progenitor y su respectivo consorte. Este matiz revela como el elemento que permitiría gravar el patrimonio de los consortes con los gastos ocasionados por la alimentación de sus hijos -y entre los cuales se encontrarían justamente los de la asistencia médica que éstos demandasen eventualmente, recuérdese-, no sería tanto su filiación como el simple hecho de que unos y otros vivan juntos en un mismo hogar, porque, incluso, de no ser así, no tendría sentido imponer a los hijos el levantamiento de unos gastos que en absoluto hubieran contribuido a generar. De hecho, por este motivo, el legislador español y el portugués limitan la exigibilidad de este deber respecto de los hijos "mientras convivan" con los propios consortes o *"durante a vida em comum"* con los mismos, según se prevé expresamente en los artículos 155.2 y 1874 de sus respectivos códigos civiles.

La distinción, por tanto, entre hijos comunes y no comunes, no tendrá mayor poder que el de recordar que estos últimos no necesariamente viven junto al progenitor de cuyas cargas matrimoniales o *encargos da vida familiar* pudiesen formar parte los gastos debidos a su alimentación -o asistencia médica, en particular-, si su custodia resultara atribuida a su otro progenitor; mientras que aquéllos sí estarían obligados a convivir con sus dos progenitores, unidos en matrimonio, a la luz de cuanto prevén los legisladores español y portugués en los artículos 154.1 y 1887 de sus respectivos códigos civiles. Sin embargo, a pesar de que el español permite por una parte que el progenitor satisfaga los alimentos de sus hijos no comunes por medio de su mantenimiento en su propia casa, no considera por la otra la posibilidad de que su consorte no consienta la convivencia de éstos en el hogar común como por el contrario hace el portugués, y en cuyo caso no tendrían derecho a ser mantenidos como un *encargo da vida familiar* o una carga del matrimonio, al amparo del artículo 1882 de su Código Civil.

La falta de convivencia impediría a su vez que se comunicasen como cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar* los gastos derivados del embarazo y parto de hijos no comunes durante el matrimonio, llegado el caso. Sí lo serán sin embargo cuando se trate de alumbrar a hijos comunes, en la medida en que el legislador español establece que "entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto", y el portugués extiende al *nasciturus* el deber que impone a los progenitores de *velar pela saúde* de sus respectivos hijos, según lo dispuesto por el último párrafo del artículo 142 del Código Civil español, y el 1878.1 del portugués. En cualquier caso, nada obstaría a la supresión de toda referencia a estos gastos como contenido de la obligación alimenticia por cuanto quedarían perfectamente absorbidos por aquellos otros que se derivasen, en general, de la asistencia médica; tal y como ha sido debidamente señalado[7].

3. Delimitación cuantitativa

Aunque algunos autores no reconocen mayor relación entre el régimen jurídico de los alimentos y el de los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio que aquella por medio de la cual éstos o éstas se sirven y absorben el contenido propio de aquéllos constante el matrimonio, al no exigirse, para ello, equilibrio alguno entre el estado de necesidad de los consortes y sus respectivas capacidades económicas o financieras, es evidente que una afirmación así no estaría exenta de contradicciones[8]. Los alimentos, cubren las necesidades más primarias de los consortes y, por tanto, también las primeras a las que deberán hacer frente conjuntamente una vez contraído el matrimonio. Ello significa que el estado de necesidad constituiría la base de una pirámide de gastos por medio de cuyos diferentes niveles irán o no ascendiendo aquéllos en función de sus respectivas posibilidades económicas o financieras, valoradas en común. De hecho, son precisamente estos parámetros a los que acude el legislador español cuando condiciona las "necesidades ordinarias de la familia" a las "circunstancias de la misma", mediante los artículos 1319, 1362 y 1440 del Código Civil.

El legislador portugués, por el contrario, no establece una relación tan evidente entre necesidades y nivel de vida familiar a la hora de catalogar cuantitativamente sus *encargos*, aunque es posible extraer exactamente el mismo criterio del mero hecho de imponer a los consortes el deber de contribuir a su levantamiento *"de harmonia com as possibilidades de cada um"*, en el artículo 1676.1 de su Código Civil. Se trata de una interpretación que al mismo tiempo quedaría amparada por el *"normais"* con que aquél adjetiva a los *encargos da vida familiar* cuyas deudas

7 *Vid.* Beltrán de Heredia y Onís, P.: "Comentarios", cit., p. 29; Delgado Echeverría, J.: "Comentarios a los artículos 142 a 148 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1034.

8 En este sentido, *vid.* Lucet, F. y Vareille, B.: *Droit civil: régimes matrimoniaux, libéralités, succesions*, Dalloz, 2ª ed., París, 1997, p. 32.

considera comunicables a los efectos de establecer el grado de responsabilidad que deba tener cada uno de los consortes con respecto a ellas frente a los terceros acreedores, y cuya *"normalidade"* parece depender también *das posibilidades de cada um*, a la vista del artículo 1691.1, letra a), del Código Civil[9]. Por consiguiente, nada obstaría a concluir que estas necesidades "ordinarias" o *"normais"* de los consortes constituyesen los primeros gastos que compusieran los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio, en concepto de alimentos.

Corolario de lo anterior es que, frente a estas necesidades ordinarias o *normais* cuyos costes conformarían el núcleo mínimo e inderogable de los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio -recuérdese aquí la naturaleza irrenunciable de que dispone el derecho de alimentos-, existan otras que resulten cuantitativamente extraordinarias o *não normais* de conformidad con el nivel de vida de la familia[10]. A ellas se refiere concretamente el legislador español cuando establece en sede de sociedad de gananciales que, "para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun siendo extraordinarios, bastará con el consentimiento de uno solo de los consortes", como excepción a la regla general de cogestión y codisposición que impera en este régimen económico-matrimonial con respecto a los bienes gananciales. Es evidente que estos gastos constituirían *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio, no solamente por resultar equiparados a los ordinarios o *normais* sobre los cuales cualquiera de los cónyuges puede operar en el tráfico jurídico sin precisar del consentimiento del otro -al amparo de la potestad doméstica o *governo doméstico* que prevé el artículo 1319 del Código Civil-, sino en la medida en que son considerados como el resultado de una necesidad[11]. Por lo tanto, así como por un lado sería posible extraer una asistencia médica ordinaria o *normal* conforme al nivel de vida familiar, también lo sería respecto a una asistencia médica extraordinaria o *não normal*, pero igualmente necesaria, por otro[12].

Es precisamente el carácter necesario de la asistencia médica que demandasen, tanto los propios consortes como sus respectivos hijos, el factor que conduciría al común de la doctrina a catalogar su coste como un *encargo da vida familiar* o carga del matrimonio a cuyo levantamiento estuvieran todos sujetos con independencia de ser o no cuantitativamente acorde con su nivel de vida, quizá, a la luz de los deberes de ayuda o *auxílio* y/o socorro recíprocos que los legisladores español y portugués establecen por medio de los artículos 67 y 68, y 1674 y

9 Así lo cree también Pinheiro, Jorge Alberto Caras Altas Duarte: *O Direito da família contemporâneo*, Almedina, 5ª ed., Coímbra, 2016, p. 476.

10 Por todos, *vid.* Montés Penadés, V. L.: "Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1935-1936.

11 Así lo estima Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1324 y 1375 a 1410 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1774-1775.

12 Advierte de ello Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório*, cit., p. 44.

1874.1, de sus respectivos códigos civiles[13]. De éstos, realmente, suele decirse que deriva la disciplina de los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio, aunque el legislador portugués les atribuya a ambos una ascendencia más confusa al establecer que el socorro y el *auxílio* mutuos forman parte del deber de cooperación, y que el de contribuir a los *encargos da vida familiar* en su lugar deriva del de asistencia, mientras el de *assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família* es parte de aquél y no de éste[14]. Sea como fuere, la repercusión de la irrelevancia reconocida al valor de la asistencia médica como *encargo da vida familiar* o carga del matrimonio se desenvolverá particularmente en el ámbito de las deudas contraídas con terceros acreedores para atender esta necesidad, en la medida en que por ellas responderá, uno, o ambos consortes, dependiendo de que se estime ordinario o *normal* o extraordinario o *não normal* conforme al nivel de vida familiar, al socaire de los artículos 1319 y 1691.1 a) de los códigos civiles español y portugués[15].

III. LA ASISTENCIA MÉDICA COMO DEUDA DEL MATRIMONIO

El provecho común que subyace en las necesidades cubiertas por medio de los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio repercute, no solo en las relaciones internas entabladas entre los consortes, y entre éstos para con sus hijos, sino también en las externas o frente a los terceros que en su caso ostenten la condición de acreedores respecto de aquéllos por las deudas contraídas para dar satisfacción a tales necesidades, al modificar las reglas generales de responsabilidad que operarían en cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, para cuanto atañe a la asistencia médica en particular, y al margen de que medie la contratación de un seguro capaz de cubrir los riesgos relacionados con la salud de los consortes y de sus respectivos hijos, el régimen específico de responsabilidad previsto por parte de los legisladores portugués y español en caso de deudas domésticas tendría que lidiar con el hecho de que la *communis opinio* juzgue siempre como tales aquellas obligaciones que fueran contraídas a este respecto, sean o no cuantitativamente acordes con el nivel de vida de la familia.

13 Por todos, *vid.* Coelho, Francisco Manuel Pereira y Oliveira, Guilherme Freire Falção de: *Curso de Direito*, cit., p. 481; De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1444 del Código Civil", en AA.VV: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), t. XVIII, v. III, Edersa, Madrid, 1985, p. 401; Dias, Cristina Manuela Araújo: *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges: problemas, críticas e sugestões*, Coimbra Editora, Coímbra, 2009, p. 191; Lacruz Berdejo, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 254; Lima, Fernando Andrade Pires de y Varela, João de Matos Antunes: *Código Civil anotado*, v. IV, Coimbra Editora, 2ª ed., Coímbra, 1992, p. 329; Morales Moreno, A. M.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 993; Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 338; Santos, Eduardo dos: *Direito da família*, Almedina, 2ª ed., Coímbra, 1999, p. 319; Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório*, cit., p. 44.

14 Critica esta imprecisión Varela, João de Matos Antunes: *Direito da família*, cit., p. 350.

15 En este sentido, *vid.* Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório*, cit., pp. 41 y 44.

Evidentemente, esta opinión común no tendría un impacto homogéneo sobre todos y cada uno de los regímenes económico-matrimoniales que aparecen tipificados por parte de los legisladores portugués y español, en sus respectivos códigos civiles. Éste será distinto, desde luego, en función del grado de confusión que cada régimen económico-matrimonial prevea sobre el patrimonio de los consortes. Desde el más amplio, de *comunhão geral de bens*, deberá descenderse por tanto a través de otros intermedios como el de *comunhão de adquiridos*, sociedad de gananciales o participación en las ganancias, hacia otros radicalmente opuestos y mucho más restrictivos como los de separación de bienes. Si bien es cierto que, para todos ellos, tratan de establecerse unas reglas más o menos comunes con respecto a las deudas contraídas para recibir una asistencia médica ordinaria o *normal* con arreglo al nivel de vida de la familia, no lo es menos que la respuesta de los ordenamientos jurídicos portugués y español no será en absoluto tan sencilla cuando el valor de aquélla supere este mismo umbral de tal forma que pueda considerarse cuantitativamente extraordinario o *não normal*. Por este motivo, resulta conveniente analizar separadamente el tratamiento de estas deudas en cada régimen económico-matrimonial, para después determinar cuáles debieran ser sus consecuencias en materia de responsabilidad frente a terceros acreedores.

1. La *comunhão geral de bens*

La *comunhão geral de bens* es el régimen económico-matrimonial que antaño ostentó la condición de supletorio en el ordenamiento jurídico portugués como resultado de la larga tradición que finalmente lo consagró como *costume do reino*, debido a su creciente expansión y predominio sobre el sistema dotal romano[16]. Sin embargo, a la hora de elaborarse el nuevo código civil durante la segunda mitad del pasado siglo, el régimen económico-matrimonial supletorio del viejo *Código de Seabra* no dispondría de la misma aceptación de que por el contrario gozaba en tiempos de las *ordenações*. Se trataba, en definitiva, de un régimen de comunidad universal que permitiría enriquecerse a los *nubentes* o futuros contrayentes por el simple hecho de casarse, y se temía por tanto que esta circunstancia se tradujese consecuentemente en una proliferación de matrimonios simulados por el acecho de nuevos cazadotes, al amparo de la situación de inestabilidad que por entonces estaba atravesando el matrimonio[17]. No obstante, y pese a resultar finalmente reemplazado por el de *comunhão de adquiridos* en su hegemónica condición de régimen económico-matrimonial supletorio, por este preciso motivo, el legislador portugués se mostró respetuoso hacia la tradición y apostó por mantenerlo con

16 *Cfr. Ordenações alfonsinas*, IV, 12, 1-5; *Ordenações manuelinas*, IV, 7; *Ordenações filipinas*, IV, 46.

17 Sobre estos aspectos, *vid.* Bastos, Jacinto Fernandes Rodrigues: *Direito da família segundo o Código Civil de 1966*, v. III, Tipografía Guerra, Viseu, 1978, p. 82; Campos, Diogo Leite de y Campos, Mónica Martinez de: *Lições de Direito da família e das sucessões*, Almedina, 3ª ed., revisada y actualizada por Mónica Martinez de Campos, Coímbra, 2016, p. 269.

una naturaleza estrictamente voluntaria y dependiente siempre de ser adoptado por los *nubentes* o futuros contrayentes en sus *convenções antenupciais*.

La específica naturaleza *geral* o universal que reviste este concreto régimen económico-matrimonial justifica, por lo tanto, el hecho de que el legislador portugués le dispense unas reglas de responsabilidad igualmente específicas por las deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio, del mismo modo que la mayoría de los activos patrimoniales adquiridos previamente son también comunicables, a excepción de los previstos por el artículo 1733 del Código Civil. Por ello, se dispone expresamente por aquél que *"no regime da comunhão geral de bens, são ainda comunicáveis -i.* e., de responsabilidad común a ambos consortes- *as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal"*, según el artículo 1691.2 del Código Civil. Este *proveito comum* que el legislador portugués exige, por parte del matrimonio, para aplicarle una responsabilidad también *comum* a sus integrantes, absorbería desde luego los *encargos da vida familiar* por la propia naturaleza que manifiestan; aunque ello no sería necesario por cuanto ya se establece, al mismo tiempo, y por otro lado, una responsabilidad también común por *"as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar"* a la luz del apartado primero, letra b), del mismo precepto[18]. Sin embargo, no ha de desconocerse que, mientras éste condiciona la extensión de la responsabilidad al consorte no deudor a la *"normalidade"* que manifiesten las deudas contraídas para satisfacer los *encargos da vida familiar*; el *proveito comum* no distinguiría de una manera cuantitativa las deudas que en su caso fueran igualmente contraídas con el fin de atender los *encargos da vida familiar* de que pudieran responder conjuntamente los consortes por esta vía.

Huelga decir que, este matiz, de considerarse junto a la mayoría de la doctrina que la asistencia médica reviste *proveito comum* con independencia de su conformidad con el nivel de vida familiar, supondría por lo tanto que las deudas contraídas a este respecto revirtiesen siempre en la responsabilidad común de ambos consortes de tal forma que, solo escaparan a esta regla general, aquellas otras que hubieran sido contraídas por cualquiera de éstos, tanto antes como después de celebrarse el matrimonio entre sí, sin contar con el consentimiento del otro y en defecto de *proveito comum*; así como lo indica expresamente el legislador portugués al excluir los supuestos previstos en el artículo 1691.1, letras b) y c), del Código Civil, de las deudas que son de responsabilidad exclusiva de cada consorte a la luz del artículo 1692, letra a), del mismo cuerpo legislativo. En esta excepción quedarían comprendidas precisamente algunas, sino la mayoría, de las deudas que pese a haber sido contraídas en el ámbito de la asistencia médica

18 Muestra de ello es que todos los ejemplos de *proveito comum* que señala la doctrina quedarían comprendidos entre los *encargos da vida familiar. Vid.* Dias, Cristina Manuela Araújo: *Do regime*, cit., pp. 117-118.

estuvieran más ligadas a fines estéticos. En tal caso, salvo que interviniese el consentimiento de ambos consortes, aumentando voluntariamente el contenido mínimo e inderogable de los *encargos "normais" da vida familiar* -ya que no cabría apreciar en ellas *proveito comum* alguno-, y este doble consentimiento abriera las puertas de una responsabilidad común de aquéllos, ésta devendría exclusiva del consorte que contrajera la deuda a tenor de la letra a) de los artículos 1691.1 y 1692 del Código Civil.

Fuera de estos supuestos absolutamente excepcionales y estrechamente relacionados con el uso de la cirugía para fines estéticos, de cuyas deudas respondería exclusivamente el consorte que se constituyese como auténtico deudor de la obligación, debe concluirse que todas aquellas otras que sean contraídas en el ámbito de la asistencia médica harán a los consortes corresponsables por las mismas como resultado de la especial naturaleza *geral* o universal de esta *comunhão de bens*. En este sentido, dispone precisamente el legislador portugués que por estas deudas *"respondem os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente* -que no será una auténtica solidaridad por cuanto no habrá una verdadera pluralidad de deudores, sino una mera pluralidad de masas responsables-*, os bens próprios de qualquer dos cônjuges"*, según puede observarse en el artículo 1695.1 del Código Civil[19]. Es decir, responderían en primer lugar los bienes comunes de los consortes -que, fácilmente, serán la mayoría, debido al carácter específico de este régimen económico-matrimonial-, y después, subsidiariamente, de no ser aquéllos suficientes para satisfacer el crédito del acreedor, éstos responderían en segundo lugar y de forma indistinta con sus respectivos bienes propios. Ello no impide desde luego que, de dirigirse el acreedor contra el cónyuge no deudor que devenga responsable solidario -recuérdese que no es preciso que éste preste su consentimiento para que su consorte contraiga la deuda, y por tanto no sería un auténtico deudor-, éste tendrá derecho de reintegro, *regresso* o *compensação* contra la *comunhão de bens* o contra su consorte al tiempo de realizarse la liquidación o *partilha*, por aquella parte de la deuda que hubiera satisfecho por encima de los límites a los que estaba jurídicamente obligado, en virtud de los artículos 524 y 1697.1 del Código Civil[20].

19 Entiéndase, en adelante, por solidaridad, no una auténtica pluralidad de deudores sino tan solo de masas responsables por las deudas domésticas. De hecho, es éste el sentido en el que suele criticarse por parte de la doctrina, *v. gr.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios", cit., p. 1505; Mendes, João de Castro: *Direito da família*, AAFDL, reimpresión, Lisboa, 1993, p. 143.

20 Mostrando sus reservas con respecto a la necesidad de esperar hasta el momento de la liquidación o *partilha* a estos efectos, *vid.* Oliveira, Guilherme Freire Falcão de: "Anotação ao acórdão de 8 de julho de 1999 do Tribunal da Relação de Lisboa", en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núms. 3911-3912, junio-julio, 2000, pp. 91-94.

2. La *comunhão de adquiridos*

La *comunhão de adquiridos* es el régimen económico-matrimonial que acabó ocupando el lugar que, durante siglos, a lo largo de la tradición jurídica portuguesa, había venido regentando con carácter supletorio la antigua *comunhão geral de bens*, y que actualmente se mantiene como tal desde la entrada en vigor del Código Civil de 1966[21]. Se trata, por el contrario, de una comunidad "limitada" a los bienes adquiridos constante el matrimonio por cualquiera de los consortes[22]. Por ello, no habrían de operar en ella las reglas de responsabilidad común de los consortes que sin embargo rigen para la *comunhão geral de bens,* por las deudas anteriores a contraer matrimonio, fuesen éstas o no contraídas por ambos conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, estuvieran o no orientadas a la satisfacción de las necesidades *normais* u ordinarias -comprensibles a su vez entre los alimentos que después de este mismo momento integrasen el contenido mínimo e inderogable de los *encargos da vida familiar*-, resultaran o no de *proveito comum*, etc.; porque, de ser así, a pesar de convertirse en deudas comunes una vez celebrado el matrimonio, habrían de seguirse en su lugar las reglas establecidas para las deudas de responsabilidad exclusiva y no común de los consortes a la luz de los artículos 1692, letra a), y 1696 del Código Civil. Sin embargo, aunque tal conclusión pueda extraerse precisamente de la naturaleza de esta *comunhão de bens*, no debe desconocerse que el legislador portugués extiende a todo régimen económico la responsabilidad común de los consortes por las deudas contraídas *"antes"* de celebrarse el matrimonio -quizá, por el hecho de que las necesidades futuras también forman parte de los *encargos da vida familiar* o cargas del matrimonio-, en lugar de restringirlo a la *comunhão geral de bens*. No obstante, aunque a juicio del legislador portugués no obre tal distinción entre ambas *comunhões de bens*, debe considerarse aquella otra que dependerá de la conformidad de la deuda con el nivel de vida de la familia.

La razón que justificaba el hecho de que a la *comunhão geral de bens* le fuera irrelevante la circunstancia de que el coste de la asistencia médica guarde o no conformidad con el nivel de vida familiar, recuérdese, residía en el segundo apartado del artículo 1691 del Código Civil. Éste dispone que *"no regime da comunhão geral de bens* -y no por tanto en otro régimen económico del matrimonio-, *são ainda comunicáveis as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal"*, como podría ser la asistencia médica que demandasen los propios consortes, para sí o para sus hijos, al margen de su valor extraordinario o no con arreglo a sus posibilidades económicas o financieras. Sin embargo, para los demás regímenes económico-matrimoniales contemplados por parte del legislador

21 *Vid.* Lima, Fernando Andrade Pires de y Varela, João de Matos Antunes: *Código Civil*, cit., p. 407.

22 Sobre este asunto, *vid.* Paiva, Adriano Miguel Ramos de: *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, Coímbra, 2008.

portugués, este *proveito comum* tan solo se traducirá en responsabilidad común de ambos consortes cuando las deudas contraídas a estos efectos -constante el matrimonio, entiéndase- lo sean además *"pelo cônjuge administrador"*, y *"nos limites dos seus poderes de administração"*, según el artículo 1691.1, letra a), del Código Civil. Ello significa que, en *comunhão de adquiridos*, cada uno de los consortes solo tendría legitimidad para realizar *"actos de administração ordinaria* -o *normal*, pero no extraordinaria- *relativamente aos bens comuns do casal"* con los que además responderían en primer lugar por las deudas contraídas para recibir una asistencia médica igualmente *ordinária* o *normal*, a tenor de los artículos 1691.1, letra b), 1695.1 y 1678.3 del Código Civil. Por lo tanto, salvo que mediase el consentimiento de ambos consortes para ampliar los poderes de administración -de *ordinária* a extraordinaria- y el contenido de los *encargos da vida familiar* -de *normais*, a *não normais*-, de tal manera que pudiera aplicárseles a aquéllos una responsabilidad común por las deudas contraídas a este respecto por encima de su nivel de vida familiar -a la luz de los artículos 1691.1, letra a), y 1678.3 del Código Civil-, ésta no sería sino la responsabilidad exclusiva del consorte deudor que ordena el legislador portugués en el artículo 1696 del Código Civil.

Según este precepto, por las deudas que sean de la exclusiva responsabilidad de cada consorte -entiéndase por tales, las de asistencia médica contraídas antes de celebrarse el matrimonio, y las derivadas de cirugías estéticas-, responden *"os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente* -ante la falta o insuficiencia de éstos, por analogía con lo dispuesto por el artículo 1695.1 del Código Civil-, *a sua meação nos bens comuns"*. En tal caso, de no ser suficientes los bienes propios del cónyuge deudor y responder en su lugar la *comunhão de adquiridos* por el remanente de la deuda que quedase por satisfacer al acreedor, debe valorarse que *"sempre que as dividas da exclusiva responsabilidade de um só dos cônjuges tenham respondido bens comuns* -como precisamente sucedería aquí-, é a respectiva *importância levada a crédito do património comum no momento da partilha"* o liquidación conforme al artículo 1697.2 del Código Civil. Por tanto, no se trataría nunca de una deuda que estuviera verdaderamente a cargo de la *comunhão de adquiridos*, sino tan solo de una mera responsabilidad provisional de la misma frente a terceros acreedores establecida con el fin de salvaguardar sus intereses, sin que por otro lado resulten perjudicados los del consorte no deudor, gracias al derecho de reintegro o de *compensação* que se prevé a favor de aquélla al tiempo de practicarse la *partilha* o liquidación.

3. La sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales participa exactamente de la misma naturaleza que la portuguesa *comunhão de adquiridos*, además de ser también el régimen económico del matrimonio que se encuentra vigente con carácter supletorio en

el ordenamiento jurídico español; a excepción de ciertas especialidades previstas a este respecto por algunos legisladores autonómicos. Sin embargo, así como a su vez sucede en ésta a diferencia de lo establecido para la *comunhão geral de bens*, aquélla precisará igualmente de una serie de matizaciones con respecto al valor cuantitativo de que puedan disponer las deudas contraídas por los consortes con el propósito de proporcionarse asistencia médica a sí mismos o para sus hijos, en relación con sus respectivas posibilidades económicas o financieras, porque, según se trate o no de atender las necesidades que sean susceptibles de ser calificadas de "ordinarias" conforme a las "circunstancias de la familia", y por medio o no por tanto de la potestad doméstica o *governo doméstico*, el régimen de responsabilidad que se siguiera al efecto podría variar notablemente. Por este motivo, entre las múltiples reglas de responsabilidad que se prevén por parte del legislador español para este régimen económico-matrimonial, será conveniente acotar el alcance de los artículos 1319, segundo párrafo, 1365.1 y 1369 del Código Civil.

El primero de ellos determina un régimen específico de responsabilidad que se apartaría de la regla general, en virtud de la cual se dispone que "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros" mediante el artículo 1911 del Código Civil, para las deudas que sean contraídas por cualquiera de los consortes mediante "los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma", según establece su primer párrafo. Ello significa que, si las necesidades que traten de atender los consortes reúnen la condición de "ordinarias" con arreglo a sus propias circunstancias económicas y personales, de las deudas contraídas en consecuencia "responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, las del otro cónyuge". Esta regla, recuérdese, prevista en el segundo párrafo del artículo 1319 del Código Civil, no deja de ser aplicable a la sociedad de gananciales por el simple hecho de que los artículos 1365.1 y 1369 del mismo cuerpo legislativo tan solo la reproduzcan de forma parcial en esta sede, al prever, por un lado, la responsabilidad de los bienes gananciales por "las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica"; y que "de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad -de gananciales- responderán también solidariamente los bienes de ésta", por el otro[23].

Residiría aquí, por tanto, una importante diferencia con respecto a lo dispuesto por el legislador portugués para la *comunhão de adquiridos*, en la medida en que el español atribuye al cónyuge deudor un grado de responsabilidad prioritario frente a su consorte, no deudor, por la deuda contraída. Nótese cómo, en lugar

23 Advierte de esta reiteración Torres Lana, J. A.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia* (ed. por J. L. Albácar López y J. Santos Briz), t. IV, Trivium, Madrid, 1991, p. 945.

de responder única y exclusivamente en primer lugar los bienes comunes, y después los suyos propios de forma solidaria junto a los de su consorte; son sus bienes privativos los que *a priori* responden solidariamente con los gananciales sin que su consorte resulte responsable, salvo que estas dos masas patrimoniales sean eventualmente insuficientes para satisfacer el crédito del acreedor. Parece, desde luego, más apropiado, el hecho de reconocer a este último un beneficio de excusión como del que dispone el fiador por la deuda garantizada, a hacerle responder solidariamente por una deuda que no contrajo y trasladarle a su vez la carga de demandar a su consorte mediante el ejercicio de una acción de regreso, por aquello que hubiera satisfecho en su lugar, aunque se trate de una deuda que al mismo tiempo hubiese revertido en provecho suyo por haber cubierto una necesidad ordinaria de la familia. Sin embargo, al margen de estos supuestos en los que la deuda es cuantitativamente acorde con las circunstancias económicas de la familia -y por tanto encuadrables en el ejercicio de la potestad doméstica o *governo doméstico*-, el régimen de responsabilidad que se aplicaría tanto en la *comunhão de adquiridos* como en la sociedad de gananciales resulta altamente parecido.

La legislación portuguesa, recuérdese, fuera de los *encargos normais da vida familiar* a los que dedica un apartado separado, establece la responsabilidad común por las deudas que en su lugar sean contraídas "*pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro*", en el artículo 1691.1 a) del Código Civil. Esta disposición serviría por lo tanto para exigir responsabilidad a ambos consortes por las deudas contraídas para procurarse, entre sí y para sus hijos, tanto una asistencia médica "extraordinaria" con arreglo a su nivel de vida, como cirugías estéticas no comprensibles bajo un concepto de necesidad, siempre que ambas lo hubieran sido de forma conjunta o por uno solo de ellos con el consentimiento del consorte. Lo mismo podría extraerse, además, en la sociedad de gananciales, de que el legislador español señale expresamente que "los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro", a través del artículo 1367 del Código Civil. Será diferente, por el contrario, el modo en que respondan los consortes por estas deudas *na falta ou insuficiência* de bienes gananciales, pues, en tal caso, en defecto de una disposición legal que así lo prevea expresamente, sus bienes privativos no responderán de manera solidaria excepto cuando así se convenga con el acreedor; según se desprendería de la comparación de los artículos 1695.1 del Código Civil portugués, y el 1137 del Código Civil español.

Desde luego, para terminar, no debe ignorarse el supuesto en que la deuda en cuestión no solamente sea contraída por ambos consortes conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, sino también para atender necesidades "ordinarias", y no "extraordinarias", de la familia. Piénsese que, aunque el régimen

de responsabilidad establecido para aquéllas esté principalmente previsto para las deudas contraídas por cada uno de los consortes de forma independiente -y así lo demuestran múltiples disposiciones legales-, nada obsta a que éstas resulten igualmente asumidas de manera conjunta por ambos consortes o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso del otro[24]. De ser así, quizá, deba unificarse cuanto se establece para ambas situaciones de tal modo que, por las deudas contraídas en estas mismas circunstancias, respondan solidariamente los bienes gananciales y privativos de cada uno de los consortes por reunir los dos la condición de deudores frente al acreedor, a la luz de los artículos 1367 y 1319, segundo párrafo, del Código Civil. No obstante, el orden en que en tal caso respondieran los patrimonios privativos de los consortes seguiría resultando radicalmente distinto a lo previsto por el legislador portugués, en la medida en que lo harían solidariamente en primer lugar junto a los bienes gananciales, y no solo después, subsidiariamente, ante la insuficiencia de éstos para el pago.

A falta de este doble consentimiento resultante de la actuación conjunta de los consortes en el tráfico jurídico o de uno solo de ellos con el consentimiento expreso del otro en su lugar, para practicarse cirugías estéticas o proporcionarse asistencia médica extraordinaria, para sí o para sus hijos, en relación con el nivel de vida de la familia, debe concluirse que las deudas contraídas a este respecto serán de la exclusiva responsabilidad del consorte que se constituya como deudor. Para tales situaciones se dispone que "cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales", según el artículo 1373, primer párrafo, del Código Civil[25]. Por supuesto, tal cosa no implica sino una mera responsabilidad provisional de la sociedad de gananciales por deudas que no son realmente suyas, sino de cargo exclusivo de uno solo de los consortes, a expensas del reintegro o *compensação* por el valor satisfecho. Por ello dispone justamente el legislador español que "se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación -en la sociedad de gananciales, entiéndase- el valor de aquéllos -los gananciales embargados por el acreedor- al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de la liquidación"

24 En este sentido, se habla de "el cónyuge que contraiga la deuda" en el segundo párrafo del artículo 1319 del Código Civil, de las "deudas contraídas por un cónyuge" al comienzo del artículo 1365 del Código Civil, y de "cualquiera de los cónyuges" en el primer párrafo del artículo 1319 del Código Civil, dejándose entrever que estas deudas generalmente son contraídas indistintamente por uno u otro consorte, pero rara vez de forma conjunta. Lo mismo se sigue de la legislación portuguesa al estar separadas, en apartados distintos, y a efectos de responsabilidad, las deudas contraídas *"pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro"* en el artículo 1691.1, letra a), del Código Civil, y las contraídas *"para ocorrer aos encargos normais da vida familiar"* en el artículo 1696.1, letra b), del Código Civil, de tal forma que estas últimas se entienden igualmente asumidas por un solo consorte sin consentimiento por parte del otro o, al menos, sin el consentimiento "expreso" del otro -como sin embargo exige el legislador español en el artículo 1367 del Código Civil-, por cuanto podría considerarse tácitamente prestado al tratarse de deudas que satisfacen *encargos da vida familiar*, y que por tanto revierten en provecho común. Advirtiendo de ello, *vid.* Santos, Eduardo dos: *Direito da família*, cit., p. 319.

25 Sobre este particular, *vid.* Ragel Sánchez, L. F.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.

o *partilha* de este régimen económico del matrimonio, en el segundo párrafo del precepto antes señalado, y en armonía con lo previsto a este respecto por los artículos 1696.1 y 1697.2 del Código Civil portugués.

Algún autor ha señalado, no obstante, una posible vía adicional para actuar contra el cónyuge no deudor, fuera de los casos en que se contraigan deudas relacionadas con la salud de conformidad con el nivel de vida familiar. Piénsese que, mientras adquieren la condición de carga del matrimonio o de *encargo da vida familiar* aquellos "gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios" con respecto a las posibilidades económicas de la familia, y contraídas por un solo consorte sin el consentimiento expreso del otro, éste podría ser igualmente demandado por el acreedor cuando la deuda contraída por aquél tuviera por objeto "evitar algún perjuicio inminente y manifiesto" para su salud, al amparo de los artículos 1386 y 1893 del Código Civil[26]. Sin embargo, no debe desconocerse que esta deuda habría sido contraída por el cónyuge deudor a título de *negotiorum gestor* a favor de su consorte como verdadero dueño del negocio o *dominus negotii* y que, por lo tanto, según las reglas generales que son aplicables a la representación, será de responsabilidad exclusiva de este último, y no subsidiaria como aquélla que trata de suplirse de este modo por no poder aplicársele a estos gastos lo previsto en el artículo 1319, segundo párrafo, del Código Civil.

4. El régimen de participación en las ganancias

El régimen de participación en las ganancias fue incorporado al ordenamiento jurídico español por influjo de las reformas alemana y francesa que fueron emprendidas en sus respectivas legislaciones matrimoniales a comienzos de la segunda mitad del siglo pasado, y es recogido también por el brasileño y el macaense con los nombres de *participação nos aqüestos* y de *participação nos adquiridos*, respectivamente. Dispone sin embargo de una naturaleza estrictamente convencional y dependiente de la voluntad de los consortes o de los *nubentes* o futuros contrayentes -como se extrae tanto de los artículos 1315 y 1325 del Código Civil, como de los artículos 1316 y 1435 del mismo cuerpo legislativo-, y se nutre en gran medida de las disposiciones aplicables al régimen de separación de bienes. En él "responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge", por las deudas contraídas para atender necesidades ordinarias tales como las de asistencia médica cuyo coste respete el umbral del nivel de vida familiar, por la remisión que los artículos 1413 y 1440 efectúan a favor del artículo 1319 del Código Civil. Sin embargo, a pesar de la aparente simplicidad que *a priori* pudiera desprenderse a

26 Así lo cree Magariños Blanco, V.: "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.º 548, enero-febrero, 1982, p. 92.

este respecto de su comparación con las reglas que son aplicables en caso de regir la sociedad de gananciales, aún sería preciso llevar a cabo alguna breve matización.

En este régimen económico-matrimonial nunca llegará a darse una responsabilidad solidaria, salvo que ambos consortes contraigan conjuntamente una deuda con el fin de atender necesidades ordinarias de la familia, y sus respectivos bienes propios respondan como codeudores solidarios sin que los de ninguno de ellos lo haga de forma subsidiaria respecto a los del otro, porque no habrá "bienes comunes" a los que aplicar la regla establecida por el artículo 1319, párrafo segundo, del Código Civil. Si bien es cierto que, si éstos "adquirieran conjuntamente un bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario" según el régimen general de copropiedad que el legislador español reitera y traslada al artículo 1414 del Código Civil, debe entenderse que estos bienes "comunes" no serán tales a efectos de responsabilidad, en la medida en que por este motivo no dejarían de ser bienes propios -sobre los que se ostente una titularidad parcial o limitada a una determinada cuota-, y no auténticos bienes "comunes" a los que se dirige la norma, y que no son otros que aquéllos que reúnan tal condición en un régimen de comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales[27]. Sin embargo, el hecho de que el legislador español use aquí el adjetivo "comunes", en lugar de emplear el de "gananciales", no sería un argumento suficiente a efectos de defender lo contrario por cuanto ello se justifica en la facultad que reconoce a los consortes para diseñar convencionalmente, y a su gusto, un régimen económico-matrimonial de comunidad de bienes distinto al de gananciales, en virtud de lo dispuesto a este respecto por parte de los artículos 1315 y 1325 del Código Civil.

Por supuesto, al igual que sucedería a propósito de la sociedad de gananciales entre el patrimonio común y el privativo del consorte no deudor que deviniese responsable subsidiario respecto del otro, el valor que aquél hubiera satisfecho por éste le dará derecho a reintegro o *regresso* contra él. Este valor no será considerado a favor de patrimonio común alguno, por cuanto no existiría en este régimen económico-matrimonial, pero esta circunstancia no impedirá que se tenga en cuenta al tiempo de liquidarse el correspondiente crédito de participación en las ganancias. Por este motivo, quizá de forma innecesaria, ordena el legislador español que "los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor", en el artículo 1426 del Código Civil[28]. Lo mismo cabría decir incluso cuando uno de los consortes respondiera por deudas contraídas por el otro fuera de los márgenes de la potestad doméstica -según

27 En este sentido, por todos, *vid.* Rebolledo Varela, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 504.

28 Estimando innecesario este precepto, *vid.* Torres Lana, J. A.: "Comentarios", cit., p. 1056.

ocurriría en caso de cirugías estéticas o de asistencia médica no acorde con el nivel de vida familiar-, por el hecho de que se seguiría la regla de que "las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad", con arreglo a los artículos 1413 y 1440, primer párrafo, del Código Civil.

5. El régimen de separación de bienes

Los regímenes de separación de bienes español y portugués tienen en común la necesidad de que, su entrada en vigor, a salvo de ciertos supuestos excepcionales, surja de la voluntad recogida por los consortes o los *nubentes* o futuros contrayentes en sus capitulaciones matrimoniales o *convenções antenupciais*. El español, por su parte, apenas manifiesta diferencias con respeto al régimen de participación en las ganancias en la medida que, de las deudas contraídas durante su vigencia por cualquiera de los consortes para procurarse asistencia médica para sí o para sus hijos, el otro tan solo será responsable subsidiario suyo mientras éstas sean calificables como necesidades ordinarias de la familia en armonía con las circunstancias económicas y personales de la misma, en virtud del artículo 1319 del Código Civil. Sin embargo, el portugués, sí permitiría la responsabilidad de ambos tanto cuando aquéllas pudieran comprenderse en los *encargos normais* u ordinarios *da vida familiar*, como cuando no fuera así -bien sea por deberse a una asistencia médica cuantitativamente extraordinaria o a cirugías estéticas no necesarias-, siempre y cuando en este último caso fueran contraídas por ambos consortes conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, y al margen de que fueran o no previas al matrimonio -al igual que en los demás regímenes económico-matrimoniales-, *ex* artículo 1691.1, letras a) y b), de su Código Civil.

El legislador portugués establece además que, por estas deudas, y *"no regime de separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges não é solidária"*, a la luz del artículo 1695.2 del Código Civil. Este precepto suele interpretarse por parte de la doctrina del modo en que, dicha responsabilidad, no siendo solidaria, debe ser necesariamente mancomunada a los efectos de los artículos 513 y 534 del Código Civil[29]. Este último establece que *"são iguais as partes que têm na obrigação divisível os vários credores ou deverores, se outra proporção não resultar da lei ou do negócio jurídico"*. Por ello, se ha creído que cada consorte estaría obligado a responder por la mitad de la deuda, así como también que estarían ambos obligados a hacerlo por la misma medida en que lo estuvieran para contribuir *"para os encargos da vida*

29 *Vid.* Coelho, Francisco Manuel Pereira y Oliveira, Guilherme Freire Falção de: *Curso de Direito*, cit., pp. 480 y 492; Pinheiro, Jorge Alberto Caras Altas Duarte: *O Direito*, cit., p. 479; Proença, José João Gonçalves de: *Direito da família*, Universidad Lusíada, 4ª ed., Lisboa, 2008, p. 258; Santos, Eduardo dos: *Direito da família*, cit., p. 343.

familiar", al amparo del artículo 1676.1 del Código Civil[30]. En este sentido, y a pesar de que el legislador portugués prevé que los consortes deben contribuir a tal fin *"de harmonia com as possibilidades de cada um"* de ellos, aún sería posible reparar en alguna otra medida diferente que aquéllos hubieran señalado previamente en sus respectivas *convenções antenupciais* -como al mismo tiempo permite la legislación española-, debido a los efectos de publicidad que las mismas producen frente a los terceros *"depois de registadas"*, al socaire del artículo 1711 del Código Civil.

En defecto de convenio, así como de no apreciarse en su lugar la validez de las *convenções antenupciais* como instrumento jurídico apto para recogerlo, deberá seguirse el criterio establecido por el legislador portugués. A este respecto se ha señalado que la *"harmonia com as possibilidades de cada um"* de los consortes no conduce a la proporcionalidad que por el contrario es expresamente prevista por el legislador español, en el texto del artículo 1438 del Código Civil[31]. Sin embargo, el hecho de que el legislador portugués no aluda de una forma expresa a esta proporcionalidad con respecto a los recursos económicos de ambos consortes no supone necesariamente contabilizar las contribuciones realizadas por ellos, sin ponderar a su vez aquellas otras que debieran efectuar en armonía con sus respectivas posibilidades, mediante la equidad[32]. Por lo tanto, podría concluirse que sí existe aquella proporcionalidad en cuanto concierne a la contribución *para os encargos da vida familiar* y que, al menos, en la relación existente entre los consortes -apréciese aquí que será muy difícil que los acreedores conozcan cuáles son sus respectivas posibilidades económicas-, sería ésta la que desplazase a la división por mitad de la deuda contraída por ellos mismos, a efectos de los artículos 1676.1 y 534 del Código Civil[33]. Sin embargo, aunque sea ésta la opinión que es comúnmente compartida por parte de la doctrina portuguesa, aún sería posible realizar una lectura alternativa de las reglas establecidas por el artículo 1695 del Código Civil.

A través de este precepto establece el legislador portugués que *"pelas dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges respondem os bens comuns do casal* -regla que devendría absolutamente inaplicable en el régimen de separación de bienes, en defecto de tales bienes comunes-, e*, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges"*. Ello supone que, por estas deudas, el acreedor podría dirigirse de forma solidaria o indistinta contra los

30 A favor de una responsabilidad de ambos consortes al cincuenta por ciento, *vid.* Pinheiro, Jorge Alberto Caras Altas Duarte: *O Direito*, cit., p. 479. Sin embargo, sosteniendo la misma proporcionalidad en materia de responsabilidad que en sede de contribución *para os encargos da vida familiar*, *vid.* Coelho, Francisco Manuel Pereira y Oliveira, Guilherme Freire Falção de: *Curso de Direito*, cit., p. 493.

31 *Vid.* Ruscello, *apud* Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório*, cit., pp. 84-85.

32 *Vid.* Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório*, cit., pp. 84-85.

33 *Vid.* Pinheiro, Jorge Alberto Caras Altas Duarte: *O Direito*, cit., p. 388; Varela, João de Matos Antunes: *Direito da família*, cit., pp. 353-357.

bienes propios de cualquiera de los consortes. Por lo tanto, al continuar aquél por señalar que *"no regime de separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges não é solidaria"*, el acreedor no podrá agredir sino únicamente los bienes propios del cónyuge deudor y nunca los de su consorte, ni siquiera de manera mancomunada, salvo que ambos hubieran contraído conjuntamente la deuda acordando con el mismo acreedor una responsabilidad solidaria o mancomunada. Sin embargo, esta interpretación conduciría a una inevitable antinomia que la jurisprudencia estaría llamada a resolver, a la vista de lo contradictorio que devendría con respecto a la responsabilidad *"comum"* que en principio establece el artículo 1691 del Código Civil.

IV. CONCLUSIONES

Llevar a la práctica la común opinión favorable a hacer reposar siempre la asistencia médica sobre la economía de los dos consortes dispone de un encaje muy diverso en función del régimen económico que resulte aplicable al matrimonio. Si bien es cierto que tal interpretación no ocasiona apenas dificultad alguna respecto de las cargas del matrimonio o *encargos da vida familiar*, no se obtendría la misma conclusión cuando la asistencia médica se tradujese en una deuda para con terceros acreedores. En el primer caso, de las cargas matrimoniales o de los *encargos da vida familiar*, es fácil que los consortes convengan aumentar su contenido para dar cabida a una asistencia médica que sin embargo pueda suponer un gasto extraordinario en su economía con respecto a su nivel de vida y, por tanto, nada obstaría a considerar que los costes de este servicio se entiendan como tales con independencia de ser o no acordes con las posibilidades económicas y financieras de aquéllos; pero no cabría aplicar este mismo razonamiento cuando éstos constituyan deudas pendientes de pago por las propias limitaciones que los legisladores español y portugués establecen a este respecto. Por ello, aunque se estime siempre como una carga del matrimonio o *encargo da vida familiar* el coste de la asistencia médica, de la deuda que por este concepto resulte a favor de un tercero responderá únicamente el cónyuge deudor, salvo que rija una *comunhão geral de bens*, intervenga el consentimiento de ambos consortes -como en el caso de la *comunhão de adquiridos*, la sociedad de gananciales o el régimen portugués de separación de bienes- o su valor manifieste conformidad con el nivel de vida de la familia.

BIBLIOGRAFÍA

Bastos, Jacinto Fernandes Rodrigues: *Direito da família segundo o Código Civil de 1966*, v. III, Tipografía Guerra, Viseu, 1978.

Beltrán de Heredia y Onís, P.: "Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), t. III, v. II, Edersa, 2ª ed., Madrid, 1982, pp. 1-54.

Campos, Diogo Leite de y Campos, Mónica Martinez de: *Lições de Direito da família e das sucessões*, Almedina, 3ª ed., revisada y actualizada por Mónica Martinez de Campos, Coímbra, 2016.

Coelho, Francisco Manuel Pereira y Oliveira, Guilherme Freire Falcão de: *Curso de Direito da família*, v. I, Universidad de Coímbra, 5ª ed., Coímbra, 2016.

Culioli, M.: "La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en Droit matrimonial français", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1968, pp. 253-285.

De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1444 del Código Civil", en AA.VV: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), t. XVIII, v. III, Edersa, Madrid, 1985.

Delgado Echeverría, J.: "Comentarios a los artículos 142 a 148 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1027-1039.

Delgado Echeverría, J.: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974.

Dias, Cristina Manuela Araújo: *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges: problemas, críticas e sugestões*, Coimbra Editora, Coímbra, 2009.

Dias, Cristina Manuela Araújo: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, 2ª ed., Coímbra, 2009.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1324 y 1375 a 1410 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1492-1514 y 1760-1807.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.

LIMA, Fernando Andrade Pires de y VARELA, João de Matos Antunes: *Código Civil anotado*, v. IV, Coimbra Editora, 2ª ed., Coímbra, 1992.

LUCET, F. y VAREILLE, B.: *Droit civil: régimes matrimoniaux, libéralités, succesions*, Dalloz, 2ª ed., París, 1997.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.º 548, enero-febrero, 1982, pp. 47-115.

MENDES, João de Castro: *Direito da família*, AAFDL, reimpresión, Lisboa, 1993.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1914-1963.

MORALES MORENO, A. M.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1808-1913.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de: "Anotação ao acórdão de 8 de julho de 1999 do Tribunal da Relação de Lisboa", en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núms. 3911-3912, junio-julio, 2000, pp. 91-94.

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

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte: *O Direito da família contemporâneo*, Almedina, 5ª ed., Coímbra, 2016.

PROENÇA, José João Gonçalves de: *Direito da família*, Universidad Lusíada, 4ª ed., Lisboa, 2008.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.

RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983.

SANTOS, Eduardo dos: *Direito da família*, Almedina, 2ª ed., Coímbra, 1999.

TORRES LANA, J. A.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia* (ed. por J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. SANTOS BRIZ), t. IV, Trivium, Madrid, 1991, pp. 845-1083.

VARELA, João de Matos Antunes: *Direito da família*, v. I, Livraria Petrony, 5ª ed., Lisboa, 1999.

VÍTOR, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora: *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreen*ção de um sistema bimodal, tesis, Universidad de Coímbra, Coímbra, 2015.

LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR

THE COMMUNITY PROPERTY IN FAMILY BUSINESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 174-193

Carmen
BARRÓN LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Este trabajo hace referencia a la repercusión que los regímenes económicos matrimoniales, concretamente el régimen de sociedad legal de gananciales, pueden tener en la empresa familiar, al desempeñarse por un cónyuge una actividad empresarial. Con esta finalidad, estudiaremos el carácter ganancial, privativo o mixto de la empresa familiar, así como las ganancias o pérdidas generadas por la misma.

Asimismo, examinaremos la disolución y liquidación del régimen matrimonial y la regulación de los derechos de adquisición preferente, basándonos en la adjudicación de la empresa al cónyuge empresario, cuestión fundamental para garantizar su continuidad tras la ruptura de la relación matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de gananciales; empresa familiar; bienes privativos y gananciales; ganancias y deudas; disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; adjudicación al cónyuge empresario.

ABSTRACT: *This work refers to the repercussion that matrimonial property regimes, specifically the system of community property, can have on a family business when the business activity is performed by a spouse. To this end, we will study the marital, proprietary or mixed character of the family business as well as the profits or losses it generates.*

We will also examine the dissolution and liquidation of the matrimonial regime and regulation of preferential acquisition rights, based on the company being awarded to the entrepreneurial spouse, a fundamental issue to ensure its continuity after the breakdown of the marital relationship.

KEY WORDS: *Community property; family business; property and community property; profits and debts; dissolution and liquidation of community property; adjudication to the entrepreneurial spouse.*

SUMARIO.- I. LA EMPRESA FAMILIAR.- II. LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR.- 1. El régimen de sociedad legal de gananciales.- 2. Carácter de la empresa familiar.- 3. Ganancias y deudas generadas por la empresa familiar.- III. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE AL CÓNYUGE EMPRESARIO.

I. LA EMPRESA FAMILIAR

Resulta notorio que la empresa familiar en España ha ganado gran peso en el tejido empresarial, representando un importante segmento de la actividad empresarial. La primera cuestión que nos planteamos es el concepto de empresa familiar, al estar incluidos en su denominación dos elementos, empresa y familia, en los que confluyen relaciones profesionales y afectivas, que aparentemente son antagónicas. Pues bien, podemos definir la empresa familiar como aquella cuya propiedad se encuentra con carácter predominante, en manos de una o varias familias (personas vinculadas por lazos afectivos) y cuyos miembros intervienen en la administración y dirección del negocio de forma determinante[1].

Esta definición nos lleva a plantearnos los dos ámbitos que engloba la empresa familiar, uno privado, con núcleo es la familia, basado en relaciones y vínculos afectivos que forman parte del ámbito más estricto de nuestra intimidad y, otro, de ámbito profesional o empresarial, regido por criterios de eficiencia, profesionalidad y racionalidad.

La empresa familiar mantiene su identidad de empresa, si bien, presenta una serie de características que la definen como empresa familiar, de manera que, la propiedad accionarial, el control y el gobierno, pertenecen a personas unidas por vínculos familiares, si bien, el rasgo que dota a la empresa familiar de un carácter diferencial, es que el objetivo estratégico de la empresa esté basado en la continuidad generacional, a fin de mantenerla en manos de la familia.

1 Alonso Dal Monte, C. y Naranjo Hernández, M.J.: "Mediación en empresas familiares", *Revista de Mediación*, 2012, núm. 10.

• Carmen Barrón López
Abogada. Correo electrónico: carbalo2@alumni.uv.es

En este sentido, Gallego[2] indica que nos encontramos ante una empresa familiar cuando se den una serie de requisitos, en primer lugar, la existencia de una empresa, sea civil o mercantil, e incluso una empresa individual con vocación de futuro; en segundo lugar, cuando la propiedad pertenezca a un grupo familiar y el gobierno estratégico y control resida en manos de familiares, aunque la gestión directa se deje en manos de profesionales; y la tercera, cuando exista voluntad y deseo de los miembros de la familia de mantenerla en el seno del grupo, como un legado a transmitir a las generaciones futuras, es decir, haya una vocación de continuidad.

En efecto, la empresa familiar debe tener una voluntad de permanencia más allá de las contingencias familiares que puedan acontecer, siendo esa idea de continuidad, la nota que caracteriza y configura la empresa familiar.

II. LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR

Como bien es sabido, los cónyuges pueden pactar en capitulaciones un régimen económico matrimonial antes o después de contraer matrimonio. En el derecho civil común español, el régimen económico del matrimonio será el que fijen libremente los cónyuges, mediante el otorgamiento de capitulaciones; si bien, a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen supletorio será el de sociedad legal de gananciales, como establece el artículo 1316 del Código Civil, en adelante CC.

En nuestro CC se regulan tres tipos de regímenes económicos matrimoniales, que con brevedad trataremos posteriormente: el de sociedad legal de gananciales recogido en los artículos 1.344 a 1.410, el régimen de participación regulado en los artículos 1411 a 1.434 y el de separación de bienes establecido en los artículos 1435 a 1444.

La importancia de pactar un régimen matrimonial por los cónyuges es de vital importancia por la incidencia que los distintos regímenes matrimoniales pueden tener en la empresa familiar, en caso de que uno o ambos cónyuges desempeñen una actividad empresarial.

A pesar de que la empresa familiar puede adoptar diversas formas jurídicas, nos basaremos en la empresa familiar individual, ejercida por uno de los cónyuges y analizaremos la repercusión que, en este supuesto, tiene el régimen económico

2 Gallego Domínguez, I.: "La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica", *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, 2012, núm. 14.

matrimonial, valorando los efectos que puede derivar sobre los bienes de los cónyuges y el patrimonio común familiar.

Pues bien, ya centrándonos en la figura de empresario individual en nuestro Derecho, en el artículo 1 del Código de Comercio, en adelante C Com, en su apartado primero, se señalan dos presupuestos necesarios para adquirir dicha condición, que son la capacidad legal para el ejercicio del comercio y la profesionalidad, es decir, el ejercicio habitual.

Dichos requisitos podemos completarlos, considerando empresario individual a la persona que, en nombre propio, se dedica profesional y públicamente al ejercicio de una actividad mercantil, comercial o industrial, contando para todo ello, con una organización, con la finalidad de obtener un lucro o beneficio, mediante la inversión y asunción de un riesgo[3].

En este punto, resulta relevante examinar brevemente la diferencia entre los tres regímenes económico matrimoniales que pueden pactar los cónyuges, que radicará fundamentalmente en la existencia de un patrimonio común y en la vinculación de los bienes a las deudas contraídas.

De manera que, en el régimen de separación de bienes y participación, las ganancias o deudas se encuentran mucho más delimitadas en cuanto a su carácter privativo, al no generarse ganancias comunes, a diferencia del régimen de gananciales, en el que se constituye un patrimonio común a ambos cónyuges, que puede asimismo afectarse por las deudas contraídas.

En efecto, en el régimen de separación de bienes, pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo, así como los que adquiera posteriormente por cualquier título, debiendo contribuir los cónyuges al sostenimiento de las cargas comunes. Así si el cónyuge comerciante se encuentra bajo un régimen de separación de bienes, conserva la titularidad exclusiva de los bienes que integran su patrimonio y los frutos y rentas provenientes de los mismos, ostentado su libre administración y disposición[4]. De la misma manera, las deudas contraídas serán de su exclusiva responsabilidad[5].

3 Calvo Meijide, A.: "Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos", *Actualidad Civil*, 2001, núm. 4, p. 1261.

4 El artículo 1437 del CC establece que en el régimen de separación: "pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes".

5 El artículo 1440 del CC por su parte establece que" Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad". Si bien, en el caso de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, establece que responderán ambos cónyuges, en base a lo establecido por los artículos 1319 y 1438. Los mencionados artículos hacen referencia a su vez al sostenimiento de las cargas del matrimonio, al que deberán contribuir ambos cónyuges, como establece el artículo 1438, mientras que el artículo 1319 respecto a las deudas contraídas establece una

En cuanto al régimen de participación, no tiene una gran diferencia con el régimen de separación bienes, que lo regula supletoriamente, conforme establece el artículo 1413 del CC. En este régimen, los cónyuges adquieren derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que haya estado vigente, correspondiendo a cada uno, la administración, disfrute y libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio, como de los que pueda adquirir después por cualquier título.

Al pactar los cónyuges en capitulaciones matrimoniales un régimen económico matrimonial de separación o participación de bienes, los beneficios y deudas empresariales obtenidos serán atribuibles exclusivamente al cónyuge titular, lo que claramente delimitará los efectos que dicha gestión empresarial puedan derivar sobre el patrimonio familiar, estableciendo núcleos independientes y con clara delimitación. Todo ello, sin perjuicio del sostenimiento a las cargas del matrimonio, a las que habrán de contribuir ambos cónyuges, aunque al no hacer unos bienes comunes, sean afrontadas con sus propios bienes.

A diferencia de los regímenes anteriores, la posible interrelación entre el patrimonio familiar y empresarial se producirá de forma generalizada en los supuestos en los que se haya pactado el régimen de sociedad legal de gananciales o en los que sea aplicable, por la ausencia de pacto expreso de régimen económico matrimonial.

Dicha vinculación patrimonial tendrá lugar no sólo por la presunción de ganancialidad de los bienes que establece el artículo 1361 del CC, que permite considerar como gananciales todos los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se demuestre que pertenece a uno de los cónyuges, sino también, por la repercusión de las deudas o la afección de los bienes de los cónyuges a los resultados de la actividad empresarial, como trataremos posteriormente. Asimismo, tendrá especial relevancia en caso de ruptura matrimonial. Tras la misma, y al haber desaparecido el régimen matrimonial, mientras no se haya procedido a la liquidación y adjudicación de los bienes, la pareja se encontrará en una sociedad postganancial, comunidad surgida en dicho periodo transitorio, como ha sido reconocida por la doctrina[6] y extensa jurisprudencia, que concluirá cuando hayan desaparecido la masa común. Las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes pueden afectar gravemente la dinámica de la empresa en caso de dilatarse en el tiempo, pudiendo incluso poner en riesgo su continuidad.

responsabilidad inicial solidaria, de los bienes comunes con los del cónyuge que haya contraído la deuda, y subsidiariamente, de los bienes del otro cónyuge.

6 Ferrante, A.: "La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (dir. C. Lasarte Alvarez), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004, pp. 158 y ss.

1. El régimen de sociedad legal de gananciales

La repercusión de dicho régimen matrimonial en la empresa o actividad comercial desempeñada por uno o dos de los cónyuges, será muy relevante, puesto que, en base a lo establecido en el artículo 1344 del CC se hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, atribuyéndoselos por mitad al disolverse aquella[7].

En consecuencia, la posible situación de interrelación entre el patrimonio familiar y empresarial se producirá de forma generalizada en los supuestos en los que se haya pactado el régimen de la sociedad legal de gananciales o en los que sea aplicable, por ausencia de pacto expreso de un régimen económico matrimonial. Ante esta situación y partiendo de que nos encontramos en el supuesto de que uno de los cónyuges desempeñe una actividad empresarial como empresario individual, trataremos de discernir, qué bienes de los cónyuges o qué ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio se encontrarán vinculados a la actividad empresarial.

De la misma manera, será importante delimitar respecto de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la actividad mercantil, qué bienes de los cónyuges o del matrimonio, se considerarán gananciales, y en qué circunstancias se encontrarán vinculados o podrán ser afectados por terceros para hacer efectivas las citadas responsabilidades.

Para ello, con carácter previo, debemos clarificar qué bienes de los cónyuges, entre lo que está considerada la empresa, tienen un carácter privativo, gananciales o una naturaleza mixta como bien privativo y ganancial[8]; para posteriormente, delimitar la naturaleza de las ganancias o frutos provenientes de los mismos y su posible afección a la marcha de la empresa familiar.

2. Carácter de la empresa familiar

En los artículos 1346 y 1347 del CC se establecen un listado de situaciones que determinarán el carácter privativo o ganancial de los bienes de los cónyuges, entre los que se encontrarán la empresa, haciendo alusión concreta a ésta, en alguno de los preceptos.

7 Miguélez Del Río, C.: "La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su Sucesión", *Pecvnia,* 2011, núm. 12, p. 73.

8 Reyes Lopez Mª. J.: "El patrimonio del empresario familiar individual" en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord. por M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 4, Boch, Barcelona, 2005, pp. 110-115.

Así en el artículo 1346 y siguientes del Código Civil, se establece que serán bienes privativos de cada cónyuge, los recogidos en determinados supuestos en base a una serie de criterios:

- Temporalidad: los que pertenecieren a uno de los cónyuges al constituirse la sociedad de gananciales. De manera que, rige un criterio de temporalidad, que determinará que la empresa tenga carácter privativo para uno de los cónyuges, siempre que dispusiera de ella antes de constituirse la sociedad legal de gananciales; lo que no tendrá que estar vinculado exclusivamente a la celebración del matrimonio, al haberse podido pactar con anterioridad otro régimen económico matrimonial.

- Gratuidad: cuando vigente la sociedad de gananciales fuese adquirida la empresa por alguno de los cónyuges a título gratuito. En este supuesto, no se determinará el carácter privativo de la empresa por la temporalidad, sino por el carácter de gratuidad de su adquisición, pudiéndola asimismo haber recibido por donación, legado o herencia.

- Subrogación: cuando fuere adquirida a costa o en sustitución de bienes privativos. De manera, que el carácter anteriormente privativo de un bien será el que determine el de la empresa, cuando haya sido adquirida en sustitución del bien anterior o sufragada por el mismo.

Asimismo, dicho criterio privativo se recoge en el apartado cuarto del mencionado artículo, haciendo referencia a cuando la empresa fuese adquirida en virtud de un retracto, puesto que, al tratarse de un derecho de adquisición preferente de un bien de carácter privativo, la empresa adquiriría tal carácter por derivación de este, pudiendo ser la sociedad de gananciales acreedora, en caso de haber sufragado crédito para dicha adquisición.

- Destino: los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, si bien, quedarán excluidos cuando sean:" parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común".

Las situaciones anteriores reflejan el carácter privativo que puede tener la empresa por el carácter de temporalidad, de gratuidad, de subrogación. Dichos criterios son asimismo recogidos en otros artículos del CC que establecen la determinación o presunción de carácter privativo o ganancial de un bien, en este caso, de la empresa:

- Temporalidad: vendrá reflejada en el artículo 1357, al determinar que, si la empresa hubiera sido adquirida a plazos, antes de constituirse la sociedad de gananciales, conservará el carácter privativo, aunque la totalidad o parte de estos

plazos se satisficieran durante esta, sin perjuicio de los reembolsos o reintegros que procediesen.

- El carácter privativo viene asimismo determinado en el artículo 1352 que establece que las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Igualmente tendrá el carácter privativo las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir, todo ello, sin perjuicio de los reembolsos oportunos si se hubiesen usado fondos comunes.

- Subrogación: derivada de la naturaleza del primer pago a plazos está recogido en el artículo 1356, estableciendo que cuando un bien hubiera sido adquirido a plazos constante la sociedad de gananciales tendrán naturaleza ganancial o privativo, si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero que no tuviese tal carácter, sin perjuicio de reembolsos correspondientes.

Por otra parte, el artículo 1347 del CC establece que la empresa será ganancial cuando concurran en ella los siguientes requisitos:

- Temporalidad: cuando la empresa o establecimiento haya sido fundado durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges, si bien, se añade en el apartado 5 del citado artículo, un requisito más, y es que lo hay sido a expensas de los bienes comunes. Si hubieran concurrido capital privativo y ganancial, se satisfarán igualmente los respectivos reembolsos.

- Onerosidad: cuando la empresa haya sido adquirida a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges.

- Ganancialidad: a sensu contrario, se recoge asimismo la subrogación por ganancial, en el apartado cuarto del artículo 1347, estableciendo que, cuando fuese adquirida en un derecho de adquisición preferente procedente de un bien de carácter ganancial, la empresa adquiriría tal carácter.

En el apartado quinto del citado artículo se hace asimismo referencia al carácter ganancial de la empresa familiar, en caso de que hubiera sido fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, perteneciendo en proindiviso a la sociedad y al cónyuge en proporción al valor de sus respectivas aportaciones, si concurriese capital privado y común.

En el artículo 1361 del CC se establece una presunción de ganancialidad para todos los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se demuestre su carácter privativo, de manera que, la presunción tendrá que desestimarse mediante prueba en contrario, teniendo el carácter ganancial todos aquellos bienes que, por defecto, no tengan acreditado un carácter claramente privativo.

Por su parte, el artículo 1324, establece que la confesión de uno de los cónyuges será prueba suficiente del carácter privativo de bienes del otro cónyuge, si bien, únicamente dicha confesión no podrá perjudicar los derechos de los herederos forzosos del confesante, ni de los acreedores, sean de la comunidad de gananciales o de los cónyuges.

De manera que, el artículo 1361 establece una presunción de ganancialidad, respecto a terceros, sin necesidad de declaración o prueba, salvo prueba en contrario, en el artículo 1324 se establece la confesión como prueba suficiente entre los esposos, siempre que no perjudique a terceros. Dichos artículos son tratados en por la Audiencia Provincial de Valencia en una reciente sentencia de 14 marzo de 2019[9] indicando que: "En cuanto a la confesión de privatividad prevista en el artículo 1324 CC citar la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia de la AP, Ciudad Real sección 1 del 21 de junio de 2018: la doctrina que sobre el particular emana del TS, concretamente en su sentencia de 8 de octubre de 2004, razona: 'a) Si bien el art. 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes 'existentes' en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privacidad de los mismos, o de algunos de ellos, que en realidad lo son del cónyuge que así lo exija; existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esa regla, como son la del art. 1355, por un lado, que autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio; y, por otro lado, la del art. 1324, que a su vez, permite, mediante 'confesión' (declaración unilateral válida en Derecho) hecha por el que, de ellos, pueda resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aún perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro (confesión, por otro lado, que sólo tiene efectos jurídicos entre los cónyuges o sus herederos, es decir, siempre que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, y sin que pueda trascender a los acreedores)".

9 SAP Valencia 14 marzo 2019 (ROJ 2019, 431).

3. Ganancias y deudas generadas por la empresa familiar

El referido art. 1347 CC, indica en su apartado 2º, que serán gananciales los frutos, rentas o intereses, tanto hayan sido producidos por bienes privativos, como que tengan carácter de ganancial. De manera que, como hemos comentado anteriormente, la empresa será ganancial cuando se haya fundado por ambos cónyuges, siendo gananciales sus beneficios, incluso cuando sólo se haya creado por uno de los cónyuges, pero con bienes gananciales, formando parte de la sociedad de gananciales lo obtenido por el ejercicio de la profesión de cualquiera de los cónyuges[10].

En cuanto a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa, referidos en el art. 1360 CC, con remisión a lo establecido 1359, tendrán el mismo carácter ganancial o privativo de los bienes que les afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

En cuanto a las deudas, como hemos comentado anteriormente, el régimen económico matrimonial incidirá directamente sobre la capacidad de disposición o administración de los cónyuges sobre determinados bienes y sobre la vinculación de los bienes comunes a las resultas de su ejercicio, es decir, a las posibles deudas contraídas.

Pues bien, por una parte, debemos partir de la premisa de considerar deudas en el ejercicio del comercio a las generadas en el desarrollo de la actividad mercantil o comercial en sentido amplio, debiéndose presumirse que todos los actos que realiza el cónyuge comerciante son realizados en el ámbito de su esfera mercantil, por lo que, las deudas que contraigan compartirán también este carácter[11].

Por otra parte, será importante delimitar los bienes que se encontrarán vinculados por dicho ejercicio de la actividad empresarial. En este sentido, el art. 1365 CC establece que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: "2º) en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes, y si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio".

Por ello, debemos acudir a la regulación del consentimiento en el ejercicio del comercio por persona casada, recogido en el art. 6 y siguientes de nuestro Código de Comercio, en adelante C.Com. En el citado art. 6, se establece que quedarán obligados a las resultas de dicha actividad, los bienes propios del cónyuge que

10 Miguélez Del Río, C.: "La empresa" cit., p. 77.

11 Sanciñena Asurmendi, C.: *Régimen económico matrimonial del comerciante*. Dykinson, Madrid, 1995, p. 127.

lo ejerza y los adquiridos por este ejercicio, si bien, establece que "para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges".

De lo determinado en el citado artículo podemos extraer varias conclusiones. Por una parte, hay que considerar que dentro de los bienes gananciales podemos diferenciar dos categorías, los bienes adquiridos a resultas del comercio, con sus beneficios, que tendrán un tratamiento asimilado a los bienes del cónyuge comerciante y, los demás gananciales, que constituyen el patrimonio común de los cónyuges y para cuya disposición o vinculación será necesario el consentimiento de ambos cónyuges[12]. Por otra parte, el referido artículo indica que se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, si bien, el cónyuge comerciante, no deberá prestar su consentimiento, al encontrarse siempre vinculado por el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el art. 1911 CC respondiendo como cualquier otro deudor con sus bienes presentes y futuros de las obligaciones y responsabilidades que asuma, por lo que, dicho consentimiento parece más referido al del cónyuge no comerciante.

Pues bien, el régimen del consentimiento se encuentra recogido en los arts. 7 al 12 del C.Com., que regula el alcance de los bienes que quedarán afectos a la actividad empresarial, estableciéndose que deberá ser expreso o presunto, en función de dicho alcance.

Dicha cuestión será de vital importancia, ya que el consentimiento del cónyuge no comerciante determinará el abanico de bienes vinculados por las resultas de comercio, con las posibles deudas y obligaciones contraídas, pudiendo afectar no sólo al patrimonio familiar, constituido por el resto de los bienes gananciales, sino también, alcanzar los bienes privativos del cónyuge no comerciante.

Por ello, será fundamental clarificar ante qué bienes nos encontramos y como debe prestarse el consentimiento del cónyuge no comerciante para que puedan obligarse los bienes que excedan del ámbito del ejercicio empresarial, estableciéndose en los arts. 7 y 8 el consentimiento presunto, que se entenderá otorgado por el cónyuge no comerciante, cuando se ejerza "con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo" y, asimismo, cuando ya lo ejercía al contraer el matrimonio y lo continuará ejerciendo "sin oposición del otro".

Con anterioridad a valorar dicho consentimiento, partimos de una premisa fundamental ya apuntada anteriormente, el régimen económico matrimonial

12 Bello Janeiro, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 339.

pactado va a tener una gran repercusión en el supuesto de deudas contraídas por el cónyuge comerciante, concretamente el régimen de sociedad legal de gananciales, en que nos centramos. Puesto que, en el régimen de separación o de participación no existe responsabilidad del cónyuge no comerciante, de manera que, no se podrá extender la responsabilidad a los bienes comunes, porque no se generará dicha cotitularidad.

En el sistema de gananciales, el cónyuge comerciante responde con sus bienes propios y obliga los bienes adquiridos por las resultas del comercio o empresa pudiendo también quedar vinculados los demás bienes comunes si concurre el consentimiento del cónyuge no comerciante e incluso sus bienes privativos.

De tal forma que, cuando el cónyuge comerciante cuente con el consentimiento de su consorte, quedarán obligados a las resultas del ejercicio del comercio los bienes privativos del cónyuge que lo ejerza y todos los bienes gananciales; por el contrario, en defecto de consentimiento, sólo quedarán obligados los propios bienes del comerciante y los adquiridos con las resultas del comercio, que también serán gananciales. De lo que se deduce que para que se derive la responsabilidad de todos los bienes gananciales, por las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del comercio, será necesario que concurra el consentimiento expreso o presunto del otro cónyuge.

Dicho consentimiento se entiende otorgado tácitamente cuando la profesión se ejerce por uno de los cónyuges de forma pública y notoria. Si bien, tratándose de los bienes del cónyuge del comerciante, el consentimiento ha de ser expreso, como señala el art. 9 del C. Com, por tanto, dicha extensión para vincular bienes privativos del cónyuge del comerciante, no quedará sujeta al consentimiento presunto, sino que, ha de ser expresa, por la grave trascendencia que puede tener para los mismos.

El consentimiento tanto expreso como presunto recogido en los artículos mencionados podrá ser revocado libremente y en todo momento como se establece en el art. 10, regulándose en el art. 11 el otorgamiento, oposición o revocación de dicho consentimiento deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, no pudiendo perjudicar los derechos de terceros adquiridos con anterioridad.

De manera que, todos los actos anteriores a la revocación del consentimiento serán válidos y no podrán ir en perjuicio de terceros, no pudiendo los cónyuges por la simple revocación del consentimiento eludir su responsabilidad frente a terceros.

La regulación del consentimiento anteriormente estudiada se ha de poner en relación con la normativa recogida en nuestro Código civil. Hay autores que consideran que dicha regulación es complementaria, al aplicarse fundamentalmente la regulación del Código de Comercio a regular las relaciones externas de un cónyuge con sus posibles acreedores, si bien, las relaciones internas entre cónyuges seguirán la disciplina del Código Civil en concreto los arts. 1362 y complementarios[13].

Por lo tanto, para analizar este consentimiento hemos de considerar el sistema de responsabilidad establecido en los CC y C. Com y en este sentido, la STS 7 noviembre 2017[14] indica que en el art. 6 C. Com se establece la sujeción a las resultas del comercio de los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, si bien, para que los demás bienes queden vinculados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, sobre ello expone :" Pero el artículo 7 del propio Código establece que "se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo". Esta regla debe ser integrada con el art. 1365.2 CC, en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual «responderán directamente de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». Como recuerda la sentencia 755/2007, de 3 de julio: 'Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito 'cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo' (sentencia de 7 de marzo de 2001, así como las de 22 de octubre de 1990 y 16 de febrero de 2006)". Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni, afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre; 620/2005, de 15 de julio; y 572/2008, de 12 de junio; entre otras muchas)".

Por todo lo expuesto, concluir que el consentimiento del cónyuge del comerciante será relevante a efectos de determinar la extensión de bienes que podrán ser afectados por las deudas contraídas por éste, de manera que, sólo en caso que haya mediado el consentimiento del otro cónyuge se podrán extender a los bienes gananciales e incluso a los bienes propios del cónyuge del comerciante;

13 Bello Janeiro, D.: "La defensa", cit., p. 445.

14 STS 7 noviembre 2017 (ROJ 2017, 3956).

quedando en defecto de consentimiento, limitada dicha responsabilidad a los bienes propios del comerciante y los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio.

Dada la importancia de dicho consentimiento, no podemos olvidar que los actos administración o disposición que requieran que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, sin que se haya prestado, llevará consigo la anulabilidad de estos, por el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o por sus herederos, como establece el art. 1322 CC. Esta anulabilidad ha sido analizada en la STS 16 abril 2012[15], en la que se indica: "Esta Sala, como la propia recurrente precisa, con cita de otras muchas, tiene declarado en la sentencia 5/2008, de 15 de enero , que 'el acto de disposición de un bien ganancial realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro se puede anular -anulabilidad, no nulidad- (...) a instancia de aquel cuyo consentimiento se hubiera omitido (...), según lo dispuesto en el art. 1322 del Código Civil, que concreta la sanción legal prevista para el caso de no haberse dado cumplimiento a lo que dispone el 1377, conforme al cual, tratándose de la venta de un bien ganancial, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges', lo que ratifica la sentencia 558/2010, de 23 de septiembre . En el presente caso, está claro que la demandada doña Isabel, cónyuge que no había prestado su consentimiento a la disposición de las participaciones interpuso demanda reconvencional en la que suplicó que se 'declare nulo por falta de consentimiento uxorio de mi principal en virtud de la acción de anulabilidad que subsidiariamente se ejercita'. Si lo que se pretende en el motivo es que el acto de disposición fue consentido por la expresada doña Isabel, incurriría en el insuperable defecto de hacer supuesto de la cuestión, dado que la sentencia recurrida afirma de forma clara, que, en el presente caso, ha de coincidirse con la sentencia de instancia en el rechazo de que haya mediado un consentimiento tácito".

III. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE AL CÓNYUGE EMPRESARIO

La disolución del régimen económica matrimonial puede producirse por muy diversas causas que recoge en el art. 1392 CC: "la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges y, en último lugar, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto".

15 STS 16 abril 2012 (ROJ 2012, 3072).

Asimismo, el 1393 CC[16] recoge una serie de causas de a petición de uno de los cónyuges concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales.

Disuelta la sociedad de gananciales, se procederá a su liquidación, como indica el artículo 1396 CC, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

En efecto, en aquellos casos en los que entre los cónyuges existe el régimen de gananciales, su disolución y liquidación llevará consigo la atribución a cada uno de lo cónyuges de lo que le corresponda en la comunidad de bienes. Como bien es conocido, las discrepancias en estas situaciones de ruptura matrimonial, suelen versar sobre la formación del inventario y la adjudicación de determinados bienes, en función del grado de su afección personal y profesional con los mismos. En este supuesto, el interés del cónyuge que ha desempeñado una actividad empresarial será mantenerla y continuar con el control de esta, ello sin perjuicio de los derechos patrimoniales del otro cónyuge.

De manera que, estudiaremos en este punto la regulación establecida en nuestro CC para la atribución preferente de la empresa al cónyuge comerciante, en caso de disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, que tiene como finalidad la continuidad en el ejercicio de su actividad empresarial y la salvaguarda de la empresa.

La cuestión tratada no es baladí al considerar el protagonismo de la empresa familiar en el tejido productivo de nuestro país, al representar papel fundamental en la creación de riqueza y empleo, y, asimismo, debemos tener en cuenta el elevado número de procedimientos judiciales de ruptura de la relación matrimonial.

Ante esta situación y conocedor el legislador de los efectos de dicha ruptura puede derivar en la empresa familiar, cuando entre los cónyuges rija el régimen de gananciales sin que hayan adoptado otros pactos que garanticen el mantenimiento y continuidad de la empresa, ha regulado preceptos para la preferente adquisición por el cónyuge comerciante o que ejerza una actividad profesional. En estos preceptos, consideramos que concurre una finalidad de protección doble, por una parte, la salvaguarda al cónyuge empresario o profesional que al regir en el matrimonio el régimen de sociedad legal de gananciales, puede verse perjudicado en la continuidad de su actividad al liquidarse dicho régimen y no adjudicarse la empresa o local para el ejercicio de su actividad y, por otra parte, se preserva

16 Las citadas causas son las siguientes: 1° Haber sido el otro cónyuge declarado judicialmente incapaz, pródigo, ausente, en concurso de acreedores o condenado por abandono de familia. 2° Por la realización del otro cónyuge de actos de disposición o gestión patrimonial que entrañen peligro para la sociedad de gananciales. 3° Separación de hecho por más de un año. 4° Por incumplimiento de forma grave y reiterada el deber de información al cónyuge (el que solicita la disolución) sobre los rendimientos y marcha de las actividades económicas.

la actividad empresarial o profesional en si, garantizando su continuidad y desvinculándola de la ruptura de la sociedad matrimonial.

La ruptura de la relación matrimonial llevará consigo la disolución y liquidación de la comunidad de bienes existente entre los cónyuges, con la atribución a cada uno de determinados bienes. En la empresa familiar, las posibles discrepancias surgidas sobre su adjudicación a uno de los cónyuges, en caso de que el resto de los bienes o patrimonio sea suficiente para equilibrar los derechos del otro cónyuge, podrá llevar consigo no sólo que se altere la estructura accionarial de la empresa, sino que, si esta situación se dilata en el tiempo, su gestión se vea gravemente perjudicada. Por ello, analizaremos esta regulación que, al margen de los acuerdos estatutarios adoptados, establecen una salvaguarda de la empresa familiar, atendiendo con ello a esa voluntad de continuidad que la define, como hemos comentado anteriormente.

Así, en el art. 1406.2.º se establece el derecho de adjudicación preferente al cónyuge empresario: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente".

Este precepto en consonancia con lo señalado por algunos autores[17] y lo expuesto anteriormente, tiene doble finalidad, por una parte, facilitar la conservación de la unidad económica, y por otra, proteger la continuidad de la empresa ante la disolución de la sociedad de gananciales por cualquiera causa, confiriendo este derecho de atribución preferente al cónyuge que ha venido desempeñando esa actividad empresarial. Con ello, se protege la continuidad de una explotación o empresa organizada que podrá ser adjudicada al cónyuge que ya la ha venía ejerciendo anteriormente.

Del mismo modo, el art. 1406.3º CC atribuye un derecho preferente a un cónyuge respecto del local en el que se viniese ejerciendo la profesión, lo que favorece la continuación de la actividad profesional desempeñada en el mismo.

La diferenciación entre ambos preceptos se basa en que el primero de ellos hace referencia a una explotación económica, entendida como unidad económica independiente, si bien, el segundo se encuentra referido más que una actividad en sí, al local en el que se ejercita, que no engloba la profesión que se ejercita en el mismo.

17 Garrido De Palma, V.M.: *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Reus, Madrid, 1985, pp. 19 y ss.

De manera que, en el 1406.3 CC el objeto de atribución preferente es el inmueble en el que esa actividad personal y profesional se desarrolla, siempre que sea ganancial.

Asimismo, el art. 1062 CC, aunque referido a la herencia, permite la adjudicación a uno de los interesados, como podrán ser los cónyuges, cuando una cosa sea indivisible o pierda valor por su división. Con esta adjudicación se evitará la pérdida de la cosa o la venta en pública subasta y se protege con la adjudicación al interesado, sin perjudicar al resto, que tendrán que ser compensados. Si bien, podrá ser vendida sólo en caso de que uno de los herederos pida su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños.

No podemos olvidar que el art. 1410 CC remite a las normas de la partición hereditaria para integrar el régimen de la sociedad de gananciales, recogiéndose esta misma situación de preferente adquisición de la empresa en el ámbito sucesorio, permitiendo el art. 1056 CC en los supuestos de explotación familiar, que el testador pueda atribuirla a algunos de los herederos, liquidando en metálico al resto su parte en la legítima. Dicho precepto refleja igualmente la voluntad de preservar la empresa familia y garantizar su continuidad, a pesar de las vicisitudes familiares acontecidas, reforzando nuevamente la ya referida idea de que uno de los rasgos definitorios e identificativos de la empresa familiar es su permanencia y vocación de continuidad, más allá de sus fundadores y de las contingencias familiares que sucedan y puedan afectar a esta, reforzando así su identidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Dal Monte, C. y Naranjo Hernández, M.J.: "Mediación en empresas familiares", *Revista de Mediación,* 2012, núm. 10.

Bello Janeiro, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de ganancial*es, J. M. Bosch, Barcelona, 1993.

Calvo Meijide, A.: "Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos", *Actualidad Civil*, 2001, núm. 4.

Ferrante, A.: "La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (dir. C. Lasarte Alvarez), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004.

Gallego Domínguez, I.: "La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica", *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar,* 2012, núm. 14.

Garrido De Palma, V.M.: *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Reus, Madrid, 1985.

Miguélez Del Río, C.: "La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión", *Pecvnia,* 2011, núm. 12.

Reyes López M. J.: "El patrimonio del empresario familiar individual" en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord. por M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 4, Boch, Barcelona, 2005.

Sanciñena Asurmendi, C.: *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1995.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA PERMUTA: UN ARCAICO CONTRATO DE INCIDENCIA COTIDIANA

THE SWAP: AN ARCHAIC CONTRACT OF EVERYDAY EFFECT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 196-237

María
Candelaria
DOMÍNGUEZ
GUILLÉN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 01 de abril de 2019

RESUMEN: El artículo trata sobre el contrato de permuta en el ordenamiento venezolano, el cual ha sido poco desarrollado por la doctrina local y presenta al igual que otras legislaciones, escaso tratamiento legislativo no obstante su vigencia cotidiana. Se hace referencia a los antecedentes, noción, caracteres, elementos, regulación e incidencia, concluyéndose que dicho contrato excede a una simple referencia histórica, pues puede presentar importantes aplicaciones prácticas. La figura suele retomar protagonismo ante la dificultad de obtener dinero.

PALABRAS CLAVE: Contrato de permuta; trueque; cambio; compraventa.

ABSTRACT: *The article deals with the swap contract under Venezuelan legislation, which has been poorly developed by the local doctrine and also presents scarce legislative treatment, like other legislations, though its everyday effect. A reference is made to its background, notion, nature, elements, regulation and impact, concluding that such a contract exceeds a simple historical reference, since it can pose important practical applications. The contract generally gains prominence given the difficulties to obtain money.*

KEY WORDS: *Swap contract; barter-trade; exchange; trading; purchase-sale.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES.- III. NOCIÓN.- IV. CARACTERES.- V. ELEMENTOS.- VI. REGULACIÓN. CARÁCTER SUPLETORIO DE LAS NORMAS DE LA COMPRAVENTA.- VII. INCIDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis socio económica ha revivido un contrato relativamente olvidado hasta ahora en nuestro medio y escasamente regulado en el Código Civil venezolano (1558 al 1664). Nos referimos a la permuta, que, en términos simples, se traduce en el cambio de una "cosa" o "derecho" por otro. En efecto, la escasez de dinero en efectivo y productos nos ha llevado a simplificar y apreciar ciertas cosas; la celeridad que reclaman las circunstancias permite intercambiar la titularidad de algo (de la que decidimos prescindir) por otra que requerimos sin acudir al mecanismo del pago con dinero.

Mediante las siguientes líneas haremos un breve panorama del contrato de permuta[1], el cual ha sido poco tratado por la doctrina venezolana[2], por no

1 *Vid.* Valdes Díaz, C.: *De la permuta y otras figuras afines,* Biblioteca Ibeoramericana de Derecho, Ubijus/Reus, Madrid, 2014; Merino Hernández, J. L.: *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978; Rogel Vide, C.: "Sobre la permuta y su utilidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* III Época, julio-septiembre, 2010, núm. 3, pp. 531-543; Fernández De Bujan, A.: "Los contratos de permuta y estimatorio", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2003, núm. 9, pp. 209-234; Melón Infante, F.: "El contrato de permuta en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado,* T. XLV, enero-diciembre 1961, pp. 707-719; Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas fundamentales acerca de la regulación del contrato de permuta en la legislación peruana", *Ars Boni et Aequi*, año 9, 2013, núm 1, pp. 185-217; Pérez Abarca, R.I.: *El régimen jurídico del contrato de permutación en la jurisprudencia*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2015; Hernández Guzmán, S.: "La regulación del contrato de permuta en el ordenamiento jurídico cubano. Aciertos y desaciertos", *Ambito Jurídico*, Brasil; Barrenechea, M.: "La permuta-Nueva regulación en el CCCN ¿sigue siendo título observable?", *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 2016-02, núm. 94, pp. 253-288; Albaladejo, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L, 14ª ed., Madrid, 2011, pp. 570-576; Medina De Lemus, M.: *Derecho Civil II (reestructurado conforme al plan de Bolognia),* Dilex, Madrid, 2010, pp. 241-247; Martínez De Aguirre Aldaz, C. (coord..): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, vol. II, Colex, 3ª ed., Madrid, 2011, pp. 553-555; O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4ª ed., España, 1996, pp. 582 y 583; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* Tecnos, 9ª ed., 3ª reimpresión, Madrid, 2003, pp. 303-305; Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 15ª ed., Madrid, 2009, p. 321; Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho,* Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2006, p. 324; López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001, pp. 407-409; Lete Del Río, J. M.: *Derecho de Obligaciones, Contratos en particular,* vol. III, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 75-78; Sánchez Cid, I.: *Lecciones de Derecho Civil (Parte General, Obligaciones y Contratos),* Ratio Legis, Salamanca, 2012, p. 316; Calvo Meijide, A.: *Derecho Civil Empresarial,* Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 251; Mazeaud, H. Y L. y Mazeaud, J.: *Lecciones de Derecho Civil, Los principales contratos,* vol III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, (trad. por L. Alcalá-Zamora y Castillo), pp. 12-28, 352-367; Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos Civiles*, Porrúa, México, 2008, pp. 151-156; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez De Garrido, R.: *Contratos típicos y atípicos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pp. 353-365. Agradezco a los profesores A. Domínguez Luelmo, C. Pérez Fernández, M. Torrealba Sánchez y E. Sánchez su colaboración en la obtención del material aquí referido.

2 *Vid.* Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, T.I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pp. 193-210; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos. La donación, compraventa, la permuta, enfiteusis, arrendamiento,* vol. II, Universidad de los Andes, Mérida, 1998, pp. 251-265; Aguilar Gorrondona,

• María Candelaria Domínguez Guillén
Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III Obligaciones, Universidad Central de Venezuela.
Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com

decir "olvidado"[3] y al que la ley dedica poca atención[4], debido para algunos a su similitud con la compraventa[5]. Se trata de "un instituto milenario y presente en la vida cotidiana con nombre propio"[6]. A la permuta le resultan aplicables muchas instituciones de la Teoría General de las Obligaciones y de la Teoría General del Contrato, toda vez que el contrato es la fuente por antonomasia de la relación obligatoria. De allí, la estrecha interconexión entre la materia de "Contratos" y "Obligaciones"[7]; el estudio de la permuta supone la necesaria combinación de la escueta normativa de dicho contrato especial, con diversos institutos derivados del Derecho de Obligaciones.

Si la permuta es una manera de acceder a la titularidad de un derecho, es fundamental su forma de adquisición. Pues bien, se indica que "toda adquisición de derechos reales también tiene su origen en las fuentes de las obligaciones, puesto que antes que la adquisición se realice, debió preceder, en la mayoría de los casos, una obligación de dar". Se presenta así una trilogía, compuesta por las fuentes de las obligaciones, la obligación propiamente dicha y el derecho, todo lo cual gira en torno al título[8].

El "contrato" encuentra sentido básicamente más que para adquirir obligaciones por el "ánimo de satisfacer una necesidad", representando además de un instituto jurídico un fenónemo económico[9]. Precisamente la necesidad nos

J. L.: *Contratos y Garantías (Derecho Civil IV*), Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989, pp. 304 y 305. También haremos referencia a Lagrange, E.: "La permuta" (quien fuera nuestro profesor de Contratos, en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en 1992).

3 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., como institución jurídica ha recibido poco tratamiento doctrinal tanto en sede cubana como en sede internacional, –a pesar de dicha relevancia-.

4 Albaladejo, M.: *Derecho Civil II*, cit., p. 572; Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 41, es realmente deplorable que en aras de economía legislativa los Códigos modernos hayan abandonado casi totalmente la regulación positiva del contrato de permuta, remitiendo para ello a las normas de la compraventa, como si ello pudiera hacerse de forma tan general; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., refiere la legislación cubana y la española entre aquellas que le dedica pocos artículos a la figura. El tratamiento brindado al contrato de permuta por el Código Civil cubano de 1987 es parco y sencillo, que, como buen imitador, incurrió en la misma falta que "su padre", el Código Civil español, destinando solo cuatro artículos a una institución que, debido a su autonomía e independencia de la compraventa, es digna de una regulación más amplia y precisa.

5 *Vid.* Fernández De Bujan, A.: "Los contratos", cit., p. 225, la escasa regulación de la permuta en los textos legales de Derecho español, básicamente los artículos 1538 a 1541 del Código Civil, se explica por la estrecha relación con la compraventa, lo que da lugar a la norma de remisión.

6 Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 539.

7 *Vid.* Bonnecase, J.: *Tratado Elemental de Derecho Civil,* (trad. por E. Figueroa Alfonzo), Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 635, se pregunta la relación entre el Derecho de Obligación y el de los Contratos, en la teoría de la primera se estudia la noción y reglamentación de los Contratos, la clasificación, efectos y disolución de tales.

8 Arévalo Guerrero, I.H.: Bienes Constitucionalización del Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Bogotá, 2017, pp. 678 y 679.

9 Rodríguez Ferrara, M.: *Obligaciones,* Librosca, 3ª ed., Caracas, 2007, p. 33, si necesito una casa tengo varias alternativas: comprarla, arrendarla, recibirla en prestamo o donación (habría que agregar la "permuta"); Annicchiarico, J.: "Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato?", en AA.VV., *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés".* Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise, (coord. por J. Annicchiarico Villagrán, S. Pinto Oliveros y P. Saghy Cadenas), Editorial Jurídica Venezolana,

puede llevar no solo a contratar sino hacerlo cabalgando a formas primitivas de contrato[10]; la incidencia de la permuta puede darse en economías pujantes, según los requerimientos de intercambio. La vigencia del arcaico contrato de permuta es prueba del carácter de "permanencia" del Derecho de Obligaciones a través de la historia[11].

II. ANTECEDENTES

El fenómeno del cambio o trueque parece haber constituido el primer medio de expresión económica y forma de comercialización de los pueblos más antiguos[12]. La doctrina es absolutamente coincidente en que ha sido el primer contrato existente en los albores de la civilización[13]. El trueque o permuta es el más primitivo de los medios que permite adquirir la propiedad de una cosa perteneciente a otro[14]; único procedimiento conocido y utilizado en un principio. Pero con la moneda, medida común de los valores, aparece la compraventa, que es el cambio de un objeto contra un precio, dejando atrás el contrato por esencia civil de la permuta[15]. Tanto la permuta como la compraventa son contratos de cambio[16].

Caracas, 2015, p. 275, el contrato es sin duda, el mecanismo por excelencia que regula el tráfico de los bienes y servicios y permite al ser humano alcanzar la satisfacción de sus necesidades; Rochfeld, J.: *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, Paris, 2016, pp. 435 y 436, las funciones del contrato (jurídicas, intercambio económico, servir a las políticas públicas, etc.), han llevado a una "contractualización de la sociedad".

10 López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil,* cit., p. 407, la permuta es instrumento de una economía primitiva poco desarrollada, lo cual justifica la escasez de la regulación legal.

11 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones,* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 17 y 18; Lete Del Río, J. M.: *Derecho de Obligaciones. La Relación Obligatoria en general*, vol. I, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, p. 23.

12 Valdes Díaz, C.: *De la*, cit., p. 11.

13 Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez De Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 354; Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., pp. 531 y 532, es el primero o más antiguo contrato; Lacruz Berdejo, J.L.: "Prólogo", en Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 17, la permuta es el contrato más antiguo de la historia; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., "el contrato más antiguo del mundo"; Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 352, es el más primitivo de los contratos que permiten la adquisición de un derecho.

14 *Vid.* Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., p. 2, el trueque es el antecedente histórico del contrato de permuta.

15 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 12; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., La permuta surgió en economías poco desarrolladas, mucho antes de la aparición del sistema monetario, ya que el trueque o intercambio constituyó, por mucho tiempo, el único modo de transmisión de los bienes que conocían los hombres; Ruiz Guarderas, S.: *El contrato de permuta como figura civil para transferencia de dominio de bienes del sector público, su regulación, ejecución y efectividad en contratación pública*, Trabajo

Magister en Derecho Administrativo, Universidad San Francisco de Quito, Quito, abril 2015, p. 8, la permuta es un contrato de naturaleza civil que tiene su origen en el trueque, es uno de los contratos más antiguos en la historia. La aparición de la moneda hizo que se subvalore respecto a la compraventa (destacado nuestro); TSJ/SCC, Sent. 000575 de 6-10-16, de allí que un conflicto surgido con motivo de la ejecución de un contrato de permuta, que por su naturaleza es esencialmente civil. Véase, sin embargo: Jurisprudencia Ramírez & Garay, T. CXIV, CSJ/SPA, Sent. 22-11-90, pp. 668 y 669, el contrato de permuta suscrito excede los límites del contrato privado por lo que se presenta de contenido administrativo por voluntad de quienes lo suscriben al incorporar una cláusula exhorbitante que permite a la Administración resolver de pleno derecho el contrato de permuta.

16 Martínez De Aguirre Aldaz, C. (coord..): *Curso,* cit., p. 553.

La invención del dinero, instrumento por demás versátil, cambió la forma hacer negocios y amplió los mercados[17]. El uso de la moneda permitió sustituir el trueque o permuta por la compraventa para realizar la transmisión de un derecho, por cambiarse entonces el objeto vendido contra un precio de dinero[18]. Al recibir el vendedor el dinero como medio de pago lo podrá utilizar de nuevo en otras transacciones. El dinero como medida de valor fija el precio de las cosas y como medio de pago se identifica inicialmente con un objeto físico, desde las piezas metales y objetos (incluyendo semillas), luego monedas, billetes hasta transferencias electrónicas[19]. La permuta se enriqueció progresivamente dejando de ser un mero trueque de cosa por cosa, siendo intercambiable por todos los objetos posibles, dando paso a las "premonedas" (cosas de mucho valor en poco peso), antecedente de las monedas de metal[20]. Se admite que el proceso de diferenciación histórica entre permuta y compraventa es lento y dificultoso. Los metales como forma de intercambio dieron cabida al dinero[21] y la aparición de la moneda retrajo la permuta considerada inicialmente el "príncipe" de los contratos[22].

Se afirma que antes de la aparición de la compraventa tal y como se conoce en los sistemas contemporáneos, aunque con minuciosas novedades añadidas, persistía en la Roma primitiva una técnica de carácter sencilla, rápida y eficaz en la que se encontraba legalizada la compraventa romana. El origen de la última está en la permuta, también denominada trueque, estando las prestaciones de los sujetos compuestas por cantidades no dinerarias, puesto que en antaño no existía

17 Heinz-Peter, M.: "Prólogo", en Madrid Martínez, C.: *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional,* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 9.

18 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 2; Hernández Dávila, G.: "El trueque en las operaciones inmobiliarias", *Analítica*, junio de 2008, en tiempos inmemoriales el trueque era la única forma de intercambio de bienes y servicios que respondía a la necesidad humana de supervivencia. Cuando los fenicios instauraron el dinero como medio de cambio la sociedad dio un enorme salto y el comercio comenzó a fluir con rapidez. El dinero vino a suplir las deficiencias del trueque, especialmente en lo atinente a las operaciones de grandes volúmenes de productos; Bellanger, E.: *El mercado permuta de títulos valores. Un mecanismo de obtención de divisas en una política de control cambiario en Venezuela (2003-2009),* Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Administración de Empresas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 38, la permuta data de tiempos de la antigüedad como una forma de expresión de trueque.

19 Rodner, J.O.: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Anauco, 2ª ed., Caracas, 2005, p. 71, en los últimos 2000 años estos medios de pago han sido aceptados por la sociedad: Valdes Díaz, C.: *De la*, cit., pp. 15 y 16, al aumentar el tráfico de bienes comienzan a utilizarse las premonedas como granos y metales.

20 *Vid.* Rogel Vide, C.: *El precio en la compraventa y su determinación,* Colección Jurídica General Monografías, Reus, Madrid, 2013, pp. 15-19.

21 Fernández De Bujan, A.: "Los contratos", cit., p. 213. Como pone de relieve De la Rosa, el proceso de diferenciación entre permuta y compraventa es lento y dificultoso, dada las abundantes interrelaciones entre ambos negocios. El punto de arranque de la progresiva disociación entre ambas figuras habría sido la aparición de instrumentos que actuarían como intermediarios en los cambios y de forma especial la aparición del dinero amonedado, moneda en sentido moderno, que no se pesa, sino que se cuenta, fabricada en metal, y de ahí la expresión "contante y sonante". Desde la más remota antigüedad se conocen unos productos que poseen en el más alto grado las condiciones necesarias para servir de medida común de los valores: el oro, la plata y el cobre; Rogel Vide, C.: *El precio,* cit., p. 24, el dinero contante y sonante, se "cuenta" no se pesa ni mide; y siendo de metal puede sonar.

22 Barrenechea, M: "La permuta", cit., p. 256, cita a Spota; Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 532, considerada el contrato príncipe; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez De Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 354.

el pago en metálico[23]. Luego comienzan a aparecer metales, que facilitan el canje especulativo. Con ello, la permuta decae dando paso a la compraventa, pero se concibe como un caso trascendente de la misma. Los procuyelanos y sabinianos concluyeron que el trueque era el punto de partida de la compraventa[24]. Sin la existencia del dinero, la permuta no hubiese sido sustituida por la compraventa[25]. Curiosamente el autor venezolano Gelman –que no trata la "permuta" como tema autonómo-, señala a propósito de la compraventa que "en los primeros tiempos de la humanidad la venta se hacía por lo que se denominaba cambio o trueque", pero se presentaba el grave inconveniente de que era necesario encontrar a la persona que tuviera lo que nosotros estábamos necesitando, y además de encontrarla, que necesitara lo que nosotros teníamos. En Venezuela en una etapa de la época colonial se tomo como tipo de cambio el cacao[26].

Siempre se ha dicho que la venta es cambio de cosa por precio, pero previamente existió la permuta en las sociedades primitivas, como cambio de cosa por cosa. Sólo en una fase posterior, cuando las necesidades del hombre aumentaron y no bastaban los bienes de producción propios para intercambiar por otros -por falta de ajuste de valores, o porque no son precisamente los que el intercambio necesita- es que aparece la necesidad de un bien de valor común para todos reflejado en unidades cuantitativas: el dinero, y con él surge la compraventa. Pero ésta simplemente sustituye en uso a la "permuta", por ser más corriente y práctica[27]. Simplemente porque el dinero es "la medida de valor de todas las otras cosas" es que la compraventa se hizo la forma normal de adquisición, aunque la permuta constituye un modo más primitivo[28]. El intercambio de cosa por dinero

23 Martínez Peña, L.: *El contrato de compraventa en el Derecho Romano y su evolución histórica*, Trabajo fin de grado, Universidad de Jaen, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, mayo 2016, p. 10, Se trataba de un medio de comercio cuyos objetos, principalmente, eran los productos derivados del campo, esto es, los frutos, las cosechas, los cultivos propios procedentes del trabajo de las personas, los cuales se entregaban a otras a cambio de cualquier otro producto o bien, no incluyendo un servicio... Lo frecuente era que las personas obtuvieran por medio del trueque productos que no tuvieran o que no pudiesen producir ellos mismos, a cambio de entregar los suyos.

24 *Ibid*., p. 11, el Imperio romano prestaba su ayuda con otras aleaciones, siendo más destacables y distinguidos el "aureus" de oro, "denarius" de plata, "sestertius", el "dupondius", de bronce, y el "as" de cobre. De la segunda, se dice que emerge la palabra "dinero".

25 *Ibid*., p. 12. También, *Vid*. Aguirre Cardona, E.: *El contrato de compraventa en el Derecho Romano, Derecho Civil y proyectos de unificación internacional,* Pontificia Universidad de Comillas, Facultad de Derecho ICADE, Madrid, 2014, p. 5, el prestigioso jurisconsulto romano Paulo (siglo II d.C.) se refiere así al origen de la compraventa: "El origen de la compraventa está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero […] cada uno permutaba las cosas inútiles por otras útiles según las necesidades". Esta compraventa primitiva, que no es otra cosa que un trueque, se convertiría en una verdadera compraventa a raíz de la aparición del dinero; Belloso De Pedro, C.: *El contrato de compraventa en Roma y su evolución posterior: la evicción*, Trabajo fin de Grado, Universidad de Valladolid, Facutad de Derecho, 2016, p. 3, el origen de la compraventa comenzó con las permutas; porque antiguamente no había moneda como ahora, ni una cosa se llamaba mercancía, y otra precio, sino que cada uno permutaba según la necesidad de los tiempos y de las cosas, las inútiles por las útiles, ya que muchas veces sucede, que lo que sobra a uno falta a otro. Igualmente Vid. Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 542, nota 16.

26 Gelman, B. R.: *Contratos y Garantías*, Fundación para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología en la región zuliana, 3ª ed., Maracaibo, 1993, p. 23.

27 Medina De Lemus, M.: *Derecho Civil II*, cit., pp. 241 y 242.

28 Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 543, notas 22 y 23.

no ha tenido lugar siempre. Por el contrario es fruto de una larga evolución, que tiene sus antecedentes, en opinión de Rogel Vide, con el sobreprecio a pagar, en la permuta de cosas de distinto valor, con el fin de equilibrar éste[29].

En la evolución del Derecho Romano la figura de la permuta surgió dentro de las modalidades de los contratos "innominados" por no insertarse dentro de alguno de los modelos hasta entonces conocidos[30], que se perfeccionaba con la entrega de la cosa (el consentimiento de las partes no era suficiente para que surgieran las obligaciones recíprocas de las partes) porque se transmitía la propiedad de las cosas permutadas. Siendo tal la diferencia con el régimen consensual actual de la permuta[31]. El precio en la compraventa debía estar referido en dinero ("pecunia numerata")[32].

El dinero no tiene así presencia relevante en la permuta. Pudiendo llegar incluso a pasar la operación como irrelevante a los ojos del Fisco, aunque algunos asumen a efectos fiscales el criterio que se trata de una doble venta. Pero cabe recordar la autonomía de la figura[33].

De la permuta destaca así su extrema antigüedad o mayor vejez frente a la compraventa[34]. Se admite entonces que la "permuta" antecede en el tiempo a la "compraventa"[35] por responder a necesidades más primitivas[36]. Por lo que "la

29 Rogel Vide, C.: *El precio*, cit., p. 12.

30 Bernad Mainar, R.: *La interpretación jurídica en el Derecho Romano y en el Derecho Actual*, Vadell, Caracas/Venezuela/Valencia, 2004, pp. 166-169 (a la par del contrato estimatorio, precario y transacción), especialmente, pp. 167 y 168, la permuta da principio a la obligación con la cosa entregada. De modo que si no había entrega no existía permuta; Lete Del Río, J. M.: *Derecho,* vol. III, cit., p. 75; Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 532.

31 Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit.; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., p. 257, constituía un contrato innominado con carácter real.

32 Álvarez, T. A.: *Las Institutas de Justiniano. II. Obligaciones,* Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 154 y 155, lo que se presenta como fundamental para diferenciar la venta de la permuta. Ello podía aparejar problemas, por ejemplo, ante indeterminación del precio, se podía considerar la venta como una forma de permuta o intercambio; Belloso De Pedro, C.: *El contrato,* cit., p. 18, el último de los elementos constitutivos de la compraventa es el precio (pretium), que permite distinguir la compraventa de la permuta. Sin embargo, a comienzos del Principado esta distinción no era tan clara, lo que produjo una discusión doctrinal de considerables proporciones entre los jurisconsultos romanos sabinianos (Sabino, Casio) y los proculeyanos (Labeón, Nerva, Próculo). Los jurisconsultos de la escuela sabiniana defendían que el precio podía ser en dinero o en cualquier otra cosa. A sensu contrario, la corriente proculeyana sostenía que el precio solamente podía ser en dinero, puesto que de lo contrario no podría diferenciarse la compraventa de la permuta, difuminándose asimismo las diferencias entre comprador y vendedor, pues los dos harían entrega de una cosa. En este último sentido, *Vid.* Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 541, nota 5.

33 Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 540, concluye el autor: "no es mi función, como civilista, estudiar o criticar la fiscalidad de la permuta. Si lo es, en cambio, vindicar la independencia de la dicha permuta como contrato y la utilidad de la misma".

34 *Ibid.*, p. 534, cita a Enrique Álvarez Cora.

35 *Vid.* Fernández De Bujan, A.: "Los contratos", cit., p. 210, Gayo, en Instituciones III, 141, denomina a la permuta "vetustísima especie de compraventa".

36 *Vid. Ibid.*, p. 209, en el seno de la economía doméstica agrícola, centrada en la casa familiar, que constituye una comunidad de vida y de trabajo, el cultivo de la tierra, como forma de sustento e instrumento de autoabastecimiento, siendo el medio de vida que, muchos siglos después, es todavía añorado. Así Plinio se refiere a una dichosa etapa primitiva en la que se permutaban las cosas.

permuta es el antecedente histórico de la compraventa"[37]. La permuta precede en el tiempo a la compraventa y se mantiene luego de aquella, aunque su condición de principal medio de cambio le haya sido usurpada por su heredero o vástado directo: especie dentro del género[38]. La permuta es el género y la compraventa la especie, "aunque la evolución ulterior haya traicionado este origen"[39]. Fue primero en el tiempo la permuta y luego la venta que se presentaría como una derivación de la figura en estudio. Al extremo que para algunos "la venta no es otra cosa que una permuta perfeccionada"[40]. No obstante todavía algunos no consideran la permuta como una institución independiente de la compraventa[41], proyectándose discusiones sobre si la figura en estudio presenta entidad autónoma o queda embebida dentro del estudio de la compraventa[42]. La doctrina venezolana la ubica atinadamente como un contrato autónomo[43]. Pues sería inexacto descubrir en la permuta una modalidad de la compraventa: es ésta la que se presenta como una variedad de la permuta. La compraventa es una permuta transformada por la sustitución de un precio[44]. Algo parecido sucede con el "pago" y la "dación en pago" en el ámbito de la extinción de las obligaciones[45].

Algunas legislaciones han considerado la figura con ocasión de ciertas leyes especiales. Tal fue el caso de España a propósito de la permuta de solar por

37 Lasarte, C.: *Curso,* cit., p. 321; Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones,* cit., p. 324; Lete Del Río, J. M.: *Derecho,* vol. III, cit., p. 75, la permuta es anterior y primera en el tiempo a la compraventa; Sánchez Cid, I.: *Lecciones,* cit., p. 316, la permuta es el antecedente de la compraventa; López y López, A. *et.al: Derecho Civil,* cit., p. 407.

38 Valdes Díaz, C.: *De la*, cit., p. 17; Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 537.

39 Lacruz Berdejo, J.L.: "Prólogo", en Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 18.

40 Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., la autora cita a Josserand.

41 *Vid.* contrariamente en forma acertada Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas", cit., p. 213, compartimos la autonomía de la permuta.

42 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., la doctrina jurídica es casi unánime en reconocer que el primer contrato que existió, en el orden del tiempo, fue la permuta; pues este surge para dar respuesta a una necesidad primaria del hombre: procurarse las cosas imprescindibles para su existencia, imposibles de ser adquiridas de otro modo, debido al estado primitivo en que vivía, aún sin conocer el dinero como medio de pago y medida de valor de los bienes. La compraventa aparece después, pues esta requirió de una fase superior de desarrollo y civilización, en la que ya se había encontrado "la medida del orden general (dinero), para facilitar el trueque de mercancías". Fue entonces que la permuta se fue reduciendo, cada vez más, a un segundo plano ante la preeminencia que progresivamente adquiría la compraventa, hasta que esta logra colocarse finalmente, por sí sola, en el primer plano de la contratación, hasta nuestros días; Barrenechea, M.: "La permuta", cit., p. 256, el nuevo Código argentino mantiene su autonomía normativa pues el art. 1172 permite afirmar de manera categórica que nos encontramos frente a un contrato autónomo e independiente de permuta; no replicando normas de la compraventa como lo hacía el Código de Vélez. Si bien es cierto que hubo proyectos nacionales que querían subsumir a este contrato en el de compraventa.

43 En Venezuela, ubicándola autónomamente, *Vid.* Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 193-210; Aguilar Gorrondona, J.L.: *Contratos,* cit., pp. 304 y 305; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 251-265.

44 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud J.: *Lecciones,* cit., p. 353.

45 Algunos no consideran la dación en pago como un modo autónomo de extinción de las obligaciones, sino una modalidad del pago. Sobre tal discusión, *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "la dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2014, núm. 4, pp. 15-55; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso,* cit., pp. 387-420.

inmuebles a construir[46] (aunque se discute su naturaleza)[47] y de Cuba también en el sector de vivienda[48]. Su incidencia modernamente resurge a la par de la circunstancias, particularmente en Venezuela, no solo en la realidad cotidiana, sino en una ley especial que alude al "trueque"[49].

III. NOCIÓN[50]

Dispone el artículo 1558 del CC venezolano: "La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella".

Se aprecia de la definición legal que la permuta es un "contrato", esto es, un negocio jurídico bilateral de contenido patrimonial[51] en los términos del artículo 1133[52] del CC, configurándose así como un modo de constituir o adquirir

46 *Vid.* Marrero González, G.: "El renacimiento del contrato de permuta en el ámbito inmobiliario: análisis doctrinal y jurisprudencial de la permuta de solar por pisos a locales por construir", *Anales de la Facultad de Derecho*, mayo 2008, núm. 25, pp. 215-244; Medina De Lemus, M.: *Derecho Civil II*, cit., pp. 243-247, en los años 60 apareció una práctica para favorecer el desarrollo de la construcción, sobre la que se ideó una forma contractual calificada de permuta por la que el propietario cedía el suelo y el constructor o promotor uno o más pisos de apartamentos o locales, sometidos a todos los riesgos de frustración del negocio. Pero el STS el 31-1-01 anuló los tres primeros párrafos del artículo 13 RH en su reforma por RD 1867/1998 de 4 septiembre. Por considerar que desnaturalizan el modo de adquirir la propiedad en el sistema español, que requiere la concurrencia de título y modo, por lo que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto de cambio de solar por pisos a construir, no cabe porque no tiene existencia la cosa. No obstante, el autor no comparte la argumentación pues existen variedades de pacto de permuta en la materia como es el cambio de cosa presente (solar) por cosa futura (pisos por construir). Se trata de un derecho transitoriamente indeterminado. Cita que la Comunidad Autónoma de Cataluña por Ley 23/2001 de 31 de diciembre ha dictado una normativa en tal sentido que podrá aplicarse al resto de España en virtud de pacto o contrato por aplicación del principio de autonomía de la voluntad; Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 536; Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones,* cit., p. 324; O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., p. 583; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema,* cit., p. 303; Martínez De Aguirre Aldaz C. (coord..): *Curso,* cit., p. 555.

47 *Vid.* Marrero González, G.: "El renacimiento", p. 225, "En nuestra doctrina pueden distinguirse tres posiciones diferentes: la mayoría se inclina por considerar este contrato como una permuta especial de cosa presente por cosa futura; otro sector importante prefiere hablar de permuta con prestación subordinada de obra; y no faltan posturas intermedias como calificarla de contrato atípico, contrato de aportación, etc."; Lete Del Río, J. M.: *Derecho de,* vol. III, cit., p. 78, el caso más común de permuta de cosa futura es de solar a cambio de piso por construir. Interviene una obligación de hacer que lo acerca al contrato de obra, por lo que quizá deba considerarse como un contrato atípico. No obstante que la doctrina lo considera permuta (Merino, García Cantero). La sentencia 7-7-82, lo califica de contrato atípico no encajable en ninguna de las tipologías estipuladas en el CC; Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 343-379.

48 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., cita Ley General de la Vivienda y el Reglamento para las permutas; Pérez Gallardo, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59/1987 de 16 de Julio (Anotado y Concordado),* Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 267.

49 *Vid.* infra VII.

50 Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., pp. 7 y ss.

51 *Vid.* Mélich Orsini, J.: *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª ed., 1ª reimp., Serie Estudios 61, Caracas, 2012; O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., p. 527, creador de obligaciones; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema de,* cit., p. 29, negocio jurídico bilateral que incide sobre relaciones jurídicas patrimoniales; Rodríguez Ferrara, M.: *Obligaciones,* cit., pp. 33 y 34, las partes tienen intereses contrapuestos; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 468-472.

52 "El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico". *Vid. Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, UCV, FCJP, IDP, Caracas, 1982, pp. 15-39, la redacción de la norma data del CC de 1873 inspirado en el CC italiano de 1865.

la propiedad u otro derecho. De la permuta derivan entonces "obligaciones contractuales"[53].

La permuta supone un contrato en que las partes intercambian recíprocamente la titulariadad de un derecho[54]. Señala Fernando Melón Infante que que el contrato de permuta impone a las partes recíproca y respectivamente, una conducta de intercambio; una prestación de mutua transferencia o cambio directo de una cosa por otra, sin intervención de dinero o al menos sin intervención principal del mismo[55]. Si bien la norma aluda a "cosa" [56] también pueden ser objeto de permuta los "derechos"[57]. Se afirma así que la expresión "dar una cosa para obtener otra" utilizada por el legislador no es del todo apropiada pues sería más técnica y atinada: "la obligación de transmitir la propiedad u otro derecho y garantizar dicha transmisión, siempre que la contraprestación no consista en una suma de dinero"[58].

La permuta se distingue de la compraventa porque el pago en lugar de dinero acontece mediante otra cosa o derecho, entre otras diferencias derivadas de su independencia funcional[59]. La diferencia esencial entre venta y permuta radica en el precio en "dinero" de la primera, no existiendo en la permuta sino los "permutantes", en lugar de comprador y vendedor. Y por tal, la obligación de evicción no es exclusiva del vendedor sino de ambos permutantes[60], quienes están obligados a responderse mutuamente en el caso de evicción y vicios ocultos[61]. En efecto, a diferencia de la compraventa, no hay en la permuta dos partes distintas,

53 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., p. 141.

54 *Vid.* Merino Hernández, J. L: *El contrato,* cit., p. 45, más que cambio de "propiedades" debe hablarse de cambio de "titularidades".

55 Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 707.

56 *Vid.* Lasarte, C.: *Curso,* cit., p. 321, la permuta es el intercambio de cosa por cosa; O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., p. 583, se trata de un contrato por el que una parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa, a cambio de que ésta a su vez, se obliga a transmitirle la propiedad de otra cosa.

57 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009, p. 126, la permuta es un contrato en virtud del cual las partes se obligan a intercambiar una o varias cosas o derechos por otras. Es decir, se trata de un negocio jurídico semejante a la venta, pero cuyo pago tiene lugar con otra cosa y no con dinero.

58 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 197.

59 Sobre las diferencias, *Vid.* Calvo Meijide, A.: *Derecho Civil*, cit., p. 251, son notas que caracterizan la permuta, a diferencia de la compraventa: 1. Es de esencia a este contrato el cambio de cosa por cosa, no de cosa por dinero que es lo que caracteriza y define la compraventa; 2. Consecuencia de lo anterior, es que en la permuta no hay precio, sino cambio (Sts. españolas T.S. de 9 de marzo de 2000, 6 de noviembre de 2003); Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., pp. 537-539 (singularidades de la permuta respecto de la compraventa); Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., no es posible aludir a "intereses" en la permuta como en la compraventa porque no existe referencia a precio. Podría haber cláusula penal en ambas; Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., pp. 204-206; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 258-260; Rogel Vide, C.: *El precio,* cit., p. 34, sin precio fijado en determinada cantidad de unidades moentarias no hay compraventa.

60 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 206.

61 Sánchez Cid, I.: *Lecciones,* cit., p. 316.

sino que son dos permutantes con las mismas obligaciones: cada uno tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa a que se ha obligado[62].

La permuta, según la doctrina con base al art. 1538 del CC español, es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a transmitir al otro una cosa (o derecho) a cambio de la (o del) que éste se obliga a transmitirle a él[63]. La generalidad de las legislaciones inspiradas en el sistema romano-francés tienen tal concepción de la permuta[64]. Comenta ALBALADEJO que "la función que desempeña hoy la permuta es la de dos ventas fundidas en un solo acto, con superación del precio en dinero (que es inútil, en cuanto tendrían que dársela en la misma cuantía cada parte a la otra)[65]. Equivaldría a una "doble transmisión de propiedad"[66], por lo que para algunos se traduce en una venta abreviada o una doble compraventa[67], en un sentido semejante a la idea que cobija la compensación (considerada un "doble pago abreviado")[68]. Sin embargo, los MAZEAUD consideran que así como la permuta no es una compraventa, no es tampoco dos compraventas porque no hay precio alguno[69].

Para los citados autores la permuta es el contrato por el cual dos personas se transmiten respectivamente un derecho; los derechos transmitidos no recaen al menos en cuanto a la totalidad en una suma de dinero. El derecho transmitido debe ser patrimonial, no necesariamente de propiedad. Podría ser otro derecho

62 O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., y PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción,* cit., p. 583; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos,* cit., p. 255, al igual que en la compraventa, los permutantes se obligan a transmitir la propiedad de la cosa.

63 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 570.

64 *Vid.* HERNÁNDEZ GUZMÁN, S.: "La regulación", cit., la mayoría de las legislaciones de nuestro sistema romano-francés, coinciden en considerar que la permuta es el contrato por el cual las partes se obligan a dar la propiedad de una cosa por la de otra. El CC cubano prevé "Por el contrato de permuta las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro"; AYLLÓN VALDIVIA, C.: "Algunas críticas", cit., p. 186, CC peruano: "Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes"; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Contratos Civiles*, cit., p. 151, se obliga a dar una cosa por otra (México), CC colombiano: "La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro". Véase referencia a los CC de distintos países: PÉREZ ABARCA, R.I.: *El régimen,* cit., pp. 11-17; ROGEL VIDE, C.: "Sobre la", cit., pp. 534 y 535; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Contratos,* cit., p. 254, no difiere la definición del CC venezolana de la de otros ordenamientos como México, Panamá, Uruguay y España.

65 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II*, cit., p. 572, si se quiere la de una venta en que hay dos vendedores y el precio consiste para cada uno, no en dinero, sino en la otra cosa, que recibe a cambio de la que da; O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., y PEDREIRA ANDRADE A.: *Introducción,* cit., p. 582, la compraventa se puede descomponer en dos permutas; AYLLÓN VALDIVIA, C.: "Algunas críticas", cit., pp. 195 y 196, reseña autores que consideran la permuta como una doble venta.

66 MADURO LUYANDO, E.: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III,* Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989, p. 328.

67 *Vid.*, citando en tal sentido a Joaquín Escriche, ROGEL VIDE, C.: "Sobre la", cit., p. 543, nota 25, la permuta puede considerarse como una "venta doble".

68 *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 413.

69 MAZEAUD, H. Y L., y MAZEAUD, J.: *Lecciones,* cit., p. 353.

real[70] o inclusive un derecho de crédito[71]. De allí que se aluda a "permuta de créditos"[72]. La cesión de créditos está regulada en los artículos del Código Civil (CC, arts. 1549 al 1557), precisamente a propósito del contrato de compraventa, aunque ésta es solo una de las formas en que pudiera tener lugar la transmisión del lado activo de la relación obligatoria, puesta también podría operar por vía de permuta, donación, etc.[73]

De allí que la permuta, permutación, trueque, cambio[74] o intercambio[75], entre otras denominaciones[76], tiene lugar cuando los contratantes se obligan a transferir la propiedad o titularidad de una cosa o derecho, mediante el intercambio de otra. Claro está que no podrá ser a cambio de dinero, al menos en su mayor parte[77], porque estaríamos en presencia de una compraventa[78].

La permuta se ubica entre los contratos que ejercen una función de "cambio" o de circulación de bienes, mediante la traslación del dominio, a la par de la

70 Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., la doctrina científica ha interpretado la definición legal de cosa en un sentido amplio, abarcando el derecho de propiedad de las cosas muebles e inmuebles, pero también incluyendo los derechos reales limitados, en grado inferior al dominio, así como sobre derechos personales.

71 Mazeaud, H. Y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., pp. 17 y 355; Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 198; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., La cosa o bien, es aquella entidad o ente, material (o corporal) o inmaterial (o incorporal) susceptible, en principio, de apropiación, es decir de titularidad. Pueden ser objeto mediato de la permuta los bienes tanto muebles como inmuebles, pues ningún precepto lo prohíbe.

72 *Vid.* Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 183-191. *Vid.* a favor de la permuta de "derechos personales": Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 47 y 48.

73 Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., p. 307, nota 20, Indica Lagrange que la cesión de crédito es una especie de la cesión de derechos, en la que el acreedor originario viene a ser sustituido por un nuevo acreedor. La palabra "cesión" más que el negocio jurídico del que se trate lo que designa es el resultado del mismo, pues la causa puede ser diversa (venta, permuta, donación, garantía, dación en pago, etc.).

74 *Vid.* Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones,* cit., p. 324, la permuta es el trueque o intercambio; Hernández Dávila, G.: *El trueque,* cit.; Rojas González, G.: *Manual de Derecho Civil,* Ecoe, Colombia, 2001, p. 283, "permutación o cambio"; Centenario, E.: "Permuta", *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 403, "El anteproyecto, denomina al contrato en comentario como permuta, mientras que en el Código Civil vigente, se lo conoce como permuta, permutación, también por trueque y asimismo como cambio o cambios"; Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., p. 9, el CC chileno, art. 1897 del C.C. alude a la figura contractual como "contrato de permutación" ; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 353, el codificador alude a contrato de trueque o permutación; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema,* cit., p. 303, en realidad en la permuta hay un trueque del derecho.

75 Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 531, alude a permuta o "contrato de intercambio".

76 *Vid. ibid*., pp. 535 y 536, refiere además entre otros términos: cambio, cambalache y canje.

77 *Vid.* infra V.

78 Ossorio, M.: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 568; TSJ/SCC, Sent. 000357 de 14-6-16, La compraventa precisa de un precio determinado de antemano, el cual debe ser en dinero, ya que, si se tratara de una cosa por otra, nos encontraríamos con un contrato de permuta; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentesde la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 19-9-11, Exp. 12.474, https://vlexvenezuela ... la permuta es el contrato bilateral y conmutativo por el cual se promete una cosa o derecho a cambio de otra cosa o derecho. Se diferencia de la compraventa en que no hay precio. Ambos contratantes son propietarios de la cosa a permutarse … siempre que ninguna de ellas se obligue a pagar una suma de dinero… el contrato … no impone a la sociedad de comercio CARE VALUE C.A. la obligación de dar alguna cosa a la demandada…ya que en el contrato se previó que por la construcción de las viviendas CARE VALUE C.A. recibe el pago de un precio…por cuanto no recibe ningún bien a cambio, siendo este requisito intrínseco del contrato de permuta, siendo por consiguiente improcedente la pretensión de cumplimiento de contrato.

compraventa, la donación y la transacción[79]. Se insiste, sin embargo, en que la permuta, trueque o intercambio, constituye un instrumento arcaico[80], relacionado con una economía poco evolucionada, lo que justificaría la escasa regulación del Legislador. Esto comparativamente con el protagonismo de su cercano, a saber, el contrato de compraventa[81] y sin perjuicio de su vigencia cotidiana en algunas economías.

IV. CARACTERES

La permuta presenta los mismos caracteres de la compraventa[82], de la que se distingue básicamente por la falta de precio[83]. Constituye un contrato: típico, consensual (no real), bilateral, conmutativo, oneroso, principal, de tracto único o según sea el caso de tracto sucesivo y traslativo, por el cual dos personas se obligan a transferirse mutuamente la titularidad de una cosa o derecho[84].

La permuta – a diferencia del Derecho Romano- constituye un contrato *típico o nominado* a tenor del artículo 1140[85] CC porque está regulado por el CC (1558 al 1664), por oposición a los contratos atípicos o innominados que no presentan una regulación específica en la ley aunque puedan ser nombrados por ésta. Por lo que si un contrato no encaja propiamente en la permuta y no está regulado por la ley configuraría un contrato "atípico". Los contratos atípicos derivan de las cambiantes necesidades económicas, de evolución más rápida que los preceptos contenidos en la leyes[86].

79 López Santa María, J.: *Los Contratos. Parte General,* T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Chile, 1998, p. 23.

80 *Vid.* supra II.

81 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 196; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos,* cit., p. 304.

82 Sobre los caracteres de la compraventa, *Vid.* Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos,* cit., pp. 165 y ss.

83 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., pp. 197 y 204; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema,* cit., p. 303; Lasarte, C.: *Curso,* cit., p. 321; Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones,* cit., p. 303.

84 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 197; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 254 y 255; Lagrange, E. "La permuta", cit.; Merino Hernández, J. L.: *El contrato*, cit., p. 24; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit.; Lasarte, C.: *Curso,* cit., p. 321; Albaladejo, M.: *Derecho,* cit., p. 571; Mazeaud, H. Y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., pp. 16 y 17, 354 y 355, es un contrato traslativo del derecho porque tiene el efecto de producir la transmisión del mismo; Lete del Río, J. M.: *Derecho,* vol. III, cit., p. 75; Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., pp. 18 y ss.; López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil,* cit., p. 407; Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos*, cit., pp. 151 y 152, con forma restringida (no se precisa forma especial); Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas", cit., pp. 188-194; Barrenechea, M.: "La permuta", cit., pp. 266 y 267; Sánchez Cid, I.: *Lecciones,* cit., p. 316; Pérez Gallardo, L. B.: *Código Civil,* cit., p. 267, cita sentencia del Tribunal Supremo cubano, Sala de lo Civil y de lo Administrativo N° 425 de 20 de junio de 2005, la permuta es un contrato principal, sinalagmático y consensual.

85 "Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales"; O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., pp. 530 y 531.

86 Santos Briz, J.: L*os contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 326.

El artículo 1559 del CC prevé: "La permuta se perfecciona, como la venta, por el solo consentimiento". Conforma un contrato eminentemente *consensual*, como la compraventa[87], que se perfecciona con el solo consentimiento (en el ordenamiento venezolano constituyen la regla general[88]), desde el momento que las partes recíprocamente y de modo concordante manifiestan su voluntad de obligarse, aunque no se haya producido la entrega de la cosa como sí se precisa en los contratos reales[89]. La permuta es un contrato traslativo de la propiedad o del dominio[90] y al igual que la compraventa produce como efecto connatural, la transferencia inmediata del derecho sobre el cual versa, en virtud de la regla de la transferencia "solo consensus" establecida en los artículos 1161 y 1549 CC[91]. Pero tratándose de un contrato traslativo de dominio sobre bienes inmuebles para que la permuta sea oponible a terceros debe ser objeto de inscripción registral[92].

Los permutantes están obligados a transmitirse la titularidad del derecho permutado[93]. Se afirma que cuando el CC utiliza la expresión "se obliga" a propósito de la definición de permuta, parte de que se trata de un contrato obligatorio por cuanto no se entregan necesariamente las cosas, sino que se obligan a entregarla, como acontece en la compraventa[94], en la cual concurren obligaciones de dar con obligaciones consecuenciales de hacer[95], lo que puede acontecer también en la permuta. Por lo que en ocasiones se precisará cumplir con lo necesario para perfeccionar las obligaciones que supone la transmisión del derecho real[96].

87 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos,* cit., p. 165; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 709, la naturaleza jurídica de la permuta indiscutiblemente es de contrato consensual pues la ley utiliza la expresión "se obligan"; Hernández Dávila, G.: *El trueque,* cit., la permuta se perfecciona, como la venta, por el solo consentimiento; Fernández de bujan, A.: "Los contratos", cit., p. 226, "La permuta es, en el derecho actual, un contrato consensual, en contraposición al carácter real que ostentaba en el derecho romano, lo que supone una asimilación a la compraventa".

88 Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 478 y 479, los contratos reales precisan la entrega de la cosa (mutuo, comodato, depósito o prenda); los solemnes requieren formalidad especial.

89 Pérez Gallardo, L. B.: *Código Civil,* cit., pp. 267 y 268, cita sentencia de Tribunal Supremo cubano, Sala de lo Civil y de lo Administrativo N° 425 de 20 de junio de 2005. También cita sentencia del mismo órgano N° 780 de 24 de noviembre de 2006, el Código Civil como la mayoría de los ordenamientos sustantivos modernos -se aparta de la concepción romana- y la asimila a la compraventa, tratándola como un contrato de naturaleza consensual que se perfecciona por el mero consentimiento, sin que exista necesidad de la entrega de la cosa; Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 24 y 25, no precisa de la entrega efectiva y material de la cosa para quedar perfeccionado; Santos Briz, J.: *Los contratos*, cit., p. 69; Rodríguez Ferrara, M.: *Obligaciones,* cit., p. 35, el contrato consensual nace por la sola voluntad de las partes.

90 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 31.

91 Lagrange, E.: "La permuta", cit., por excepción en la venta y por voluntad de las partes el efecto traslativo puede quedar diferido para un momento posterior al de la celebración del negocio.

92 Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil*, cit., p. 199, cita art. 1920, ord. 1 CC.

93 Albaladejo, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 574.

94 Medina de Lemus, M.: *Derecho Civil II*, cit., p. 242; Lete del Río, J. M.: *Derecho,* vol. III, cit., p. 75, es meramente obligatorio; Hernández Guzmán, S.; "La regulación", cit., es un contrato obligacional.

95 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "La obligación negativa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2013, núm. 2, pp. 52-54.

96 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 33 y 34, podrá no ser suficiente la entrega de la cosa sino más propiamente la transferencia del dominio. Se requiere que el tradente sea un verus dominus.

Se trata de un contrato *bilateral o sinalagmático perfecto*[97] porque en los términos del artículo 1134[98] CC ambas partes se obligan recíprocamente[99]. Lacruz Berdejo califica la permuta como "el paradigma más amplio del contrato sinalágmatico"[100]. Los contratantes en la permuta están obligados a transferir al otro, el derecho de que se trate. Se afirma que es exclusiva de los contratos bilaterales la cesión del contrato[101], la excepción de incumplimiento[102], la resolución[103] y la teoría de los riesgos[104].

La aplicación de la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales, generalmente libera a ambas partes del cumplimiento, pues vista la imposibilidad de uno de ellos, el otro no podría exigir la prestación de su contraparte[105]. Ahora bien, vale recordar que los riesgos presentan una norma particular en materia de contratos traslativos de la propiedad u otro derecho (CC, art. 1161[106]) como la compraventa y que resultaría aplicable a la permuta en que *"res perit domino*", esto es, la cosas perece para su dueño, pues la consensualidad permite ser propietario con el mero consentimiento y partir de tal se asume el riesgo de la pérdida de la cosa[107]. De

97 *Vid. Ibid*., p. 36; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 709, es bilateral; Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, T. I, Marcial Pons, 10ª ed., Madrid, 2004, p. 453, se califican como bilaterales o sinalagmáticos aquellos contratos que generan obligaciones para ambas partes, de forma recíproca y correspondiente; Santos Briz, J.: Los *contratos*, cit., p. 70; López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil,* cit., p. 407; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 474 y 475, son contratos bilaterales por ejemplo, la compraventa, la permuta, la cesión de derechos onerosa; son unilaterales el comodato, el mutuo o la fianza gratuita.

98 "El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente".

99 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones*, cit., p. 355, la permuta es un contrato sinalagmativo perfecto porque crea obligaciones recíprocas para cada contratante. A diferencia de los contratos unilaterales donde se obliga una sola parte.

100 Lacruz Berdejo, J.L.: "Prólogo", en Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 17.

101 *Vid.* Rodner, J.O.: *La transferencia del contrato (Unidroit, Art. 9*), Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Estudios 108, Caracas, 2014, p. 121; Rodner, J.O.: "*Cesión del contrato y los principios de Unidroit",* en AA.VV.: *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, (coord. por C. Madrid Martínez), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, Caracas, 2012, p. 216.

102 *Vid.* Urdaneta Fontiveros, E.: *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 103, Caracas, 2013, p. 47.

103 Ochoa Gómez, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III,* T. II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, p. 483, la resolución precisa el carácter sinalagmático del contrato, esto es, bilateral; Lagrange señalaba que si el contrato es unilateral solo obliga a una parte, si ésta incumple la otra parte puede exigir la ejecución del contrato y si ésta es imposible podrá pedir la reparación de daños y perjuicios, pero no la resolución; TSJ/SCC, Sent. 00377 de 2-6-06. La sentencia del juez a quo declaró con lugar "la demanda por resolución del contrato de permuta…"

104 *Vid.* Palacios Herrera, O.: *Apuntes de Obligaciones. Versión* taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, mayo 2000, (taquígrafo R.G. Maldonado), pp. 135-137.

105 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 607 y 608; Palacios Herrera, O.: *Apuntes,* cit., p. 137, la teoría de los riesgos trata de resolver en un contrato bilateral la consecuencia cuando la obligación se torna imposible de cumplir; Abeliuk Manasevich, R.: *Las Obligaciones,* T. II, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed.., Colombia, 2001, pp. 1060-1065, se queda liberado y a su vez también la otra parte.

106 "En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se trasmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado".

107 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 609 y 610.

allí que concluya Merino Hernández que si se ha convenido en la permuta de dos cosas y antes de la entrega una de ellas se pierde sin culpa del obligado y antes de que haya constituido en mora, quedará exento de la obligación de entrega. Sin embargo, la otra parte debe entregar lo que en permuta hubiere ofrecido[108]. No obstante, la causa extraña no imputable podría presentar un simple efecto "suspensivo" o retardo temporal en la ejecución del contrato de permuta[109] que no daría lugar a la mora porque ésta constituye un retraso culpable o voluntario.

La permuta es un contrato *oneroso*[110] pues por esencia supone de ambas partes el intercambio de una cosa o derecho, a diferencia del contrato gratuito en que una de las partes no recibe beneficio alguno (CC, art. 1135[111]). El interés de cada permutante radica en la cosa o derecho que será objeto de intercambio. Cuando las cosas permutadas no sean de igual valor[112] y las partes intencionalmente no compensen la diferencia con dinero, la permuta implicaría una intencional liberalidad que se traduce desde el punto de vista práctico en una suerte de donación[113].

También es *conmutativo*[114], porque la ventaja obtenida puede ser apreciada ab initio por los permutantes y no depende de la casualidad[115], por oposición al contrato aleatorio (CC, art. 1136)[116] como el de seguro o la renta vitalicia. No se descarta sin embargo, que la permuta pudiera excepcionalmente tener caracter aleatorio, por ejemplo en el caso de la permuta de la esperanza[117], de aceptarse el intercambio de derechos futuros.

108 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 228.

109 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 165-185; Domínguez Guillén, M.C.: "La causa extraña no imputable", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, T. IV, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2785-2812.

110 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 37; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 709.

111 "El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente; es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente"; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 475 y 476; López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil,* cit., p. 407.

112 En tal sentido, *Vid.* Marrero González, G.: "El renacimiento", cit., p. 220, cabe señalar lo dispuesto en la STS de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/ 1320) que versa "...es preciso considerar que, aunque la permuta tiene la característica de ser un contrato oneroso por efecto de la reciprocidad, ya que, mediante la compensación de las ventajas y los inconvenientes, se da una equivalencia entre las entregas de ambas partes, sin embargo no requiere identidad de valor entre dichas prestaciones, como ha señalado esta Sala, aparte de otras, en la Sentencia de 10 de febrero de 1978 … ".

113 Lagrange, E.: "La permuta", cit.

114 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 37; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 709.

115 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 355.

116 "El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual"; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., p. 476.

117 Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit.

La permuta suele ser de *tracto único o instantáneo*[118] porque su ejecución generalmente se agota en un solo acto o instante. Pero se admite que también podría ser de *tracto sucesivo* si se pacta que su ejecución o cumplimiento se proyecte en el tiempo[119]. Ahora bien, si los momentos de cumplimiento son diferentes para las respectivas partes permutantes, ello podría ser relevante a los efectos de la excepción de incumplimiento (exceptio non adimpleti contractus) porque la misma precisa simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones[120]. Así mismo, la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva, entre sus requisitos de procedencia, precisa de prestaciones aun no ejecutadas, a saber, una ejecución diferida en el tiempo[121] o postergada[122], por lo que no procedería respecto de prestaciones consumadas por los permutantes.

Se agrega que el contrato de permuta suele ser *principal*[123], porque cumple por sí solo un fin propio sin precisar su conexión o relación necesaria con otro contrato. A diferencia del contrato accesorio, el cual existe sólo en virtud de su relación o consecuencia de un previo contrato principal. Importante porque "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".[124]. Merino Hernández agrega que constituye un contrato *autónomo* porque en modo alguno configura una compraventa doble[125], sino un contrato "in se" y "per se"[126].

No es un contrato específicamente formal, aplicándosele las normas generales en materia de forma del CC o las especiales para los actos de disposición sobre determinados bienes y condiciones[127].

118 Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 91, 480 y 481, los de tracto sucesivo pueden ser de ejecución continuada (arrendamiento o comodato) o de ejecución periódica (suministro o renta vitalicia).

119 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 197, podría ser de tracto único o sucesivo, según sea el caso; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., puede ser de tracto sucesivo en caso de que cada una de las partes se obligue a entregar en parcialidades la cosa objeto del contrato.

120 *Vid.* Urdaneta Fontiveros, E.: *Régimen jurídico*, cit., p. 115; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., p. 595; Salas, A. E.: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 243, el principio básico de la excepción "non adimpleti contractus" es el de la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones.

121 *Vid.* Tranchini, M. H.: "Clasificaciones de los contratos", en AA.VV.: *Contratos Teoría General,* T. II (dir. por R.S. Stiglitz), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 61, la excesiva onerosidad sobreviniente no tiene aplicación en los contratos de ejecución inmediata y sí en los de ejecución diferida; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 193 y 194.

122 *Vid.* Cardenas Mejía, J. P.: *"Justicia y abuso contractual",* en AA.VV.: *Los contratos en el Derecho Privado*. Directores (dir. por F. Mantilla y F. Ternera), Legis/Universidad del Rosario, Colombia, 2008, p. 709, la teoría se aplica también a los contratos de ejecución instantánea en aquellos eventos en que se ha aplazado el cumplimiento de la obligación; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., pp. 357-359.

123 *Vid.*: Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit.

124 Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., p. 480, contratos accesorios son por ejemplo las garantías (prenda, hipoteca o fianza).

125 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 37.

126 Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 709, venta y permuta son especies de un concepto superior y más amplio: el cambio.

127 López y López, A. *et.al.: Derecho Civil,* cit., p. 407.

El cumplimiento del contrato de permuta podrá regularse por las partes por aplicación del principio de la *autonomía de la voluntad*, siempre que no se afecte el orden público, las buenas costumbres y los derechos de los demás. Así el artículo 1564 del CC (gastos de la permuta) constituye una norma supletoria de la que las partes podrían sustraerse[128].

Así mismo, el cumplimiento de la permuta deberá estar inspirados por la *buena fe*[129], que como norma de conducta impone el facilitar y colaborar en la satisfacción del interés del otro permutante. Por lo que este principio general del Derecho debe inspirar y orientar toda la fase contractual de la permuta, así como su fase de formación o tratativas[130]. La buena fe debe estar presente en las instituciones estudiadas a la luz de la teoría general del contrato, como la excepción de incumplimiento, las acciones de nulidad o de resolución[131], etc.

Así mismo la incidencia de la Constitución a los efectos de la interpretación del contrato de permuta[132], también debe tenerse en cuenta, por ejemplo, en lo atinente a proporcionalidad y la libertad contractual como expresión de la autonomía de la voluntad, máxima manifestación del derecho personalísimo de libertad en el Derecho Civil[133]. Todo derecho presenta limitaciones derivadas

128 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "Algunas normas dispositivas del Código Civil venezolano en materia de obligaciones", *Jurisprudencia Argentina,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016-II, núm. 13, pp. 20- 39; Abelenda, C. A.: *Derecho Civil. Parte General,* T. I, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, Buenos Aires, 1980, p. 107, las normas supletorias son aquellas cuyo régimen pueden ser sustituidos por los celebrantes del negocio jurídico por el principio de la autonomía de la voluntad. Pues como lo indica su nombre, suplen la voluntad de las partes no expresada en el contrato.

129 *Vid.* Fernández de bujan, A.: "Los contratos", cit., p. 223, La permuta es un contrato…sinalagmático, oneroso y de buena fe. (Destacado nuestro); Domínguez Guillén, M.C.: "Buena fe y relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, núm. 11, (en prensa); González Carvajal, J. I: "Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos «paradigmáticos» y nuevas dimensiones", *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, UMA, Caracas, noviembre 2016, núm. 12, pp. 167-206; Varela Cáceres, E. L: *El Registro del Estado Civil vol. I Organización y principios sectoriales*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2018, pp. 47-56.

130 *Vid.* Pinto Oliveros, S.: "Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas contractuales", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,*edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-I pp. 315-329; De Verda y Beamonte, J.R.: *Error y responsabilidad en el contrato,* Colección Privado 26, Tirant Lo Blanch, Valencia-España,1999, p. 86, se parte inclusive de la premisa de existencia de un deber precontractual de advertencia de un error esencial ajeno, pues es consecuencia de la buena fe en el marco de la solidaridad la obligación recíproca de lealtad durante los tratos preliminares y en el período de formación del contrato.

131 *Vid.* Mazeaud, H. y L., y Mazeaud J.: *Lecciones,* cit., p. 366, la Camara Civil de la corte de Casación francesa en sentencia de 17 de diciembre de 1928 indicó que, para exigir la nulidad de una permuta, así como la resolución, es preciso no haberse colocado en la imposibilidad por hecho propio de devolver el bien que se ha recibido a cambio.

132 *Vid.* Merino Acuña, R. A.: "La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado", *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009, p. 46, la incidencia de la constitucionalización del Contrato, no obstante ser la máxima representación de la autonomía privada, es una consecuencia de la más vasta constitucionalización del Derecho Civil; Domínguez Guillén, M.C.: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil),* Colección Manuales y Obras Generales n° 2, Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018, pp. 146-168.

133 *Vid.* De Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural"*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* Caracas, 2013, núm. 1, pp. 150 y 151.

del orden público[134], que excluye las cláusulas abusivas, desproporcionadas o violatorias de derechos personalísimos. De allí que aunque las cosas o derechos a permutar no deban tener el mismo valor, ha de mantenerse un mínimo de proporcionalidad a los fines de la licitud del objeto del contrato[135], al margen de la improcedencia de la rescisión dado su caracter taxativo.

Se agrega que aunque la permuta sea consensual o voluntaria podría excepcionalmente ser forzosa cuando es impuesta por ley en los contratos forzosos[136]. Indica la doctrina española que ésta última tiene importancia en materia de propiedad rústica en los procesos de concentración parcelaria[137].

V. ELEMENTOS

Los elementos del contrato de permuta se orientan por aquellos que se estudian en la teoría general del contrato, a saber, *consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita*[138]. Algunos distinguen elementos personales, reales y formales del contrato de permuta[139]. El objeto ha de ser lícito, determinado o determinable[140].

La capacidad no solo supone la aptitud de realizar actos jurídicos por voluntad propia (capacidad de obrar o de ejercicio) sino que alcanzaría las incapacidades especiales de goce[141] en materia de compraventa dada la remisión general del legislador a tala materia (CC, art. 1563)[142], tales como la prohibición de compraventa

134 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)", *Revista de Derecho*, TSJ, Caracas, 2004, núm. 3, pp. 13-40.

135 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 509-522.

136 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., pp. 199 y 200; Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., pp. 354 y 362, si bien la permuta es un contrato consentido libremente, el legislador podría incitar permutas como fue el caso de la reunión de parcelas para la reagrupación de fincas.

137 Sánchez Cid, I.: *Lecciones,* cit., p. 316; Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 380-425.

138 *Vid.* Maduro Luyando, E.: *Curso*, cit., pp. 399 y ss.; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 490 y ss.; O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., pp. 531-534; Lasarte, C.: *Curso*, pp. 354-369; Albaladejo, M.; *Derecho Civil II,* cit., p. 371, ubica como esenciales el consentimiento, objeto y causa; Palacios Herera, O.: *Apuntes,* cit., pp. 129 y ss.; Santos Briz, J.: *Los contratos*, cit., p. 240, la licitud rige para todos los elementos del contrato.

139 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., los elementos personales del contrato de permuta son los permutantes o copermutantes; los elementos reales suponen el objeto directo o inmediato del contrato de permuta lo constituye una prestación de dar una cosa o derecho a cambio de otra u otro (que supone un objeto posible, lícito, y determinado). En los elementos formales el contrato de permuta se perfecciona cualquiera que sea la forma en que las partes hubieran prestado su consentimiento; Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos*, cit., pp. 153 y 154, incluye consentimiento, objeto (existencia), capacidad y ausencia de vicios (validez).

140 Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 160; Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 198, para el autor permitiría la permuta de una cosa actual por otra futura.

141 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores n.° 1, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 21-74.

142 Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 717, le resultan aplicables las normas de la compraventa relativas a los sujetos del contrato como las prohibiciones; Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., pp. 197 y 198; Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos*, cit., pp. 153 y 154.

entre los padres e hijos sometidos a su potestad (entre otros supuestos, CC, art. 1482)[143] o entre cónyuges (CC, art. 1481)[144] que la sentencia 1682/2005 consideró extensible a los concubinos[145]. Para algunos entre cónyuges no debería mediar la prohibición[146], pero creemos que la extensión de las prohibiciones de la compraventa a la permuta -a fin de no burlar la prohibición legal con una figura contractual equivalente- procede a título general.

Cabe preguntarse a propósito del objeto de la permuta si por la transmisión de la propiedad u otro derecho podría intercambiarse una "prestación" (positiva o negativa), por parte de uno de los permutantes. Esto es, algo similar a lo que acontece en la "dación en pago"[147] –que algunos comparan con la permuta[148]- como modo extintivo de las obligaciones, y respecto de la que se aceptan "prestaciones", amén de cosas. La doctrina suele contestar negativamente: "no estaríamos en presencia de un contrato de permuta cuando nos halláramos ante un intercambio de servicios, o de cosas por servicios; se trataría más bien de un contrato atípico válido en virtud de la autonomía de la voluntad, pero en modo alguno podría ser tipificado como permuta"[149]. Se insiste así que no es permuta

143 La norma agrega al final: "Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, *permuta*_u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio". Vease sobre tal: TSJ/SCC, Sent. N° 000112 de 9-3-18; TSJ/SCC, Sent. N° 000268 de 26-4-16; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de l a Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 8-7-15, Exp. AP11-V-2012-000859, el texto legal anteriormente invocado, prohíbe que los abogados a través de la prestación de servicios que ofrecen a sus clientes, como contraprestación, celebren algún contrato de venta o semejante sobre el objeto de la causa.

144 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit.; Salerno, M. U.: "Contratos entre cónyuges", en AA.VV.: *Enciclopedia de Derecho de Familia, (*dir. por C. Lagomarsino y M. Salerno), Tomo I A-Div, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 632, la prohibición de compraventa entre cónyuges es extensible a otras figuras como la permuta, la cesión de créditos y la dación en pago.

145 *Vid.* TSJ/SConst. Sent. 1682 del 15-7-05.

146 *Vid.* Merino Hernández, J. L: *El contrato,* cit., p. 131, me inclino siguiendo a Manresa, por considerar que la limitación debe interpretarse con un criterio restrictivo, no ampliándola más allá de sus propios términos (compraventa) sino en los casos en que el código prohíba de forma expresa un contrato entre marido y mujer; Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., hay autores que consideran que no debiera aplicarse a la permuta, la prohibición de ventas entre cónyuges, ya que de existir un régimen de comunidad de bienes en el matrimonio, no existe peligro alguno para la admisión de este contrato.

147 La dación en pago constituye un modo extintivo de las obligaciones por la cual el deudor procede al cumplimiento mediante una prestación distinta a la originalmente debida; Domínguez Guillén, M. C.: "La dación", cit., pp. 15-55; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 387-420.

148 *Vid.* Giorgi, J.: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, vol. VII, Editorial Reus S.A., Madrid, 1930, pp. 350 y 351; Alid Zoppi, P.: "La dación en pago", *Actualidad Jurídica* Año I, Caracas, marzo-abril 1989, núm. 2, p. 8, la dación en pago no se asemeja a la permuta pues no hay intercambio de bienes; Maduro Luyando, E.: *Curso*, cit., p. 328, se ve semejanza entre la dación en pago y la permuta porque el deudor da una cosa por otra que adeuda. Pero se rechaza todo parecido porque requiere una doble transmisión de propiedad, lo que no ocurre en la dación en pago; Medina De Lemus, M.: *Derecho* cit., p. 80.

149 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 197; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 709, no podrán considerarse como objeto de contrato de permuta los servicios, serán contratos atípicos; Lagrange, E.: "La permuta", cit., "la enajenación de un derecho a cambio de una obligación de hacer no es permuta, sino contrato innominado"; Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 45, existe unanimidad en negar el carácter de permuta al cambio de servicios o de servicios contra una cosa, pues los servicios no tienen la consideración de cosa y porque no pueden existir titularidades en el sentido que en Derecho se le da a este término; Valdes Díaz, C.: *De la*, cit., p. 137, los diferentes contratos de servicios o cosas por prestaciones configuran contratos atípicos que no constituyen supuestos clásicos de cambio o trueque; Hernández

el intercambio de servicios o de cosas por servicios sino un contrato atípico[150]. Tal ha sido el caso del contrato de "barter" en material mercantil[151]. Cuando se intercambian cosas por servicios las reglas de la permuta podrían resultar idoneas para resolver problemas relativos a la entrega de la cosa; así como las reglas de la compraventa que se aplican supletoriamente[152], por lo que se estaría en presencia de relaciones contractuales mixtas[153].

Si se admite la permuta de derechos de créditos o personales, cuyo objeto son "prestaciones", que en su mayoría configuran obligaciones positivas de hacer[154] o servicios, es curioso que se pretendan excluir de la permuta los "servicios", incluso aunque se interprete que sean los que el permutante pretendiera hacer surgir a raíz de la permuta. Claro está, que el asunto se reduce a un problema técnico pues por aplicación de la voluntad es perfectamente válido el intercambiar la propiedad de una "cosa" por recibir una "prestación de servicio". Si esto configura un contrato "atípico", la pregunta inmediata será precisar la normativa aplicable. Para algunos los contratos atípicos deben regularse por la normativa del contrato típico con el que presente afinidad, que ciertamente sería la "permuta", cuya escasa regulación remite a su vez a la compraventa. Pero para otros, a quienes adherimos, los contratos atípicos han de regularse – a falta de previsión de las partes- por los principios generales del Derecho, más precisamente del Derecho de Obligaciones y la Teoría general del Contrato[155]. Ese contrato atípico o innominado de cambio, intercambio o trueque de un derecho a cambio de un servicio, presenta caracteres muy cercanos a la permuta[156], como es el caso del contrato de "canje" que ha considerado atípico[157]. Se afirma que debiera modificarse la regulación del contrato de permutación, incluyendo no solo a las cosas, sino que también otras prestaciones de carácter pecuniario, tales como los servicios personales[158]. Pero

Guzmán, S.: "La regulación", cit., debe darse al concepto de cosa el significado más amplio posible, del que únicamente quede excluido los servicios, es decir, las obligaciones de hacer, además de la de no hacer.

150 López y López, A. *et.al.: Derecho Civil,* cit., p. 407, pues el objeto de la permuta son cosas en sentido amplio, materiales o inmateriales, derechos reales y derechos de crédito.

151 *Vid.* Vega Vega, J.A.: *El contrato de permuta comercial (Barter*), Reus, Madrid, 2011, p. 127, la modalidad barter nunca encuadraría en permuta por tratarse de servicios.

152 Valdes Díaz, C.: *De la*, cit., pp. 137 y 138.

153 *Ibid.,* p. 142.

154 Sobre la modalides de obligaciones según el objeto de la prestación *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: "La obligación", cit., pp. 43 y ss.

155 Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 481-483.

156 *Vid.* Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., pp. 32 y 39, sería un contrato innominado, sin perjuicio de lo cual, ello no ha obstado a la aplicación de las normas de la permuta en estos casos. En definitiva, ante el intercambio de créditos/derechos y, haciendo un esfuerzo interpretativo, de servicios, el intérprete podrá encontrar en el contrato de permutación su símil legal más idóneo para resolver las cuestiones que se pudieren llegar a plantear.

157 *Ibid*., pp. 73-77, el contrato de canje constituye un contrato innominado y atípico, que no tiene en el ordenamiento jurídico algún correlativo. Se puede pactar el pago en una suma única, pagadera con 'canje', esto es, haciendo equivalente al mismo cierto espacio de publicación en un medio de comunicación. Este "contrato de canje" ha tenido una difusión mediática especialmente en los deportes profesionales, donde es común referirse al canje de jugadores, o en el del espectáculo.

158 *Ibid*., p. 108.

la verdad es que debe recordarse que la norma que define la permuta alude a "a dar una cosa" y la doctrina le ha adicionado los "derechos", por lo que la limitación deriva más de la interpretación doctrinaria que de la ley.

Se afirma que el objeto de la permuta, supone cosas o derechos cuya titularidad se intercambia pero que pueden presentar un valor distinto[159]. La posibilidad de entremezclar la permuta con otros contratos no solo innominados, sino también con la compraventa, es aceptada, especialmente en casos en que la diferencia de valor, deje espacio para un saldo en dinero u otra modalidad. De allí surge el "contrato mixto" (permuta y compraventa) o la "permuta con saldo".

La doctrina española señala que la naturaleza jurídica de la permuta podría depender de los pactos de las partes, pero la jurisprudencia admite la permuta de cosa actual por cosa futura[160] o más precisamente para algunos podría derivar en un contrato atípico[161]. Los Mazeaud a propósito de la permuta con saldo, admiten sin embargo que el saldo pueda consistir en algo distinto a una suma de dinero como servicios[162], lo que nos colocaría según indicamos frente a un contrato atípico que coexistiría con el de permuta. Así pues, el contrato mixto de permuta y venta, así como permuta con saldo, nos refiere a la problemática de calificar el contrato. La doctrina luego de pasearse por la teoría tradicional y de la mayor importancia de la prestación, observa atinadamente que el concurso de la prestación del bien y de la prestación pecunaria no impone el tener que encuadrar forzosamente el contrato dentro del esquema típico de la venta o de la permuta, puesto que uno y otro contrato no están sujetos a disciplinas incompatibles. Supone más bien constatar tal concurso de prestaciones diversas y tratar a cada una de acuerdo con las reglas que le corresponden. Cuando la prestación pecuniaria tenga tan solo un valor secundario en la economía del contrato podrá hablarse de permuta con saldo, y aplicar, también en este caso, a la prestación pecuniaria, las reglas que le convengan como tal, y que serán, en principio, las relativas al precio de la venta[163].

La doctrina francesa atiende a una solución cuantitativa, esto es, si la mayor parte es dinero será compraventa y si la mayor parte es en especie será permuta[164].

159 Medina de Lemus, M.: *Derecho*, cit., p. 242, puede ocurrir que el cambio sea una cosa por otra, como de una cosa por otra de menor valor y una compensación de dinero hasta igualar su valor, o también parte de cosa y dinero, según hayan acordado las partes.

160 López y López, A. *et.al.: Derecho Civil,* cit., p. 407, pueden ser objeto de permuta las cosas futuras.

161 Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema,* cit., p. 303, cita sentencia españolas SS de 7-7-82 y de 24-10-83; Lete del Río, J. M.: *Derecho,* vol. III, cit., p. 78, es posible la permuta de cosa futura; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 363, CN Civ., Sala B, 24-2-77, Ocamper soc en Com. Por Acc. c/Inmobiliaria Tamir S.A., E.D., T. 75, p. 275, puede constituir válidamente el objeto de contrato de permuta la promesa de entrega de una cosa futura a cambio de una cosa existente, que se entrega en el momento.

162 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 359.

163 Lagrange, E.: "La permuta", cit., cita a Bianca.

164 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., pp. 198 y 199, cita sentencia del 25-10-67 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, Gaceta Forense N° 58, p. 394; Lasarte, C.: *Curso,*

De allí que por ejemplo se aluda a "compraventa con precio parcialmente en especie" y a "permuta con compensación dineraria"[165]. Se pregunta igualmente la doctrina si la estipulación de un saldo en la permuta la convierte en compraventa. En principio desde el instante en que cada parte está obligada a entregar una cosa o derecho que no es una suma de dinero el contrato no es compraventa. La Corte de Casación francesa en sentencia de 10 de febrero de 1926 señaló que el saldo le deja al contrato su naturaleza, a menos que por su desproporción con el bien permutado al que se agregue, no disimule una compraventa bajo el nombre de permuta[166]. En sentido semejante se aprecia la jurisprudencia argentina[167].

Todo ello ha llevado a distinguir entre "permuta simple" y "permuta estimatoria" o estimativa, según no se determine el precio de las cosas intercambiadas o contrariamente en la que sí se estima el precio (generalmente por razones fiscales), respectivamente[168]. No es de descartar que las distintas variaciones puedan derivar en otro contrato inclusive innominado, sin necesidad de forzar el tipo contractual en estudio[169].

cit., p. 321, cita el artículo 1446 del CC español, "si el precio de la venta parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en caso contrario; Marrero González, G.: "El renacimiento", cit., pp. 221-223; Lete del Río, J. M.: *Derecho,* Vol. III, cit., p. 76, lo importante será la intención de las partes y no la denominación que hagan; López y López, A. *et.al.: Derecho Civil,* cit., pp. 407 y 408; Hernández Dávila, S.:"La regulación…", cit., en algunas legislaciones si la parte en numerario es superior o igual al valor de la cosa, el contrato será de compraventa; si el valor de la cosa es mayor que la cantidad de dinero, el contrato es de permuta…la tesis más generalizada es la que considera que el establecimiento de una "soulte" no desnaturalizada, en principio, el contrato de permuta, que debe mantenerse como un todo, a excepción de aquellos supuestos en los que cantidad entregada en metálico sea tan desproporcionada por exceso en relación con la cosa que complementa, que con claridad exista una evidente intención de desfigurar la verdadera naturaleza del convenio, en cuyo caso habrá que pronunciarse por la compraventa; Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos*, cit., p. 152; Centenario, E.: "Permuta", cit., p. 406, nuestro Derecho se enrola claramente en la teoría de la absorción, sin atender a la voluntad de las partes.

165 Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., pues como se dice se reducirá probablemente a aquellas hipótesis en que pactado inicialmente un contrato de compraventa descubre el comprador que no dispone del suficiente numerario y el vendedor acepta recibir parte del precio en cosa distinta de dinero. Por el contrario, los casos de permuta con complemento dinerario, pueden ser la regla si pensamos en la extraordinaria dificultad de que las cosas intercambiadas tengan el mismo o equivalente valor. El Código Civil portugués, manteniendo con mayor precisión la unidad contractual, en atención al valor de la "soulte" en su artículo 420 dispone que "habrá venta o permuta según que la suma entregada sea o no superior al valor de la cosa transmitida".

166 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 360.

167 *Vid.* Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 365, S.C. Bs As., 14-5-74, E.D., T. 57, p. 188, cuando las cosas permutadas no son del mismo valor, se restablece el equilibrio preceptuando el pago de una suma de dinero, de una devolución en efectivo, de un saldo, a cargo de quien recibe la cosa más importante. Si a pesar de esa modalidad la permuta conserva en principio su naturaleza, no queda transformada en venta, ni aun en una parte; ST Misiones, Sala I, 19-2-69, Bertolotti, J. c/Alvarenga, Agustín, suc., Bol. Jud. Misiones, 1969-3-página 18.

168 *Vid.* Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas", cit., pp. 197-201; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 257 y 258, la permuta estimativa, admite una subclasificación en pura y mixta, según el valor atribuido a las cosas permutadas es igual y mixta si es desigual, en cuyo caso para compensar se entrega junto con la cosa de menor valor una suma de dinero.

169 Sin embargo, *Vid.* Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas", cit., p. 201, "Nosotros pensamos que la permuta es un contrato que ha sido incomprendido durante cientos de años, lo que ha provocado sea definido de distintas maneras. La permuta tiene una serie de variantes que han sido poco estudiadas, lo que ha ocasionado sean mal interpretadas por muchos juristas obviando características importantes que las distinguen entre sí".

Y se admite entonces que aunque los códigos aludan a cambio de una cosa por otra y la doctrina adicione "derechos", por aplicación de la autonomía de la voluntad es posible variaciones que den lugar a las citadas figuras[170]. En todo caso, recordemos que en materia de interpretación y ejecución del contrato es fundamental la intención de las partes con base a la buena fe (CC, 1160)[171]. Por lo que la intención real de los permutantes en función del deber de cooperación y probidad contribuirá a resolver la discusión.

Comentaba Lagrange que es posible permutar dinero por dinero (por ejemplo un billete de 100 por 5 de veinte) siempre que se trate de especies de moneda nacional[172]. Diversamente el contrato de cambio de moneda nacional por extranjera es compraventa y no permuta porque en tal contrato las divisas extranjeras reciben la consideración de cosas muebles que se enajenan por un precio fijado en moneda nacional, en la cual sí interviene la función de medio de pago que cumple el dinero[173]. En el mismo sentido indica –entre otros- Albaladejo que el cambio de dinero por dinero también es permuta, lo mismo si se trata de dinero nacional o por dinero nacional como dinero extranjero por dinero extranjero; pero no así de dinero nacional por dinero extranjero, ya que entonces se tiene la conceptualización de cosa del contrato de compraventa y de allí que es correcta la expresión "compra de divisas"[174]. Para otros la divisa no le imprime un sentido diferente al dinero[175], mientras que algunos señalan que dependerá de la intención de las partes[176]. Habría en todo caso que considerar la respectiva

170 En relación con el ordenamiento cubano, *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., si tenemos en cuenta el principio de autonomía relativa de la voluntad, debe entenderse perfectamente posible la existencia de permuta con compensación dineraria; más aún si no existe prohibición expresa al respecto. El artículo 367 del CC de Cuba contiene un concepto de permuta demasiado sencillo, imposible de abarcar las múltiples posibilidades que este contrato tiene en nuestros días.

171 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C: "Buena fe", cit.; Cifuentes, S.: *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1991, pp. 416 y 417; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos*, cit., p. 257, ante la duda si se trata de compraventa o permuta debe tenerse en cuanta la ley, la verdad y la buena fe.

172 De allí la expresión "cambiar" o "¿tiene cambio?".

173 Lagrange, E. "La permuta", cit.; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 708, también el "dinero cuando a su vez se cambie por dinero".

174 Albaladejo, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 571. *Vid.* en sentido semejante: Melón Infante, F.: "El contrato", cit., pp. 708 y 709, el cambio de dinero nacional por dinero nacional es permuta, pero el cambio de dinero nacional por dinero extranjero al tener éste la consideración de cosa es "compraventa" y de allí que se hable de "compraventa de divisas"; Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos*, cit., p. 152; Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 199, más que dudoso resulta la aceptación de dinero como objeto de la permuta pues el dinero a cambio de cosa es una compraventa. Sin embargo, podría llegar a admitirse no sin reparos cuando el dinero no fuera considerado como tal…pero no cuando se trate del cambio de moneda nacional por extranjera, porque este tendría la consideración de cosa y por ello se alude a "compraventa de divisas".

175 *Vid.* Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., p. 51, no puede hablarse entonces de compraventa de divisas, pues para que existiera verdadera compraventa se precisa una cosa o sustancia específica y distinta al dinero. En el cambio de divisas nada sustancial se adquiere ni se compra ni se cambia; López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil,* cit., pp. 407 y 408, cabe dudar si el dinero puede ser objeto de permuta.

176 *Vid.* Centenario, E.: "Permuta", cit., pp. 404-405, en cuanto a Argentina, en los casos singulares, decidir en uno u otro sentido dependerá de ver si la una o la otra moneda han sido consideradas y contratadas por las partes como mercaderías, o más bien, la una como mercadería y la otra solamente como precio. Al tener la moneda extranjera el carácter de dinero, opinamos que el negocio jurídico que consideramos no es una permuta, sino a lo sumo una conversión de diversos signos monetarios que nunca dejan de ser dinero y

regulación jurídica y el sistema cambiario de que se trate. La referencia a pago en moneda extranjera en Venezuela[177], sirve en principio como moneda de "cuenta" o de cambio, salvo convención especial, esto es, que las partes dispongan la moneda extranjera como moneda de "pago" por aplicación de la autonomía de la voluntad[178] (aunque resulte discutible el cumplimiento forzoso en un régimen de control cambiario). La decisiones judiciales apuntan en diversos sentidos[179], inclusive algunas indican que el pago en moneda extranjera, supone una permuta[180]. Cobra entonces sentido la tesis de analizar la intención real de las partes pues de considerarse la moneda extranjera como "cosa" muchos pagos concretarían una permuta y no propiamente una compraventa.

VI. REGULACIÓN. CARÁCTER SUPLETORIO DE LAS NORMAS DE LA COMPRAVENTA

Dispone el artículo 1563 del CC venezolano "Las demás reglas establecidas para el contrato de venta se aplican al de permuta". Una norma equivalente

que es un acto de comercio, mientras que el cambio de un billete local de mayor valor por otros de menor numerario, al faltarle el ánimo de lucro, no sería comercial.

177 Considerando procedente el pago en divisas o moneda extranjera de conformidad con el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, *Vid.* Pro-Rísquez, J.C.: "El pago del salario en divisas y otras opciones económicas de retención en Venezuela", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén*,* 2018, núm. 10, pp. 611-647, especialmente pp. 625-627.

178 *Vid. Ibid*., p. 626, nota al pie número 20; Rodner S., J.O.: *El dinero,* cit., pp. 227 y 228; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 354-357.

179 TSJ/SConst., Sent. 1641 del 2-11-11, "la Sala debe establecer lo siguiente: el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela, pauta que los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente a la fecha de pago, *salvo convención especial"* (destacado original); TSJ/SCC, Sent. N° 000180 13-4-15. Véase sin embargo señalando la obligatoriedad del pago en dólares si se adquirió la obligación antes del control de cambio el 5 de febrero de 2002: TSJ/SConst., Sent. N° 265 del 13-4-16; TSJ/SConst., Sent. N° 987 de 12-12-16; TSJ/SCC, Sent. N° 000831 de 14-12-17.

180 *Vid.* TSJ/ SCC, Sent- N° 00053 de 8-2-12, Por el contrario, la moneda extranjera, al carecer de curso legal, característica definitoria para asignarle jurídicamente carácter dinerario, no tiene poder liberatorio de las obligaciones pecuniarias y, en consecuencia, no puede ser objeto de una deuda dineraria, en virtud de que su entrega no libera al deudor de la obligación sin el consentimiento del acreedor. Así pues, la moneda extranjera es una cosa, una mercadería, por lo que, si ésta se entrega como prestación a cambio de otra cosa, *tal contrato sería simplemente una permuta*, en los términos previsto en el artículo 1.558 del Código Civil. En tal sentido, cuando se pacta el pago en una moneda distinta al bolívar, no se está en presencia de una obligación pecuniaria, sino de una obligación de dar específicas cantidades de cosas. De ahí que el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela prevea el efecto liberatorio de los pagos en moneda de curso legal. En este orden de ideas, resulta obvio que ni los particulares ni mucho menos los órganos jurisdiccionales, pueden, mediante convenciones o fallos judiciales que condenen al cumplimiento de tales obligaciones, relajar el orden económico constitucional al imponer la circulación de la moneda extranjera, y lo más grave aún, condenar en el dispositivo, o sea, producir una condenatoria en dólares, como si fuera la moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que, tal régimen no puede ser subvertido por una decisión judicial que le confiera carácter dinerario a la moneda extranjera. Por otro lado, es un hecho notorio y por consiguiente exento de pruebas (artículo 506 del Código de Procedimiento Civil) que desde el año 2.003 en el país existe un control de cambios que centraliza en el Banco Central de Venezuela la compra y venta de divisas en los términos que se establecen en el Convenio Cambiario N° 1, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.653, del 19 de marzo de 2003, imponiendo unas restricciones al mercado privado de divisas, lo que significa que su obtención sólo será posible a través del organismo creado por el estado para ello, esto es, la Comisión de Administración de Divisas (Cadivi) en los rubros que el Estado considere. (Destacado nuestro). Véase de la misma Sala sent. N° 000534 de 9-8-13.

consagra el artículo 1541 del CC español, que a decir de Melón Infante representa una suerte principio de consagración universal en las distintas legislaciones por razones de economía legislativa[181].

Se afirma que la pobreza de la regulación de la permuta es paliada por tal precepto[182]. Remisión que se justifica por la semejanza existente entre ambas[183] y que por tanto no vale para los puntos en se diferencian[184]. Hay que entenderla naturalmente, en cuanto permuta y venta sean semejantes[185]. Pues en lo demás, muchos preceptos de la venta son inaplicables a la permuta porque no se dan en ésta, las situaciones que aquella contempla[186]. De allí que la asimilación no ha de ser absoluta, pues existen normas específicas de la permuta (la permuta de la cosa ajena o la evicción de la cosa permutada) y algunas instituciones de la compraventa no le son predicables como el retracto[187] o la rescisión por lesión[188]. Esta última se reduce a los supuestos taxativos de ley[189], no faltando sin embargo, quien admita la rescisión en caso de inmuebles por la remisión a las normas de la compraventa[190].

Contrariamente se puede ver entre las reglas comunes de la compraventa y la permuta: la excepción de incumplimiento (el artículo 1560 no aplica); las reglas sobre saneamiento por evicción y por vicios ocultos en materia de venta[191] (art.

181 Melón Infante, F.: "El contrato", cit., p. 717.

182 López y López, A. *et.al.*: *Derecho Civil,* cit., p. 408, remisión que ha de ser matizada en la medida que resulte compatible.

183 *Vid.* Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones,* cit., p. 324, dada su semejanza, la permuta se rige, en cuanto sean adaptables a ella, por las normas de la venta, salvo un par de extremos que el CC regula específicamente; Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 14.

184 En el mismo sentido, *Vid.* Albaladejo, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 571.

185 *Ibid*., p. 572, en cuanto no exista semejanza, a falta de disposición especial, debe acudirse a las fuentes supletorias.

186 *Ibid*., p. 573, por ejemplo, el retracto no debe proceder en la permuta.

187 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 200; Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos,* cit., p. 304; Medina de Lemus, M.: *Derecho*, cit., pp. 242 y 243, la remisión no puede entenderse en términos absolutos, sino que habrá que determinar cuáles son las normas que en verdad se adaptan a las especialidades de este contrato. Por ejemplo, si se trata de puro cambio de cosa por cosa, no entran en juego en absoluto las normas que se refieran al precio; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema,* cit., p. 303, la especialidad de la norma en materia de permuta reside en ocuparse de la permuta de cosa ajena.

188 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 357; Fernández de bujan, A.: "Los contratos", cit., p. 223, no cabe pedir la rescisión por lesión enorme en caso de permuta, en contraposición a lo establecido en materia de compraventa, probablemente porque no se llega a concebir en la permuta que el intercambio de cosas puede producirse ante una necesidad extrema o en una situación apremiante, y a consecuencia de ello, una desproporción relevante en el valor de las cosas permutadas; Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas", cit., pp. 206 y 207.

189 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 569-576.

190 *Vid.* Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., p. 28, nada obsta a que se pueda aplicar la institución de la lesión enorme a la permuta de inmuebles, toda vez que tanto del punto de visto estrictamente literal, se hacen aplicables las normas del contrato de compraventa al de permutación.

191 *Vid.* Pérez Gallardo, L. B.: *Código,* cit., p. 268, cita sentencia de Tribunal Provincial de la Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia N° 17 de 28 de febrero de 2011, teniendo en cuenta la supletoriedad del negocio jurídico de compraventa que para el contrato de permuta establece el artículo 370 del CC cubano, ciertamente una de las obligaciones de los sujetos de la relación contractual resulta el saneamiento ante la existencia de vicios o defectos ocultos en el bien intercambiado, que como su nombre lo indica deben ser ocultos y tener a su vez como premisa principal su preexistencia a la concertación del negocio jurídico.

1563); las prohibiciones en materia de venta (CC, arts. 1481 y 1482); la obligación de hacer la tradición se rige entre copermutantes por las mismas reglas de la venta; la permuta inmobiliaria así como la venta debe ser registrada (CC, art. 1929, ord. 1°)[192]. Acotan los Mazeaud que por el hecho de que la compraventa es una modalidad de permuta, hubiera sido preferible establecer las reglas comunes entre ambas y luego las reglas particulares de la compraventa[193].

A pesar de la remisión a las normas comunes de la compraventa, recordemos que a la permuta aplican las figuras que rigen la teoría general del contrato, fuente por excelencia de las obligaciones. Otras instituciones características del Derecho de Obligaciones como el pago o cumplimiento, también aplican a la permuta, incluyendo el procedimiento de oferta real y depósito subsiguiente[194]. Así como la responsabilidad civil, cumplimiento parcial o defectuoso, cumplimiento tardío (mora), la integridad o identidad del objeto, tiempo o lugar de pago[195]. Por lo que un permutante podría incurrir en responsabilidad civil por mora[196], especialmente por tratarse de un caso de obligaciones recíprocas derivadas de un contrato bilateral[197], que suponen en principio una simultaneidad solutoria o isocronismo solutorio[198]. La regla en la permuta salvo previsión especial en contrario sería la transmisión recíproca de la cosa o derecho. Con el cumplimiento de uno de los permutantes surge la "mora automática" sin necesidad de interpelación del otro, como acontece en la compraventa[199]. Deberá analizarse las distintas opciones jurídicas frente al incumplimiento[200]. El permutante cuenta con diversidad de remedios ante el incumplimiento de la otra parte, pudiendo obtener judicialmente el cumplimiento en especie o también por equivalente[201].

192 Lagrange, E.: "La permuta", cit.; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., pp. 717 y 718, le resultan aplicables a la permuta las normas relativas de la compraventa sobre capacidad, prohibiciones, objeto del contrato, consentimiento, nulidad. No le resultan aplicables las disposiciones relativas al precio, derecho de preferencia, retractos legales, gastos del contrato.

193 Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J.: *Lecciones,* cit., p. 353.

194 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., pp. 349-376.

195 Wayar, E. C.: *Derecho Civil Obligaciones*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 504-507.

196 *Vid.* Padilla, R. A.: *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

197 *Ibid*., pp. 462 y 463.

198 *Ibid*., pp. 464 y 465.

199 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit., La permuta es en principio un contrato de ejecución inmediata y consumación instantánea; una vez que un permutante entregue la cosa a la que está obligado, el otro está obligado a entregar la suya, ya que si no lo hace incurre en mora; Domínguez Guillén, M.C.: *Curso*, cit., p. 218.

200 *Vid.* Wayar, E. C.*: Derecho,* cit., pp. 507 y 508, ante la pregunta de cuál es la consecuencia de un incumplimiento, generalmente caben dos respuestas según haya o no factor de responsabilidad. Si ese factor existe, el incumplidor queda obligado a indemnizar. De lo contrario, no se le puede imponer el deber de responder. Cuando hay factor atributivo se alude a incumplimiento imputable. De lo contrario "incumplimiento inimputable".

201 *Vid*., a propósito de la posibilidad de cumplimiento forzoso en forma específica o in natura, el Código de Procedimiento Civil, art. 531, "Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto, la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia

Dispone el artículo 1560 del CC venezolano: "Si uno de los permutantes ha recibido ya la cosa que se le dio en permuta, y prueba que el otro contratante no era dueño de ella, no puede obligársele a entregar lo que le prometió dar, y cumple con devolver la que recibió".

Según la doctrina tal supuesto de "permuta de cosa ajena" se diferencia de lo previsto respecto de la compraventa en que ésta es anulable a tenor del artículo 1483[202] CC. El permutante afectado cuenta con un remedio más directo y radical pues la ley le autoriza a resolver el contrato reteniendo su cosa y devolviendo la que recibió. La norma aplicaría tanto en el caso de que el permutante que recibió la cosa no hubiere entregado la suya, sino también cuando sin entregar la suya todavía descubre que la otra no es de la contraparte (en cuyo caso se niega a su recepción y solicita la resolución del contrato)[203]. Situación semejante se aprecia en el ordenamiento español[204].

El artículo 1561 del CC prevé "El permutante que ha padecido evicción de la cosa que recibió, puede, a su elección, demandar la indemnización de perjuicios o repetir la cosa que dio"[205]. La norma permite al afectado por la pérdida de la cosa recibida escoger entre la demanda por responsabilidad civil o que se le devuelva lo entregado por él.

sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos"; Domínguez Luelmo, A.: "Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de hacer", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-II, p. 445, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede satisfacer su interés "in natura" o cumplimiento forzoso en forma específica; Annicchiarico, J.: "Un nuevo", cit., pp. 284-293, sostiene la relatividad del principio de la prioridad de la ejecución in natura o en especie, si ya se ha perdido interés, por lo que se podría acudir directamente a la reparación por equivalente o indemnización de daños y perjucios. Cita en este sentido en materia de compraventa y que podríamos considear aplicable a la permuta: TSJ/SCC, Sent. N° 00571 de 25-9-07.

202 "La venta de la cosa ajena es anulable y puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, si ignoraba el comprador que la cosa era de otra persona. La nulidad establecida por este artículo no podrá alegarse nunca por el vendedor".

203 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 201, el autor agrega que la norma no aplica cuando sean ajenas las dos cosas permutadas en cuyo caso será aplicable la evicción. Añade que para invocar la resolución, el permutante perjudicado debería ignorar que la cosa era ajena, porque de lo contrario quedaría privado en virtud de la buena y de que nadie puede ir contra sus propios actos; Albaladejo, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 576, corresponde mientras que el permutante que ha recibido la cosa ajena no haya entregado todavía la suya, pero con más razón aun, corresponde también si quien no ha entregado la suya descubre antes de recibir la otra que ésta no es de la contraparte. Aplicaría si el que la ejercita ignoraba que la cosa era ajena, pues si lo sabía no se le concede la facultad en cuestión, según indica la doctrina con base a que no se puede ir contra los propios actos (Melón y Gullón) y la jurisprudencia (Sentencia 16-5-74); Díez-Picazo, L., y Gullón, A.; *Sistema*, cit., p. 304, cita está última sentencia 16-5-74, la facultad de resolución exige buena fe, es decir, el permutante que quiera ejercitarla ha de desconocer que la cosa pertenecía a tercero en el momento de la perfección del contrato; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 260-262.

204 Albaladejo, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 574, así lo indicó expresamente el TS en sentencia 22 de junio de 1999 y se deduce del artículo 1539 del CC español, que si uno de los permutantes recibió la cosa y se acreditó que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar lo que él ofreció, por lo que cumplirá con devolver lo que él recibió; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., pp. 709-713.

205 Sobre el Derecho español, *Vid.* Albaladejo, M.: *Derecho Civil II,* cit., p. 574, según el artículo 1540 del CC español si el permutante pierde por evicción la cosa que recibió "podrá optar entre recuperar la que dio en cambio o reclamar la indemnización de daños y perjuicios"; Melón Infante, F.: "El contrato", cit., pp. 713-719 (la evicción en la permuta); Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 232-246.

El presente supuesto denominado por la doctrina "evicción de la cosa permutada", constituye una especialidad de la permuta porque permite al permutante la opción entre pedir una indemnización o solicitar la resolución más los daños y perjuicios por tal resolución (CC, art. 1508) obteniendo una cantidad de dinero. Ello toda vez que no existiendo en la permuta un precio como en la compraventa no procede la restitución del precio de la cosa vendida. Por lo que es lógico que si se pierde por evicción la cosa recibida, ante la imposibilidad de recuperar el precio se recupere la cosa entregada[206]. La norma citada establece una diferencia entre venta y permuta derivada de la naturaleza misma de los contratos, ya que en la venta quien sufre evicción solo puede obtener coactivamente una indemnización en dinero mientras que en la permuta puede optar entre exigir una indemnización en dinero o la repetición de la cosa. En el caso de pedir la repetición, el permutante que sufrió la evicción lo que hace es solicitar la resolución del contrato, aunque parezca lo contrario del texto legal. Tiene también derecho a exigir una indemnización de daños y perjuicios sufridos, con la peculiaridad de que no podrá incluir en los mismos el valor de la cosa que había adquirido, ya que recibe la cosa que había enajenado. La norma relativa a la permuta se aparta notoriamente del sistema seguido en materia de venta de la cosa ajena ya que aquí la sanción no es la nulidad relativa sino la resolución del contrato[207] por lo que se trata de una norma especial en materia de evicción de la permuta[208]. El fenómeno resolutorio priva de eficacia al contrato, teniendo un efecto de superación de la crisis por medio de la eliminación del contrato y en lo posible la vuelta de las cosas al "statu quo ante"[209].

Finalmente, prevé el artículo 1562 CC: "En los casos de resolución indicados en los dos artículos precedentes, quedan sin perjuicio los derechos adquiridos sobre los inmuebles por terceros, antes del registro de la demanda de resolución. Respecto de los muebles, el conocimiento de la demanda que tenga el tercero, equivale al registro respecto de los inmuebles". La norma hace expresa referencia a la protección de los derechos de terceros derivados de la inscripción registral, cuando el objeto de la permuta constituya un bien inmueble u otro objeto de publicidad registral. Ello a tono con la protección que impone el registro inmobiliario[210].

La dispocisión indicada a decir de la doctrina permite la protección de los derechos de terceros en caso de resolución por permuta de cosa ajena como para

206 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 202; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 262-264.

207 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos,* cit., p. 305.

208 *Vid.* O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., p. 583.

209 Hinestrosa, F.: "La tutela del acreedor frente al deudor incumplido", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2016, núm. 31, p. 9.

210 *Vid.* Domínguez Guillén, M.C., y Pérez Fernández, C.: "Anotaciones sobre la publicidad registral inmobiliaria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, núm. 11 (en prensa).

la evicción de la cosa permutada. La protección se extiende terceros de buena fe, distinguiéndose si se trata de inmuebles o muebles. En el caso de inmueble los terceros de buena serán anteriores a la demanda de resolución del contrato de permuta. En caso de muebles el conocimiento de la demanda a cargo del tercero equivaldrá al mismo efecto que el del registro para inmuebles[211]. Refiere Aguilar Gorrondona que la citada norma se presenta como una excepción al principio de que resuelto el derecho de quien da, queda resuelto el derecho de quien recibe[212].

El artículo 1564 CC prevé que "Salvo convención en contrario, los gastos de escritura y demás accesorios de la permuta, serán satisfechos de por mitad por los contratantes". Se trata de una solución lógica, pues a diferencia de la compraventa no existe comprador y vendedor[213]. Constituye una norma "dispositiva" o supletoria en cuanto a los gastos del contrato de permuta[214], como lo denota su encabezado y también su naturaleza, que podrá ser modificada por voluntad de las partes, por ejemplo, imponiendo los costos a uno de los permutantes así como variar las porción indicada.

VII. INCIDENCIA

Se afirma que la permuta tiene en la actualidad una importancia secundaria[215], aunque ello solo comparativamente con la compraventa[216] y por ende escasa aplicación[217], porque el dinero es el instrumento general de cambio a diferencia de la antiguiedad. Pero la incidencia de la permuta sin duda se ha repuntado; resurge con fuerza en tiempos de crisis en que el dinero escasea o no vale nada, formando parte del Derecho Ordinario ante situaciones extraordinarias[218]. Como bien apunta Lete del Río, su importancia renace en tiempos de escasez de mercancía y desvalorización de la moneda[219]. A lo que Marrero González agrega el conflicto bélico, sin perjuicio de su renacer en el ámbito inmobiliario[220].

211 Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., pp. 202 y 203; Marín Echeverría, A.R.: *Contratos,* cit., pp. 264 y 265, cuando se trate de bienes muebles no es necesario el registro de la demanda.

212 Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos,* cit., p. 305.

213 Sobre la norma, *Vid.* Bernad Mainar, R.: *Contratación*, cit., p. 203; Barrenechea, M: "La permuta", cit., pp. 268-270.

214 *Vid.* Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit., pp. 209-216.

215 Lasarte, C.: *Curso,* cit., p. 321.

216 Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones,* cit., p. 324, en la actualidad es mucho menos frecuente que la compraventa. Por lo que vale la pena mantener el contrato, aunque se menos utilizado –que no lo es- en tiempos de bonanza.

217 *Vid.* O´Callaghan Muñoz, X., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción,* cit., p. 583, la permuta actualmente apenas tiene aplicación ni trascendencia económica; Marrero González, G.: "El renacimiento", cit., p. 217.

218 Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 539, valorándose sobre todos objetos de primera necesidad como alimentos, medicinas o vestido.

219 Lete del Río, J. M.: *Derecho,* vol. III, cit., p. 75.

220 *Vid.* Marrero González, G.: "El renacimiento", p. 242, "se trata de una figura de uso poco habitual en su forma más básica de trueque (de cambio de una cosa por otra), lo cual parece lógico, pues esto es lo

Pero además de su modesta incidencia en algunas operaciones comerciales de intercambio común, ciertamente las circunstancias de algunas economías han revivido su aplicación. En efecto, su estudio no es desestimable, pues ya sea por retroceso, necesidad o autonomía de la voluntad, la institución está latente[221] y presenta aplicaciones prácticas cotidianas según hemos podido apreciar personalmente en la realidad venezolana[222].

Finalmente, si bien la escasez puede haber revivido la permuta, este contrato típico no ha de ser olvidado aunque llegue a recuperarse la economía[223], siendo la materia mercantil prueba de ello[224]. Su idea ronda no solo el acceso a los productos básicos, sino también algunos cambios inmobiliarios[225] y hasta el Estado ha hecho uso al menos de la "idea" de "cambio" que inspira la permuta por sus

propio de economías básicas, escasamente avanzadas o, incluso, de economías que soportan un grave conflicto bélico. No obstante, como advierte García Cantero, de esto no puede colegirse que se trate de un contrato típico dejado totalmente en el olvido, dado el gran empuje que ha tenido en el ámbito inmobiliario".

221 *Vid.* Hernández Dávila, G.: "*El trueque",* cit., no quiere decir que el trueque haya sido erradicado. Muchas sociedades continuaron utilizándolo y actualmente grandes corporaciones, e inclusive transnacionales, operan con esta forma de intermediación en ciertas negociaciones. De manera que este sistema ni se ha reinventado, ni responde a ideología alguna. Lo que sí ha aparecido con el tiempo son las formalidades, la permuta que es el contrato que sirve para regular el trueque.

222 En la cartelera de un restaurant de Caracas en la urbanización "Las Mercedes", se apreciaba tiempo atrás un aviso que señalaba "se cambia cerveza por harina pan". También hemos visto que la figura surge informal y espontáneamente para el intercambio de productos entre amigos, conocidos e incluso en las colas o filas de los establecimientos comerciales. Otras veces el pago de ciertas obligaciones tiene lugar no con dinero sino con productos, acercándose la situación más a la citada figura de la "dación en pago" que constituye un modo extintivo de las obligaciones una vez que la deuda es exigible.

223 *Vid.* Marrero González, G.: "El renacimiento", cit., p. 218, desde un punto de vista general, el papel de la permuta es muy modesto. Pero tiene una función que cumplir en la economía moderna pues dentro de sistemas económicos más avanzados puede la figura presentar ventajas sobre la compraventa.

224 *Vid.* Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., pp. 531, 536 y 537, cita el art. 346 del Código de Comercio, presenta notable presencia en el ámbito mercantil español; Vega Vega, J.A.: "La regulación de la permuta comercial (barter) en el anteproyecto de ley del Código mercantil", *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortis,* Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1928-1944; Vega Vega, J.A.: *El contrato,* cit.; Navarro Ros, A. M.: *Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2015, p. 22, el contrato de permuta financiera de tipos de interés como un acuerdo entre dos partes que se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero calculados a diferentes tasas de interés y referenciados a una cantidad de un activo subyacente; Baz Barrios, S.: "La problemática de los swaps o contratos de permuta financiera", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8.

225 También se ha llegado a plantear como posibilidad, en materia inmobiliaria, cuando los propietarios desean cambiar de zona; Hernández Dávila, G.: *El trueque,* cit., sería más que interesante comenzar a utilizar el trueque a través de contratos de permuta en el mecanismo de las transacciones inmobiliarias; Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos*, cit., p. 353, este contrato, en apariencia resabio histórico, aparece adquiriendo realidad jurídica en los últimos tiempos con motivo de operaciones inmobiliarias en materia de propiedad horizontal. Es habitual en grandes centros urbanos la presencia de contratos mixtos.

beneficios[226], aunque no se configure técnicamente el tipo contractual[227]. La Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal hace expresa referencia al "trueque"[228]; normativa que ha sido críticada por la doctrina[229], no obstante, que salvando la difusa redacción del texto[230], la figura per se no es desestimable.

A la permuta le corresponde, en la época moderna, un papel importante desde el punto de vista económico, pues aún dentro de los sistemas más avanzados se presentan contingencias particulares en los que el cambio o trueque puede resultar más útil que la compraventa, sea por causa de intereses particulares o por exigencias generales de las economías públicas[231]. La permuta sigue operando y proporcionando gran utilidad en el intercambio de bienes y servicios[232]. En la

226 *Vid.* Pérez Abarca, R.I.: *El régimen,* cit., pp. 43-47, especialmente p. 44, los Estados acceden al intercambio de productos, mediante la permuta, para mejorar la posición de la balanza comercial; Ruiz Guarderas, S.: *El contrato,* cit., p. 83, la permuta tiene beneficios intrínsecos que pueden servir útilmente a la administración pública, como son: no requerir afectación presupuestaria; permitir una ágil y oportuna disponibilidad de bienes sin involucrar mayores recursos; satisfacer necesidades específicas para dos partes; así como permitir aprovechar de mejor manera los bienes institucionales; Hernández Dávila, G.: *El trueque,* cit., en Venezuela el Gobierno ha sido insistente en la utilización de la figura del trueque en el comercio exterior, al intercambiar productos con otros países, como por ejemplo petróleo por alimentos, petróleo por tecnología, o petróleo por servicios de salud. También, con un acento populista, está promoviendo este tipo comercialización en las comunidades.

227 Aunque la autora no refiere a la "permuta" en las opciones que analiza, *Vid.* Boza Scotto, N.: "El financiamiento chino a cambio de petróleo; implicaciones jurídicas para Venezuela", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-II, pp. 381-418. *Vid.* también Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 538, los Estados mismos recurren a la permuta, resultándome el caso de permuta de azúcar cubano por petróleo soviético, que al final, entregaban los venezolanos del suyo propio.

228 Gaceta Oficial N° 6011 de 21-12-10, artículo 6, definiciones…11. Mercados de trueques comunitarios: son espacios físicos destinados periódicamente al intercambio justo y solidario de bienes, servicios, saberes y conocimientos, con el uso de monedas comunales. Art. 40, el sistema alternativo de intercambio solidario, es el conjunto de actividades propias que realizan los prosumidores y prosumidoras, dentro y fuera de la comuniad, por período determinado, antes, durante y después del intercambio, con el propósito de satisfacer sus necesidades y las de las comunidades organizadas, de saberes, conocimientos, bienes y servicios, mediante una moneda comunal alternativa; y con prohibición de prácticas de carácter financiero, como el cobro de intereses o cominsiones. Art. 50. Espacios. El sistema alternativo de intercambio solidario podrá ser desarrollado en: 1. Sistema de producción y suministro para el trueque comunitario…

229 *Vid.* Alvarado Andrade, J. M.: "La «Constitución económica» y el sistema económico comunal (Reflexiones Críticas a propósito de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal)", *Leyes* órganicas *sobre el poder popular y el Estado comunal (Los Consejos Comunales, Las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal),* Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, núm. 50, pp. 375-456, especialmente p. 415, "la LOSEC ha establecido sin lugar a dudas un sistema socialista, mejor dicho comunista, basado en el trueque, sin ninguna previsión constitucional". También véase p. 445, La LOSEC conforme a la tradición anarquista y comunista pretende fundar una sociedad sin que exista dinero, basado simplemente en el "sistema alternativo de intercambio solidario".

230 Al punto de que hay quien opina que estas leyes del "Poder Popular" y otras dictadas en el marco de la Ley Habilitante de 2010 no son en realidad Leyes en el sentido técnico, no solo por razones de fondo incluyendo su inconstitucionalidad, sino también por "…su excesiva ambigüedad, patetismo e irreversible indeterminación" (Herrera Orellana, L.A.: "La Ley Orgánica de Contraloría Social: funcionalización de la participación e instauración de la desconfianza ciudadana", *Leyes* órganicas *sobre el poder popular y el Estado comunal (Los Consejos Comunales, Las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal),* Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, núm. 50, p. 361, nota al pie 1). También se ha señalado respecto a las Leyes del "Poder Popular" que su terminología es seudosociológica, imprecisa y carente de técnica jurídica (Torrealba Sánchez, M.A.: "La enumeración de los entes y órganos sometidos al control contencioso-administrativo según el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (o cuando el legislador sí se equivoca)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-III, p. 38).

231 *Vid.* Hernández Guzmán, S.: "La regulación", cit.

232 Medina de Lemus, M.: *Derecho*, cit., p. 242.

realidad cotidiana en general, se permutan desde sellos a discos de vinilo[233]; en España se aprecian inclusive permutas ofertadas en el periódico o en la web[234]. De allí que se afirme que de un tiempo a esta parte, nos encontramos en una fase de involución de la compraventa hacia la permuta y por tal la importancia del tema[235] que nos ocupa.

La permuta no debe ser objeto de un juicio peyorativo que la conceptúe como mera fase rudimentaria de la compraventa: coexistió con aquella que engendró y mantiene su papel tradicional en todas aquellas ocasiones -que no son pocas- en que resulta más atrayente al interés de los sujetos, asumiendo incluso nuevas funciones impuestas por las necesidades generales de la Economía[236]. No tiene sentido que el auge de la compraventa –especie de la permuta- haga desaparecer el género. "Tal pretensión tiene mucho de dogmática y es ilógica"[237]. La permuta como antecedente de la compraventa no ha desaparecido: contrariamente adquiere protagonismo cuando el dinero lo pierde por la fuerza de las circunstancias. No está de más entonces, no echar al olvido este arcaico contrato de tanta incidencia cotidiana, toda vez, que como alguien dijo, a veces, regresamos en la historia, a fases previas. De allí nuestra inquietud en pasearnos por los aspectos jurídico-teóricos de un contrato que nos puede acompañar en el día a día, y por qué no, resultarnos en ocasiones más accesible que su sucesor: la compraventa.

233 *Vid.* Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., pp. 536 y 537.

234 *Ibid.*, p. 537.

235 Lacruz Berdejo, J.L.: "Prólogo", en Merino Hernández, J. L.: *El contrato,* cit. p. 19.

236 Valdes Díaz, C.: *De la*, cit., p. 18.

237 *Vid.* Rogel Vide, C.: "Sobre la", cit., p. 537.

BIBLIOGRAFÍA

Abelenda, C. A.: *Derecho Civil. Parte General,* T.I., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, Buenos Aires, 1980.

Abeliuk Manasevich, R.: *Las Obligaciones,* T.II, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., Colombia, 2001.

Aguilar Gorrondona, J. L.: *Contratos y Garantías (Derecho Civil IV*), Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989.

Aguirre Cardona, E.: *El contrato de compraventa en el Derecho Romano, Derecho Civil y proyectos de unificación internacional,* Pontificia Universidad de Comillas, Facultad de Derecho ICADE, Madrid, 2014.

Albaladejo, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L, 14ª ed., Madrid, 2011.

Alid Zoppi, P.: "La dación en pago", *Actualidad Jurídica,* Año 1, marzo-abril 1989, núm. 1, pp. 7-9.

Alvarado Andrade, J. M.: "La «Constitución económica» y el sistema económico comunal (Reflexiones Críticas a propósito de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal)", *Leyes* órganicas *sobre el poder popular y el Estado comunal (Los Consejos Comunales, Las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal),* Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, núm. 50, pp. 375-456.

Álvarez, T. A.: *Las Institutas de Justiniano. II. Obligaciones,* Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Monteávila, Caracas, 2012.

Annicchiarico, J.: "Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato?", en AA.VV.: *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés",* Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise, (coord. por J. Annicchiarico Villagrán, S. Pinto Oliveros y P. Saghy Cadenas), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 275-335.

Arévalo Guerrero, I.H.: *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Bogotá, 2017.

Ayllón Valdivia, C.: "Algunas críticas fundamentales acerca de la regulación del contrato de permuta en la legislación peruana", *Ars Boni et Aequi*, 2013, núm. 1, pp. 185-217.

Barrenechea, M.: "La permuta- Nueva regulación en el CCCN ¿sigue siendo título observable?", *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 2016-02, núm 94, pp. 253-288.

Baz Barrios, S.: "La problemática de los swaps o contratos de permuta financiera", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8.

Bellanger, E.: *El mercado permuta de títulos valores. Un mecanismo de obtención de divisas en una política de control cambiario en Venezuela (2003-2009).* Universidad Católica Andrés Bello, Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Administración de Empresas, 2009. http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6662.pdf

Belloso De Pedro, C.: *El contrato de compraventa en Roma y su evolución posterior: la evicción*. Trabajo fin de Grado, Universidad de Valladolid, Facutad de Derecho, 2016. https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/22774/1/TFG-D_0229.pdf

Bernad Mainar, R.: *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, T. I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

Bernad Mainar, R.: *La interpretación jurídica en el Derecho Romano y en el Derecho Actual*, Vadell, Caracas/Venezuela/Valencia, 2004.

Bonnecase, J.: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

Boza Scotto, N.: "El financiamiento chino a cambio de petróleo; implicaciones jurídicas para Venezuela", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10, pp. 381-418.

Calvo Meijide, A.: *Derecho Civil Empresarial,* Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2006.

Cardenas Mejía, J. P.: "Justicia y abuso contractual", en AA.VV.: *Los contratos en el Derecho Privado*. (dir. por F. Mantilla y F. Ternera), Legis/Universidad del Rosario, Colombia, 2008.

Centenario, E.: "Permuta", *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2012.

Cifuentes, S.: *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1991.

De Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2013, núm. 1, pp. 37-181.

De Verda y Beamonte, J. R.: *Error y responsabilidad en el contrato,* Tirant Lo Blanch, Colección Privado 26, Valencia-España, 1999.

Díez-Picazo, l., y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2003.

Domínguez Guillén, M.C.: "Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)", *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, núm. 3, pp. 13-40.

Domínguez Guillén, M. C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009.

Domínguez Guillén, M.C.: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores n.° 1, 3ª ed., Caracas, 2010.

Domínguez Guillén, M.C.: "La obligación negativa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2013, núm. 2, pp. 43-123.

Domínguez Guillén, M.C.: "La dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2014, núm. 4, pp. 15-55.

Domínguez Guillén, M.C.: "La causa extraña no imputable", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, T. IV, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2785-2812.

Domínguez Guillén, M.C: "Algunas normas dispositivas del Código Civil venezolano en materia de obligaciones", *Jurisprudencia Argentina,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, núm. 13, pp. 20-39.

Domínguez Guillén, M.C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones,* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017.

Domínguez Guillén, M.C.: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil),* Colección Manuales y Obras Generales n.° 2, Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.

Domínguez Guillén, M.C.: "Buena fe y relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, núm. 11. (en prensa)

Domínguez Guillén, M.C., y Pérez Fernández, C.: "Anotaciones sobre la publicidad registral inmobiliaria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, núm. 11. (en prensa)

Domínguez Luelmo, A.: "Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de hacer", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-II., pp. 443-490.

Fernández De Bujan, A.: "Los contratos de permuta y estimatorio", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2003, núm. 9, pp. 209-234.

Garrido, R. F., y Cordobera Gónzalez de Garrido, R.: *Contratos típicos y atípicos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

Gelman, B. R.: *Contratos y Garantías*, Fundación para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología en la región zuliana, 3ª ed., Maracaibo, 1993.

Giorgi, J.: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, vol. VII, Editorial Reus S.A., Madrid, 1930.

González Carvajal, J. I: "Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos «paradigmáticos» y nuevas dimensiones", *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, Universidad Monteávila, Caracas, noviembre 2016, núm.12, pp. 167-206.

Heinz-Peter, M.: "Prólogo", en Madrid Martínez, C.: *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional,* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2018.

Hernández Dávila, G.: "El trueque en las operaciones inmobiliarias", *Analítica*, junio de 2008.

Hernández Guzmán, S.: "La regulación del contrato de permuta en el ordenamiento jurídico cubano. Aciertos y desaciertos", *Ambito Jurídico*, Brasil, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8398

Herrera Orellana, L.A.: "La Ley Orgánica de Contraloría Social: funcionalización de la participación e instauración de la desconfianza ciudadana", *Leyes* órganicas *sobre el poder popular y el Estado comunal (Los Consejos Comunales, Las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal),* Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, núm. 50, pp. 359-374.

Hinestrosa, F.: "La tutela del acreedor frente al deudor incumplido", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2016, núm. 31, pp. 5-21.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho,* Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2006.

Lasarte, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 15ª ed., Madrid, 2009.

Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, T. I, Marcial Pons, 10ª ed., Madrid, 2004.

Lete Del Río, J. M.: *Derecho de Obligaciones. La Relación Obligatoria en general*, vol. I, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995.

Lete Del Río, J. M.: *Derecho de Obligaciones, Contratos en particular,* vol. III, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995.

López Santa María, J.: *Los Contratos. Parte General,* T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Chile, 1998.

López y López, A. *et al.*: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Maduro Luyando, E.: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III,* Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989.

Marín Echeverría, A.R.: *Contratos: La donación, compraventa, la permuta, enfiteusis, arrendamiento,* vol. II, Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones/Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Mérida, 1998.

Martínez De Aguirre Aldaz, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, vol. II, Colex, 3ª ed., Madrid, 2011.

Martínez Peña, L.: *El contrato de compraventa en el Derecho Romano y su evolución histórica*, Trabajo fin de grado, Universidad de Jaen, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2016.

Marrero González, G.: "El renacimiento del contrato de permuta en le ámbito inmobiliario: análisis doctrinal y jurisrprudencial de la permuta de solar por pisos a locales por construir", *Anales de la Facultad de Derecho*, mayo 2008, núm. 25, pp. 215-244.

Mazeaud, H. Y L. y Mazeaud, J.: *Lecciones de Derecho Civil, Los principales contratos*, vol. III (trad. por L. Alcalá-Zamora y Castillo) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

Medina De Lemus, M.: *Derecho Civil II (reestructurado conforme al plan de Bolognia),* Dilex, Madrid, 2010.

Mélich Orsini, J.: *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª ed., Serie Estudios 61, Caracas, 2012.

Melón Infante, F.: "El contrato de permuta en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, enero-diciembre 1961, pp. 707-719.

Merino Acuña, R. A.: "La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado", *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009.

Merino Hernández, J. L.: *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978.

Navarro Ros, A. M.: *Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2015.

O´Callaghan Muñoz, x., y Pedreira Andrade, A.: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4ª ed., España, 1996.

Ochoa Gómez, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III,* t. II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

Ossorio, M.: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1981.

Padilla, R. A.: *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

Palacios Herrera, O.: *Apuntes de Obligaciones,* Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Centra de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, (taquígrafo R.G. Maldonado) Caracas, mayo 2000.

Pérez Abarca, R.I.: *El régimen jurídico del contrato de permutación en la jurisprudencia*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2015. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135407/El-régimen-jurídico-del-contrato-de-permutación-en-la-jurisprudencia.pdf?sequence=1

Pérez Fernández Del Castillo, B.: *Contratos Civiles*, Porrúa, México, 2008.

Pérez Gallardo, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59/1987 de 16 de Julio (Anotado y Concordado),* Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Pinto Oliveros, S.: "Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas contractuales", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-I, pp. 315-329._

Pro-Rísquez, J.C.: "El pago del salario en divisas y otras opciones económicas de retención en Venezuela", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-II, pp. 611-647.

Rochfeld, J.: *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, Paris, 2016.

Rodner S., J.O.: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2ª ed., Caracas, 2005.

Rodner, J.O.: *La transferencia del contrato (Unidroit, Art. 9*), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 108, Caracas, 2014.

Rodner, J.O.: "Cesión del contrato y los principios de Unidroit", en AA.VV.: *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, (coord. por C. Madrid Martinez), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, Caracas, 2012, pp. 169-242.

Rodríguez Ferrara, M.: *Obligaciones,* 3ª ed., Librosca, Caracas, 2007.

Rogel Vide, C.: "Sobre la permuta y su utilidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* III Época, julio-septiembre, 2010, núm. 3, pp. 531-543.

Rogel Vide, C.: *El precio en la compraventa y su determinación,* Colección Jurídica General Monografías, Reus, Madrid, 2013.

Rojas González, G.: *Manual de Derecho Civil,* Ecoe, Colombia, 2001.

Ruiz Guarderas, S.: *El contrato de permuta como figura civil para transferencia de dominio de bienes del sector público, su regulación, ejecución y efectividad en contratación pública*, Trabajo Magister en Derecho Administrativo, Universidad San Francisco de Quito, Quito, abril 2015.

Salerno, M.U.: "Contratos entre cónyuges", en AA.VV.: *Enciclopedia de Derecho de Familia.* (dir. por C. Lagomarsino y M. Salerno); Tomo I A-Div, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 628-640.

Sánchez Cid, I.: *Lecciones de Derecho Civil (Parte General, Obligaciones y Contratos),* Ratio Legis, Salamanca, 2012.

Salas, A. E.: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

Santos Briz, J.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992.

Torrealba Sánchez, M.A.: "La enumeración de los entes y órganos sometidos al control contencioso-administrativo según el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (o cuando el legislador sí se equivoca)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, núm. 10-III, pp. 732-759.

Tranchini, M. H.: "Clasificaciones de los contratos", en AA.VV.: *Contratos Teoría General,* T. II, (dir. por R.S. Stiglitz), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 41-63.

Urdaneta Fontiveros, E.: *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus,* Serie Estudios 103, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

Valdes Díaz, C.: *De la permuta y otras figuras afínes,* Biblioteca Ibeoramericana de Derecho, Ubijus/Reus, Madrid, 2014.

Varela Cáceres, E. L: *El Registro del Estado Civil vol. I Organización y principios sectoriales*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2018.

Vega Vega, J.A.: "La regulación de la permuta comercial (barter) en el anteproyecto de ley del Código mercantil", en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortis,* Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1928-1944.

Vega Vega, J.A.: *El contrato de permuta comercial (Barter*), Reus, Madrid, 2011.

Wayar, E. C.: *Derecho Civil Obligaciones*, vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

CRITERIOS Y EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE INTERÉS DE DEMORA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

CRITERIA AND EFFECTS OF THE ABUSE OF THE CLAUSES OF INTEREST OF DELAY IN THE JURISPRUDENCE OF THE TRIBUNAL COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND OF THE SUPREME COURT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 238-305

Ana Isabel
BERROCAL
LANZAROT

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En relación al control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos concertados con consumidores ante la falta de previsión legal que determine el criterio aplicable para dicho control, el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina jurisprudencial que el interés de demora no puede exceder de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. De superar tal porcentaje, la cláusula se considera abusiva y la consecuencia es la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio. No obstante, éste seguirá devengándose por el capital pendiente de devolución. Esta doctrina jurisprudencial ha sido considerada ajustada al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13/CEE por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018 y tras dicha resolución europea ha sido de nuevo ratificada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 28 de noviembre de 2018 en relación a un préstamo hipotecario en que el interés de remuneratorio era del 4,75% y el de demora del 25%. El presente estudio se va a centrar en tal doctrina jurisprudencial y, asimismo, en la previsión legal contenida en artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

PALABRAS CLAVE: Interés de demora, interés remuneratorio, consumidor o usuario, préstamo hipotecario, préstamo personal, control de abusividad, y nulidad.

ABSTRACT: *In relation under control of consume clauses of interest of delay in the lending coordinate with consumer before the lack of legal forecast that determines the applicable for this control, the Supreme Court has fixed as jurisprudential doctrine that the interest of delay cannot exceed of two percentage points on the interest remuneratory. Of such a percentage overcomes the clause it is considered to be improper and the consequence in the total suppression of the surcharge that the interest of delay supposes respect of interest remuneratory. This doctrine jurisprudence has been considered to be conformed to the right of the European Union and especially for the judgment of the TJUE of August 7, 2018 and after the above mentioned European resolution it has been ratified again by the Supreme Court in judgment of november 28, 2018. The present study goes to centre in such jurisprudential doctrine and likewise in forecast contained on the article 25 of Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit contracts.*

KEY WORDS: *Interest of delay, interest remuneratory, consumer, mortage lending, control of improper clauses, and nullity.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERES DE DEMORA.- 1. La cláusula del interés de demora como condición general de la contratación -clausula predispuesta y no negociada individualmente.- 2. Criterios para la determinación de la abusividad de una cláusula de interés de demora.- III. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA.- IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO, DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018.- V. LOS INTERESES DE DEMORA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el contrato de simple préstamo o mutuo se pueden pactar con intereses llamados remuneratorios. Igualmente, en los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las entidades financieras es habitual pactar dos clases de intereses: los llamados intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros son "los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido"[1]. Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Mientras que los intereses moratorios –consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital- "son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria"[2]. No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como

1 Monserrat Valero A.: "Los intereses garantizados por la hipoteca", *Anuario de Derecho Civil,* t. LII, Fasc. I, enero-marzo 1999, p. 16. Por su parte, las SSTS (Sala 1ª) 12 marzo 1991 (RJ 1991, 2219) y 13 abril 1992 (RJ 1992, 3100), los define como "aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo" y señala, además, esta última la incompatibilidad de la pena convencional con los intereses moratorios, pero no con los remuneratorios. Asimismo, la SAP Murcia (Sección 1ª) 29 noviembre 2010 (JUR 2011, 55073) señala que son intereses retributivos y compensatorios "aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero". Y, en fin, la SAP Álava (Sección 1ª) 13 abril 2011 (AC 2011, 519) afirma que el interés remuneratorio "persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del trascurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo".

2 Ordás Alonso, M.: *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 33; asimismo, Adán Domench, F.: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona 2017,

• Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: aiberrocalanzarot@der.ucm.es

de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones[3]. Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que, los intereses de demora solo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado[4].

En todo caso, se puede afirmar que, la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que, cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos[5]. Asimismo, conviene precisar que, los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato, y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos

p. 70 dispone que "la fijación de los intereses de demora no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora"; igualmente, De Verda y Beamonte, J.R.: "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", *Cuestiones de interés jurídico*, IDIBE, junio 2016, p. 3 señala, al respecto que, los intereses moratorios "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)". Por su parte, la STS (Sala 1ª, Sección 1ª), 23 noviembre 2011 (RJ 2012, 569) dispone que, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación. Y como establecen las sentencias de este mismo Tribunal de 18 noviembre 1996 (RJ 1996, 8361); 21 marzo 2002 (RJ 2002, 2526) y 18 julio 2008 (RJ 2008, 4719) entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. *Vid*., asimismo, SAP Asturias 17 febrero 1992 (AC 1992, 265); y SAP Guadalajara (Sección 1ª) 17 septiembre 2003 (JUR 2004, 47499).

3 *Vid.* SSTS (Sala 1ª) 2 octubre 2001 (RJ 2001, 7141); y 4 junio 2009 (RJ 2009, 4747); SAP Valencia (Sección 7ª) 18 enero 2001 (AC 2003, 1937) que, asimismo, precisa que "el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido"; y AAP Islas Baleares (Sección 5ª) 11 febrero 2002 (JUR 2002, 100929). También, *vid.* RDGRN 14 enero 2015 (RJ 2015, 6442).

4 En esta línea, Serrano Chamorro, Mª. E.: "¿Cómo valoramos los intereses de demora por el impago de la hipoteca?, *Actualidad Civil,* núm. 10, octubre 2013, p. 4 dispone que "el interés moratorio sólo opera una vez vencidos los plazos pactados. (….) En cambio, el interés de demora es el recargo sobre el tipo de interés pactado, durante el tiempo que un crédito y obligación financiera se encuentra en mora, es decir, cuando ha habido retraso en el cumplimiento de la obligación (pago)".

5 *Vid.* SSTS (Sala 1ª) 12 marzo 1991 (RJ 1991, 2219); y 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360); y SAP Asturias 17 febrero 1992 (AC 1992, 265). Por su parte, la RDGRN 20 mayo 1987 señala que: "la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo- previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado".

pactados, respondiendo a la voluntad de regular la productividad del dinero[6]; mientras que, los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario[7].

La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013[8], 8 de septiembre de 2014[9], 24 de marzo[10], 25 de marzo[11] y 29 de abril de 2015[12] han tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria ("cláusulas suelo") –lo que resulta aplicable al interés remuneratorio como parte del precio-. Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencia de 22 de diciembre de 2009[13], de 17 de junio y 1 de julio de 2010[14], de 25 de noviembre de 2011[15] y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2012[16], de 15, 17 y 18 de enero de 2013[17] y 30 de junio de 2014[18]. El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas

6 En la RDGRN 10 febrero 2016 (BOE, jueves 10 de marzo de 2016, pp. 19240 a 19251) se ha suspendido la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una de tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido. Lo que el registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios es la aplicación de la doctrina derivada de la Resolución de 22 de julio de 2015 de esta Dirección general, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinario, como ocurren en el presente supuesto en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato.

7 *Vid.* SAP Guadalajara (Sección 1ª) 17 septiembre 2003 (JUR 2004, 47499).

8 STS (Sala 1ª) 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

9 STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4946).

10 STS (Sala 1ª) 24 marzo 2015 (RJ 2015, 845).

11 STS (Sala 1ª) 25 marzo 2015 (RJ 2015, 735).

12 STS (Sala 1ª) 29 abril 2015 (RJ 2015, 2042).

13 STS (Sala 1ª) 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 703).

14 STS (Sala 1ª) 1 julio 2010 (RJ 2010, 6554).

15 STS (Sala 1ª) 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 576).

16 STS (Sala 1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857).

17 SSTS (Sala 1ª) 15 enero 2013 (RJ 2013, 1818); 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819); 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604).

18 STS (Sala 1ª) 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526).

cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Sobre dicho precepto, la mencionada sentencia del Pleno, 9 de mayo de 2013, con la referencia a la anterior sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2012[19] considera que el control de contenido que, puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusulas no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones" que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1 c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013)[20]; y, de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/2013)[21] establecen, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control[22]. Pero se añade en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, si una condición general define el objeto principal de un contrato y, no puede examinarse la abusividad de su contenido, esto no supone que, el sistema no las someta al doble control de transparencia. Precisamente, en la citada sentencia de 24 de marzo de 2015 se señala que, este doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación que, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 2012, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la

19 STS (Sala 1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012/8857). No cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues, éste es un elemento esencial del contrato de préstamo y está excluido por yanto del control de abusividad.

20 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105).

21 STJUE 26 febrero 2015 (TJCE 2015, 93).

22 Pertiñez Vilchez, F. J.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013 (julio), p. 9 señala con cita de la doctrina alemana que hay tres razones básicas que inspiran el artículo 42.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) El control de equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, b) La ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y, c) La innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico. En esta línea, asimismo, Alfaro Águila-Real, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, pp. 101-102; Múrtula Lafuente, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 79 y 80; y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5ª) de 10 de mayo de 2001 (asunto C-144/19). En las conclusiones de la Jornada del CGPJ sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias celebrada el 8 de mayo de 2013 se acordó a este respecto que: "En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia".

prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, continúa manifestando la citada resolución que "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que, la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" –se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015-. Por tanto que, las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución por una parte y, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7 b) de la LCGC). Supone, además que, no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio[23].

23 En esta línea, la STS (Sala 1ª) 11 enero 2019 (Roj: STS 43/2019; Id. Cendoj: 28079110012019100014) señala al respecto que: "el deber de transparencia comporta que, el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que, el control de transparencia tiene por objeto que, el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que, realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos de desarrollo del mismo. Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que, pueda permitir al consumidor adoptar una decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que, le supondrá concertar el contrato con aquellas cláusulas sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que, pueda agravarse la carga económica que, el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación pero cuya transcendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilite al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato". A lo que añade que "la información precontractual es la que permite comparar ofertas y adaptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundadas entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la transcendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado". Además precisa que "el control de transparencia, como ha declarado reiteradas veces esta Sala, entre otras en la STS 593/2017, de 7 de noviembre no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta. Ni tampoco a la sola intervención del notario, pues, dicha intervención no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incide en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato

En este contexto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2016[24] pone de manifiesto que el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en el mismo contrato; por lo que se entiende abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que establece, precisamente, unos intereses remuneratorios superiores a los intereses moratorios. El registrador vino a suspender la inscripción por observar dos defectos. El primero se refería a que la retención de cantidades cercanas al 25% del capital concedido, para el pago de diversos gastos y comisiones, constituía una cláusula abusiva. Y, el segundo aspecto se refería al carácter abusivo del interés remuneratorio del 14,99% anual. Al respecto, el Centro Directivo establece, en primer lugar, la aplicabilidad al supuesto de hecho de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pese a que el prestamista es una persona física que no está dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos y ello porque concurren una serie de circunstancias que abogan por la aplicación de dicha norma. Esas circunstancias son la aportación de una oferta vinculante y una ficha de información personalizada referida específicamente al préstamo hipotecario escriturado; la intervención de una empresa de intermediación dedicada, también, a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios; la indicación expresa en la referida ficha de la aplicación al contrato de préstamo de la citada norma; la ausencia tanto en la oferta vinculante como en la ficha de toda referencia a la prestamista que firma la escritura, de tal manera que la oferta aparece realizada directamente por la empresa de intermediación, y, por último, que las estipulaciones del contrato están redactadas al modo de los contratos de adhesión, por lo que muchas de sus cláusulas deben presumirse predispuestas y no negociadas. A continuación la citada resolución a analiza el alcance del control registral de las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, comenzando por el segundo defecto de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio del 14,99% anual. Así señala que, en principio, al constituir el interés remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial. Además, la cláusula cumple con el doble filtro de información y transparencia. Sin embargo, aclara que ello no significa que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorio en los préstamos, aunque sean muy elevados, ya que pueden existir supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario de 14,99% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de "tres veces el interés legal del dinero" (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por

que, el consumidor suscribe conforme a lo declarado en las sentencias 464/2014, de 8 de junio y 593/2017, de 7 de noviembre".

Por su parte, la SAP Barcelona (Sección 17ª) 15 febrero 2017 (AC 2018, 526) califica de abusivo el interés remuneratorio del 24,51%.

24 LA LEY 29813, 2016. Asimismo, *vid.* RDGRN 22 julio 2015 (RJ 2015, 3734).

definición el interés ordinario no puede sr superior al interés moratorio en un mismo contrato. Ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de mora deben calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. En consecuencia, confirma la nota del registrador en cuanto al carácter abusivo del interés ordinario.

Por otra parte, procede señalar que, resulta compatible la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1903 de Represión de la Usura (en adelante, LRU) y la legislación protectora de consumidores. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012[25] que, analiza la concurrencia de la normativa sobre la usura y sobre la protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, dispone al respecto que "el juego concurrencial de ambas, no plantea cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material, pues, se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables". No obstante "aunque ambas normativas materialmente no afecten a la libertad de precios, su diferenciación en este campo axiológico resulta clara. Así frente al particularismo de la Ley de Represión de la Usura, el desarrollo de la normativa de consumo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto constitucional que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual, unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único". En todo caso, la plena y completa compatibilidad o concurrencia, no impide, como precisa la citada sentencia, establecer las siguientes diferencias de ambas normativas en torno a su respectiva aplicación: "1. La configuración de la Ley de Usura como una proyección de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usuarios o leoninos, que presuponen una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda y a diferencia de las condiciones generales, representa un control, tanto del contenido del contrato, como de la validez estructural del consentimiento prestado. Por el contrario, la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprobable; 2. Mientras que, la Ley de Usura contempla como única sanción la posible nulidad del contrato realizado con la correspondiente obligación restitutoria (artículos 1 y 3), la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por no ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a elementos esenciales del mismo; 3. En cuanto a su incidencia en el

25 STS (Sala 1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857).

ámbito del tráfico patrimonial o en el derecho de la contratación, aunque la ley de Usura importa o interesa al ámbito de protección de terceros y al interés público; no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que, se pueden considerar anómalas y que se definen estrictamente como contratos usuarios o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad. Por el contrario, la normativa de consumo y, particularmente, la de condiciones generales de la contratación tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que, doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar" diferente de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico; y, 4. Por aplicación teleológica del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE debe entenderse que, los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, pueden ser, no obstante, objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia.

Ahora bien, como se precisa, la calificación de los intereses como usuarios no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal sino que, hay que tener en cuenta tanto lo establecido por la legislación vigente en el momento de concederse el préstamo, y la práctica y los usos mercantiles, como las circunstancias en que se desenvuelve el mercado monetario[26]. De forma que, los intereses remuneratorios, si son excesivos, pueden declararse usuarios.

26 En el mismo sentido, la STS (Sala 1ª, Sección 1ª), 2 diciembre 2014 (RJ 2014, 6872) que señala al respecto que de forma sintética interesa destacar las siguientes diferentes técnicas en torno a su respectiva aplicación "A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC, especialmente respecto de la consideración de la inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por el contrario, el control de contenido, como protección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta; B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación; y C) Por último, cabe resaltar que si diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumple o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada, de suerte que doctrinalmente que dicho fenómeno en la actualidad se califique como "un auténtico modo de contratar", diferenciable del contrato por negociación con un régimen y presupuesto casal también propio y especifico"; y, asimismo, el AAP Barcelona (Sección 3ª) 28 diciembre 2009 (JUR 2010, 107905).

A estos efectos, la declaración de usura conlleva la nulidad del contrato con la consiguiente obligación restitutoria (artículo 3 de la LRU), mientras que, los intereses moratorios pueden ser abusivos (artículo 82 TRLDCU) no usuarios –no se aplica la LRU-[27], y, la abusividad no determina la nulidad de pleno derecho del contrato, sino la posibilidad de nulidad parcial, si dicho contrato puede subsistir sin dicha cláusula (artículo 83 del TRLDCU)[28].

En cuanto a los intereses moratorios, hay que señalar que, la mora en que se constituye el deudor, da derecho conforme a lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil a la indemnización de los daños y perjuicios que, el propio retraso en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar en el caso de obligaciones pecuniarias la indemnización, ya que se entiende que, consistirá en el abono del interés previsto en el artículo 1108 del Código Civil, es decir, el interés pactado y en su defecto, el legal[29]. En todo caso, la hipoteca que garantiza el capital y los intereses de la deuda sin necesidad de pacto expreso, puede también garantizar los intereses moratorios, si se pacta.

Además de la regulación contenida en el Código Civil, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores se refiere a los intereses de demora en varios de sus preceptos. Así el artículo 3 apartado dos añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipoteca constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso –anatocismo-, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De forma que, quedan al margen de la limitación establecida por el precepto, los préstamos o créditos otorgados sin garantías, con garantías de tipo personal, con garantías reales distintas de la hipoteca, o garantizados con una hipoteca constituida sobre otro bien inmueble. Por otra parte, en su artículo 7 apartado siete modifica el artículo 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciendo en su último apartado que, en el caso que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la misma, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el Tribunal expedirá certificación

27 En esta línea, De Verda y Beamonte J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios", cit., p. 3. Asimismo, *vid.* SAP Barcelona (Sección 14ª) 27 mayo 2009 (AC 2009, 1693).

28 En las SSTS (Sala 1ª) 14 julio 2009 (RJ 2009, 4467); y de 22 febrero 2013 (RJ 2013, 1609); y en la SAP Madrid (Sección 11ª) 15 julio 2010 (JUR 2010, 345183) apreciado el carácter usuario del interés remuneratorio, debe declararse la nulidad de la hipoteca por razón de su accesoriedad.

29 *Vid.* STS (Sala 1ª) 29 noviembre 1991 (RJ 1991, 8577); SAP Málaga (Sección 4ª) 21 marzo 1996 (AC 1996, 668).

acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas. En cuanto a su artículo 8, por un lado, modifica el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, estableciendo al respecto que, en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses pactados en el préstamo el 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo. Moderación de intereses que no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en tal Real Decreto-Ley 6/2012; y, por otro, modifica el Anexo del mismo en el que se contiene el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, en cuyo apartado 3 relativo a las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (en concreto, la dación en pago de la vivienda habitual), prevé que el deudor, sí así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante el plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Pero durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien. Por último, en su Disposición Transitoria segunda dispone que "la limitación de intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre la vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha, no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior".

Sentado lo anterior y partiendo de la función indemnizatoria de los intereses de demora, existe una consolidada jurisprudencia que, excluye la aplicación a los intereses de demora y por ende, su calificación como usuarios o leoninos si exceden o no del interés legal del dinero de la LRU, pues, cuando el artículo 1 de esta Ley habla de intereses, hace referencia a los retributivos "ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa

o conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntarios, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora"[30]. Si bien, no faltan resoluciones que, mantienen que, aunque los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal están permitidos por el Código Civil, no escapan a la aplicación de la citada Ley Azcárate de 1908, pues, su artículo 1 se refiere a la estipulación de intereses sin distinguir su clase o naturaleza[31]. Igualmente, se rechaza la aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo, y en consecuencia, la limitación establecida en su artículo 20.4, pues, únicamente esta ley se aplica a los descubiertos en cuenta corriente, además de excluirse de su ámbito de aplicación los créditos hipotecarios[32].

Sobre tales bases, en el presente estudio se va a centrar en el análisis del control de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, en la concreción de los criterios para determinar tal abusividad y las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora eventualmente abusiva, en especial atendiendo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 7 de agosto de 2018[33] y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 28 de noviembre de 2018[34] y de 11 de enero de 2019 (dos)[35], sin perjuicio de analizar jurisprudencia anterior de nuestro Alto Tribunal referida a los intereses de demora en préstamos personales y en préstamos hipotecarios –sentencias del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2015[36]; y, de 3 de junio de 2016[37] entre otras-.

30 *Vid.* SSTS (Sala 1ª) 2 octubre 2001 (RJ 2001, 7140); 1 febrero 2002 (RJ 2002, 2879); 4 junio 2009 (RJ 2009, 4747); y 26 octubre 2011 (RJ 2012, 1126) mantienen la exclusión del régimen normativo contenido en la LGCU de 1984 a la estipulación sobre intereses moratorios al entender que no forman parte de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, ya que la entrada en juego de la estipulación depende tan solo del comportamiento incumplidor del prestatario, por lo que no cabe hablar de condición abusiva del crédito como expresión de cláusulas contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; y SAP Madrid (Sección 10ª) 8 febrero 2012 (JUR 2012, 100024); SAP Barcelona (Sección 19ª) 12 septiembre 2012 (JUR 2012, 395541); y SAP Cáceres (Sección 1ª) 9 noviembre 2012 (AC 2012, 119).

31 *Vid.* STS (Sala 1ª) 7 mayo 2002 (RJ 2002, 4045); SAP Valencia (Sección 7ª) 8 febrero 2006 (AC 2006, 769) y AAP Barcelona (Sección 13ª) 28 diciembre 2009 (JUR 2010, 107905).

32 *Vid.* AAP Asturias (Sección 5ª) 30 diciembre 2004 (JUR 2005, 38302); y el AAP Sevilla (Sección 8ª) 15 octubre 2012 (JUR 2013, 145230). No obstante, la STSS (Sala 1ª, Sección 1ª) 23 septiembre 2010 (RJ 2010, 7296); y AAP Tarragona (Sección 3ª) 15 marzo 2011 (JUR 2011, 209730) consideran que esta Ley de Crédito al Consumo sirve como criterio de interpretación en caso de aplicar facultades moderadoras al fijar la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

33 STJUE (Sala 5ª) 7 agosto 2018 (JUR 2018, 282108).

34 STS (Sala 1ª) 28 noviembre 2018 (JUR 2018, 321995).

35 STS (Sala 1ª) 11 enero 2019 (Roj: STS 10/2019. Id. Cendoj: 28079110012019100009). Ponente. Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiesta; y, 11 enero 2019 (Roj. STS 43/2019. Id. Cendoj: 28079110012019100014). Ponente. Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno.

36 STS (Sala 1ª) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

37 STS (Sala 1ª) 3 junio 2016 (RJ 2016, 2300).

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha vuelto a pronunciar sobre cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles y relativa a cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, más concretamente, en las escrituras de préstamos hipotecarios concertados con las entidades bancarias. Han sido dos decisiones prejudiciales, una del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona relativo a un procedimiento de ejecución de un préstamo personal que contenía una cláusula de interés de demora de un 18,50% anual (asunto C-96/16) y, otra del propio Tribunal Supremo en relación con un procedimiento declarativo en el que el deudor había solicitado la declaración de nulidad de una cláusula de intereses de demora de un préstamo hipotecario fijado en un 25% anual (asunto C-94/17). Así el Auto del Juzgado número 38 de Barcelona de 2 de febrero de 2016[38] expresaba, por un lado, sus dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13/CEE de la práctica empresarial de cesión o compra de créditos de fondos buitres por un precio exiguo sin que exista una cláusula contractual específica en ese sentido, sin que el deudor sea informado previamente de la cesión ni dé su consentimiento a la misma y sin ofrecerle la oportunidad de recomprar su deuda reembolsando al cesionario del crédito el precio que este pagó por la cesión, más los intereses, las costas y los gastos aplicables y además teniendo presente que ese nuevo acreedor reanima el pleito de ejecución tras haber estado suspendido, en ocasiones durante varios años, por falta de actuación del acreedor primitivo y de cuya cesión y precio, no tiene conocimiento el consumidor cuando se produce extrajudicialmente. Al respecto, señala que, el artículo 1535 del Código Civil, cuyo fundamento descansa en impedir la avaricia del cesionario y en la necesidad de evitar la especulación en la venta de créditos litigioso, prevé el derecho a extinguir el crédito en caso de cesión del mismo solo cuando se trata de los denominados créditos "litigiosos", -es decir, aquellos en relación con los cuales se haya contestado a la demanda en juicio declarativo-; si bien, el citado artículo no establece la posibilidad que el deudor ejercite el mencionado derecho en el marco de un procedimiento de ejecución del crédito o de una transmisión extrajudicial del crédito, por lo que, se preguntaba el juzgador nacional si dicho artículo garantiza o no una protección adecuada de los intereses de los consumidores. Además, se indica que, los artículos 17 y 540 de la LEC no otorgan derechos ni defienden adecuadamente los intereses de los consumidores. El primero de ellos, se refiere al supuesto de cesión de crédito pendiente un juicio declarativo pero en modo alguno se informa o se evidencia que se pudiera extinguir la deuda por el consumidor con el pago del precio de la cesión, intereses, gastos y costas, ni se obliga a las partes, cedente o cesionario, a poner en conocimiento del cliente bancario que, permanece al margen de ese negocio, el precio de la cesión para ejercitar el retracto. Asimismo, se indica que, tampoco en ese precepto se plasma con claridad el retracto condicionado del

38 AJPI núm. 38 de Barcelona 2 febrero 2016 (JUR 2016, 233688).

artículo 1535 del Código Civil, y, respecto del segundo, el citado artículo 540 de la LEC -cesión de créditos pendiente de una ejecución o durante la ejecución- hay que señalar que, en todo caso basta con la acreditación de la sucesión y no le sería aplicable el retracto del artículo 1535 del Código Civil, es decir, no se reconoce derecho alguno a favor del consumidor o del cliente bancario, lo que también se aplica a los supuestos habituales de compra de crédito extrajudicialmente, en las que a lo sumo se informa de esa circunstancia al consumidor, su cliente bancario, sin darle la oportunidad del retracto. Por lo que se somete a consideración de Tribunal de Justica también la posible vulneración de los derechos o intereses económicos del consumidor al no admitir recurso de apelación la interlocutoria del artículo 540 de la LEC, en tanto en cuanto no se le otorga la posibilidad por parte del cedente o del cesionario de poder comprar dicho crédito a los efectos de extinguir su deuda evitando así la especulación de ese crédito. Además, la no inclusión de una cláusula relativa a la cesión de créditos en fase declarativa en la que el consumidor renuncie a su derecho de retracto, ya sea en vía judicial o extrajudicial, impide su apreciación como cláusula abusiva y su consecuencia bajo el principio de equivalencia sería la posibilidad de otorgar el consumidor, en los supuestos de cesión de créditos judicial o extrajudicialmente, la extinción de su deuda con el pago del precio de la cesión, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. En base a todo ello, las cuestiones que plantea en definitiva son: 1. ¿Es conforme con el Derecho de la Unión, en concreto, con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 2 C del Tratado de Lisboa y los artículos 4.2, 12, 169.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguirse la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso del consumidor?; y 2. ¿Es compatible con los principios que se postulan en la Directiva 93/13/CEE y por extensión con el principio de efectividad y con sus artículos 3.1 y 7.1, dicha práctica empresarial de compra de la deuda del consumidor por un precio exiguo sin su consentimiento ni conocimiento, que omite su plasmación como condición general o cláusula abusiva impuesta en el contrato y sin darle la oportunidad de participación al consumidor en tal operación a modo de retracto?.

Asimismo, el citado Juzgado de Barcelona –y a los efectos que a nosotros interesa- se cuestiona sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos que fijan el tipo aplicable de interés de demora, así como las consecuencias o efectos que, deben derivarse de tal carácter abusivo, y pone de manifiesto sus dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13/CEE de la jurisprudencia dimanante de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y de 7 y 8 de septiembre de 2015 y su vinculación, pues, de una parte en relación al criterio para fijar unos intereses de demora como abusivos: "1. Se objetiva y se omite cualquier

circunstancia relacionada con el caso; 2. No se consigue el efecto disuasorio ya que ese criterio pudiera beneficiar al empresario, al poder dejar a su potestad tanto el vencimiento anticipado del contrato como el que se devenguen esos intereses remuneratorios; y 3. Consecuencia de ambos efectos, la solución adoptada por el Tribunal Supremo no permite el restablecimiento del equilibrio real entre los derechos y las obligaciones del empresario y consumidor; y, de otra parte, referente a las consecuencias o efectos, manifiesta al respecto que, se podría quebrar los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativos a: 1. La interdicción a la integración contractual; 2. El efecto disuasorio de extinción de la cláusula declarada nula por abusiva y, por último 3. El de no remediar el desequilibrio entre el empresario y el consumidor cuando se reconoce una cláusula como abusiva, ya que la aplicación de un interés remuneratorio a favor del profesional sin límite y generalmente muy alto, piénsese en las operaciones de crédito rápido cuyo interés remuneratorio es superior al 20%, pudiera ser contradictorio con dichos principios". Por lo que, atendiendo a los motivos expuestos, se pregunta si es ajustado al Derecho de la Unión, y en particular a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE el fijar como criterio inequívoco la determinación que, en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores es abusiva toda cláusula no negociada que, fije un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado y, si es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo mediante Auto del Pleno de la Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2017[39] acuerda formular cuestión prejudicial al Tribual de Justicia de la Unión Europea en el que se formulan las siguientes preguntas: "1. Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?. 2. Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la "indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones", y establece que la consecuencia de la declaración de

39 ATS (Sala 1ª) 22 febrero 2017 (JUR 2018, 3211995).

abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?. 3. En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera positiva: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?".

De todas formas, conforme el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento de la Unión Europea se considera necesario que, la petición de decisión prejudicial se tramite de manera acelerada, puesto que se entiende que, los consumidores afectados son muy numerosos y son muchos los litigios existentes ante los tribunales españoles en los que se plantea el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora. Le consta, asimismo, a este Alto Tribunal que, ha sido admitida a trámite, al menos la petición de otro tribunal español (con número de procedimiento C-96/16), por lo que entiende que sería aconsejable un pronunciamiento único, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

Ciertamente, el Tribunal Supremo duda de la compatibilidad con la Directiva 93/13/CEE de su propia jurisprudencia dimanante de las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015[40], así como de las sentencias de 23 de diciembre de 2015[41], 18 de febrero de 2016[42] y, en especial, (Pleno) 3 de junio de 2016[43]. En esta última resolución en la que se aborda la abusividad de las cláusulas de los intereses de demora en los contratos de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores y, por ende, se juzga el carácter abusivo de un interés de demora del 19% fija la siguiente doctrina: 1. Atendiendo a lo dispuesto en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato) al disponer que: "La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva, que

40 SSTS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360); 7 septiembre 2015 (RJ 2015, 3976); 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3977).

41 STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714).

42 STS 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619).

43 STS 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2300).

solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la LGDCU, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario". También se establece en esta resolución de 3 de junio que, resulta de aplicación la argumentación que, hacía en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta por lo que: "es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (...), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"". De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva la cláusula de interés de demora, es "el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento"; 2. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, "es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario" (sentencia 265/2015, de 22 de abril). Constituye por ello "un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el artículo 9 del TRLGDCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (artículo 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (artículo 82.2 del TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014[44], asunto C- 226/12, caso Constructora Principado, en su apartado

44 STJUE 16 enero 2014 (TJCE 2014, 7).

19". Y es que continúa, "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 previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el TRLGDCU, 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 beneficiosas para el predisponente"; 3. Es abusiva la cláusula del interés de demora cuando implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 del TRLGDCU, sin que a estos efectos el límite del interés de demora previsto en el artículo 114 de la LH, garantice el control de abusividad, pues, puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo; 4. El límite objetivo a partir del cual se considera que una cláusula de interés moratorio es abusiva en los préstamos hipotecarios, al igual que los personales, es "la cifra resultante del incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC para la fijación del interés de mora procesal, que no supone la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones"; 5. Los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril[45], tal y como se declaró en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero[46] la nulidad de la cláusula abusiva sin dar 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. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución".

De ahí que, sobre la base principalmente de los últimos pronunciamientos que, son doctrina consolidada en el Tribunal Supremo, se plantea por nuestro Alto Tribunal al Tribunal Europeo la cuestión prejudicial sobre si la mencionada Directiva 93/13/CEE se opone a tal doctrina jurisprudencial que, declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de dos puntos sobre el tipo del interés remuneratorio constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se

45 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

46 STS 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619).

ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva tal cláusula, y, asimismo, si las normas europeas se oponen a la misma doctrina jurisprudencial que, establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo o si la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que establece el tipo de interés de demora debiera tener otros efectos como la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, o, en fin, el devengo del interés legal.

En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se presentaron respecto de estos dos asuntos observaciones escritas por el Banco Santander, el Gobierno español y polaco y la Comisión europea -en el asunto C-93/16-, y por el Banco Sabadell, los Gobiernos español y polaco y la Comisión europea -en el asunto C-94/17-. Mediante resolución de 21 de noviembre de 2017 se acordó la acumulación de ambos asuntos a los efectos de la fase oral del procedimiento de la sentencia y el 10 de enero de 2018 se celebró la vista. El 22 de marzo de 2018 se presentaron las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, siendo observadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018[47].

47 El Abogado General Sr. Nils Wahl propone al Tribunal de Justicia en sus conclusiones que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas:
I. En el asunto C96/16, por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona: "1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no se opone a una práctica de un profesional consistente en ceder o comprar créditos, como la descrita en ese asunto, que no ofrece al consumidor la posibilidad de extinguir la deuda pagando al cesionario el precio de la cesión, más los intereses, las costas y los gastos. 2. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a un criterio jurisprudencial nacional que fija como criterio inequívoco que, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, es abusiva una cláusula no negociada que fije un tipo de intereses de demora que suponga un incremento superior a dos puntos porcentuales respecto del tipo de los intereses ordinarios fijado, siempre que: a. no limite la facultad de apreciación del juez nacional en lo referente a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas que no se ajusten a ese criterio incluidas en un contrato de préstamo sin garantía real celebrado entre un consumidor y un profesional, y b. no impida que el juez deje sin aplicar dicha cláusula en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva. 3. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a que, en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada, a raíz de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo que fija un tipo de los intereses de demora que excede en más de dos puntos porcentuales del tipo de los intereses ordinarios pactado, la cláusula que fija el tipo de los intereses ordinarios siga aplicándose hasta el pago íntegro de la deuda".
II. En el asunto C94/17, por el Tribunal Supremo: "1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a un criterio jurisprudencial nacional que fija como criterio inequívoco que, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, es abusiva una cláusula no negociada que fije un tipo de intereses de demora que suponga un incremento superior a dos puntos porcentuales respecto del tipo de los intereses ordinarios fijado, siempre: a. No limite la facultad de apreciación del juez nacional en lo referente a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas que no se ajusten a ese criterio incluidas en un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un profesional, y b. No impida que el juez deje sin aplicar dicha cláusula en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva. 2. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no se oponen a que, a raíz de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo que fija un tipo de los intereses de demora que excede en más de dos puntos porcentuales del tipo de los intereses ordinarios pactado, en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada, la cláusula que fija el tipo de los intereses ordinarios siga aplicándose hasta el pago íntegro de la deuda. 3. No procede responder a la tercera cuestión prejudicial".

En todo caso, aunque no sea materia de nuestra investigación, señalar que, con referencia a la cuestión planteada sobre la practica bancaria de ceder los préstamos sin posibilidad de que el deudor pueda cancelarlo salvo en caso de tratarse de un crédito litigioso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado establecido en la citada sentencia de 8 de agosto de 2018 que la Directiva 93/13/CEE se aplica únicamente a las cláusulas contractuales, no a las meras prácticas, y dado que ninguna cláusula de los contratos del litigio principal prevé ni regula el derecho eventual de los deudores a extinguir la deuda mediante la compra de los créditos al tercero, es evidente que tales transmisiones de créditos se llevan a cabo con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código Civil, por lo que la Directiva 93/13/CEE no puede ser de aplicación. Asimismo, recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, la Directiva 93/13/CEE no puede oponerse a las disposiciones nacionales que, regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos judiciales, por el hecho de que tales disposiciones pudieran no garantizar una protección suficiente de los intereses de los consumidores, ya que, según su reiterada jurisprudencia, dichas disposiciones están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 1 apartado 2), al tratarse de disposiciones de Derecho nacional. Tal exclusión se basa en la presunción de que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibro que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada). Ya en el auto de 5 de julio de 2016, Banco Popular Español y PL Salvador (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27). Por tanto, sobre la inexistencia del derecho de retracto en la cesión de créditos, el Tribunal de Justicia ha declarado que: "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso".

II. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA

1. La cláusula del interés de demora como condición general de la contratación –clausula predispuesta y no negociada individualmente-

Las cláusulas de contratos de crédito o préstamos hipotecarios celebrados con entidades de crédito donde el prestatario tiene la condición de consumidor participan de las notas de predisposición, generalidad e imposición (artículo 1.1 de la LCGC)[48]. Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". De ahí que, como se establece, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo[49], y 265/2015, de 22 de abril[50] hay predisposición cuando la cláusula ha de estar preredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En

48 El artículo 3 del TRLDCU define consumidores o usuarios como "las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".
Por lo que, la normativa de protección de consumidores se aplica a los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en el que el prestatario es persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo de inmueble hipotecado, siempre que se trate de una operación de consumo, esto es que, se actúen con un propósito o en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial. Al respecto, precisa, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª) de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330) asunto C-110/14 que "el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata o de la información de que dicha persona realmente disponga". Lo importante es la naturaleza de la operación –ajena a una actividad comercial o empresarial-. De ahí que declare el Tribunal de Justicia que "el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con 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 cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho 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". Asimismo, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6ª) de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386) asunto C-74/15 después de señalar que, asimismo, el concepto de "consumidor" tiene carácter objetivo y que debe apreciarse según un criterio funcional consistente en evaluar si la relación contractual que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, declara que "los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93713/CEE deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con el propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad".
Todo esto supone como precisa Díaz Fraile, J.Mª.: "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el derecho comunitario", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, número 2, abril-junio 2018, p. 299 que "la legislación de protección de los consumidores será aplicable a los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo de inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno en su caso a su actividad empresarial o profesional".

49 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

50 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

particular, en el caso de los contratos de adhesión, la imposición tiene lugar cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario de tal forma que, el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación; y, generalidad cuando las cláusulas se incorporan a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que, tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. En la misma sentencia de 22 de abril de 2015 se establece que, el profesional que afirme que, una determinada cláusula ha sido negociada individualmente "asumirá la carga de la prueba de esa negociación". Además, se indica en la citada sentencia que, para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condición general o de cláusula no negociada y se excluya el control de abusividad "es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario".

Sobre tales bases, si la cláusula de intereses moratorios es una condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciada a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 del TRLGDCU[51]. Bien entendido que el mero pacto de intereses moratorios o el pacto de los mismos en cuantía superior a los intereses de naturaleza retributiva o remuneratoria no convierte sin más la estipulación en abusiva, sino que para ser calificado como tal, debe encajar en la definición de cláusula abusiva que, de la misma se contiene en el artículo 82.1 y siempre teniendo en cuenta, además que, conforme dispone el apartado tercero del citado precepto, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento

51 *Vid.* SAP Alicante (Sección 6ª) 11 marzo 2015 (JUR 2015, 94246); SAP Albacete (Sección 1ª) 13 marzo 2015 (AC 2015, 608); y SAP Pontevedra (Sección 1ª) 17 marzo 2015 (JUR 2015, 100567) han utilizado el artículo 82 del TRLDCU para determinar el carácter abusivo de cláusulas de interés de demora. Por su parte, la SAP Madrid (Sección 9ª) 7 mayo 2015 (JUR 2015, 156166) la cláusula de interés de demora es una cláusula contractual no negociada individualmente que causa un perjuicio al consumidor y usuario, un desequilibrio importante.

de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa; lo que obliga a evaluar la abusividad o no de la cuantía de intereses pactados por referencia al mercado en que el mismo se ha estipulado. En todo caso, para el caso de intereses moratorios se consideraran abusivos "la imposición de una indemnización desproporcionada alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones" (artículo 85.6 del TRLGDCU). No olvidemos el carácter sancionador e indemnizatorio que tienen los intereses de demora. A su vez el artículo 89 del citado cuerpo legal considera abusiva en su número 7 "la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo". Dicho precepto no permite en los descubiertos de cuenta corriente un tipo de interés que, dé lugar a una tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero. Recordemos que, esta Ley ha sido derogada por la mencionada Ley 11/2011 que, contempla en su artículo 20.4 el mismo límite en los intereses en descubierto en cuenta. Por lo que, serán abusivos los intereses moratorios desproporcionados, teniendo como consecuencia su nulidad y que tal cláusula de interés de demora se tenga por no puesta.

Si bien, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2015 – referida a los préstamos personales- explica que la cláusula de interés de demora es susceptible de un control de contenido de abusividad, pues, no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que regula un elemento accesorio como es la indemnización y por tanto, no le alcanza la exclusión del control de abusividad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE referido a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

Al respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08. Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid)[52] señala que "no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, en materia de estipulaciones contractuales reguladoras de los intereses de demora no tiene lugar la problemática relativa a si pudieran o no ser enjuiciados a la luz de la regulación de protección de consumidores, pues, es claro que no constituyen elementos esenciales del contrato. En cuanto a los criterios para determinar si una cláusula es abusiva, la sentencia del citado Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de marzo de

52 STJUE (Sala 1ª) 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162).

2013 (asunto C-415/11. Caso Ariz)[53] establece que, resulta necesario comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y, por otro lado, si ese desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor; de forma que, podría considerarse razonablemente que éste ha aceptado la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. Por lo que este segundo criterio interpretativo que facilita la sentencia, supone valorar si el consumidor habría aceptado la cláusula en cuestión de haber sido negociado. Lo que tratándose de intereses moratorios no parece probable que, hubiere aceptado aquél unos intereses de demora tales que, en la mayoría de los casos exceden en una alta proporción del interés legal del dinero. De todas formas, estos criterios abstractos de interpretación –desequilibrio y buena fe- se tienen que poner en relación con el caso y circunstancias concretas de cada supuesto, sin que pueda establecerse de forma general, correspondiendo tal labor al juez nacional, en una suerte de análisis comparativo con lo que su legislación dispone para determinar las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato; lo que, en esencia, supone un examen del sistema jurídico nacional (apartado 71)[54].

Y con respecto a la cláusula de interés de demora, se afirma, asimismo, en la mencionada sentencia que, el juzgador deberá analizar el caso concreto y comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de este tipo celebrado con consumidores, y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (apartado 74). El Tribunal de Justicia fija, por tanto, los criterios abstractos de interpretación que se deducen del derecho de la Unión (Directiva 93/13/CEE), sin concretar un límite para los intereses de demora, pues esa labor la delega al juez nacional quien conforme a su legislación le corresponderá determinar si una cláusula de interés de demora es o no abusiva.

53 STJUE (Sala 1ª) 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89).

54 La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª) de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4) señala, asimismo, que "(….) hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas de Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (apartado 38); y añade, además que, "(…) debe recordarse que, con arreglo al artículo 4 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciara teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración . de ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional" (apartado 37).

La cuestión para el juez nacional reside en concretar el criterio objetivo que sirve para determinar si una determinada cláusula de interés de demora es abusiva. El artículo 85 del TRLDCU dispone que, será abusiva la cláusula de interés moratorio cuando sea desproporcionadamente alta en perjuicio del consumidor. Por tanto, como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 lo determinante, para saber en cada caso si una cláusula de interés de demora es abusiva, es "el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento". Y entiende –como ya lo había hecho la sentencia de 22 de abril de 2015- que, la cláusula de intereses de demora pueda tener una finalidad indemnizatoria y disuasoria; si bien, lo que no admite, es que esa indemnización y pena adicional disuasoria pueda resultar "desproporcionadamente alta"[55].

Resulta necesario ir un paso más y concretar el término jurídico indeterminado "desproporcionadamente alta". Para ello, tenemos que tener presente una realidad constatable es que, en España, a diferencia de lo que ocurre con otros Estados miembros, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores y usuarios. Por lo que, ello obliga a los tribunales a la hora de decidir sobre la abusividad del interés de demora, a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todo ello sin perjuicio de tener presente en los préstamos hipotecarios lo que resulta del artículo 114.3 de la LH y de la doctrina que al respecto resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015[56].

2. Criterios para la determinación de la abusividad de una cláusula de interés de demora

En este contexto, sobre la base de concretar un elemento objetivo de referencia que, permita al juez determinar o no la abusividad de una cláusula de interés de demora, nuestros tribunales –sobre todo en la jurisprudencia menor- suelen concretar como posibles criterios para considerar si un tipo de demora es o no abusivo los siguientes: 1. El límite fijo que establece el nuevo artículo 114.3 de la LH (tres veces el interés legal del dinero)[57]. O simplemente se toma ese límite sin referencia normativa, o se opta por fijar una cuantía mayor tres, cuatro o cinco veces el interés legal del dinero, o se hace referencia a un tanto por ciento anual

55 *Vid.* SAP Álava (Sección 1ª) 1 septiembre 2016 (JUR 2016, 243691) intereses moratorios al 17,5% anual un pacto desproporcionado para las circunstancias del momento.

56 STJUE 21 enero 2015 (TJCE 2015, 4).

57 *Vid.* SAP Alicante (Sección 9ª) 30 mayo 2014 (JUR 2014, 200660).

como módulo orientativo (por ejemplo, el veinte por ciento anual)[58]; 2. Acuden a una comparación con los intereses de naturaleza remuneratorios de manera que, son abusivos aquellos intereses de demora cuya diferencia con los remuneratorios superan en tanto puntos porcentuales[59]; o exceden los intereses moratorios en el doble de la cuantía fijada para los intereses remuneratorios[60]; 3. Otros aluden al artículo 20 de la Ley 16/2011 reiterado en el artículo 89.7 del TRLGCU a la hora de enjuiciar la cuantía de los intereses moratorios; 4. En otros casos, se concretan determinados porcentajes que, ya de por sí son abusivos por excesivos y por su carácter desequilibrante (29% por ejemplo)[61]; 5. Se considera un interés desproporcionado por elevado no sólo en las fechas actuales, sino también en el tiempo en que se concreta el contrato de préstamo o crédito hipotecario; o en fin, lo es para el mercado o en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas del contrato por el Banco de España u otros organismos oficiales[62]; 6. No guarda proporción con el perjuicio real causado al acreedor y, coloca al consumidor en una clara situación de inferioridad, originando un desequilibrio entre las partes contratantes[63]; y, 7. Se entiende que, se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y, asimismo, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa[64].

Por su parte, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015[65] se hace un análisis de las posibles disposiciones legales que en nuestro ordenamiento tratan de la cuestión. Además, del artículo 1108 del

58 *Vid.* SAP Álava (Sección 1ª) 13 abril 2011 (AC 2011, 519); SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 4 octubre 2012 (JUR 2012, 371023); SAP Murcia (Sección 5ª) 20 marzo 2013 (JUR 2013, 162015); SAP Córdoba (Sección 1ª) 15 enero 2015 (AC 2015/409); y SAP A Coruña (Sección 5ª) 30 enero 2015 (JUR 2015, 87679) supere con creces el triple del interés legal, como del interés remuneratorio pactado; AAP Barcelona (Sección 13ª) 3 octubre 2014 (AC 2014, 1981); y AAP Barcelona (Sección 13ª) 4 mayo 2015 (AC 2015, 931).

59 *Vid.* SAP Cantabria (Sección 4ª) 27 octubre 2015 (JUR 2016, 35105); SAP Barcelona (Sección 19ª) 12 marzo 2018 (JUR 2018, 92070) adicionar diez puntos porcentuales el interés remuneratorio; y, la SAP Cantabria (Sección 4ª) 13 marzo 2018 (JUR 2018, 2037409 interés moratorio resultante de adicionar seis puntos el interés remuneratorio.

60 *Vid.* SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) 27 junio 2011 (JUR 2011, 405556); SAP Barcelona (Sección 14ª) 9 mayo 2012 (JUR 2012, 220994); y SAP Madrid (Sección 21ª) 22 abril 2014 (JUR 2014, 162282).

61 *Vid.* SAP Asturias (Sección 5ª) 26 enero 2005 (AC 2005, 158) (29%); SAP Madrid (Sección 9ª) 10 mayo 2013 (JUR 2013, 210035) (24%); AAP Barcelona (Sección 17ª) 14 abril 2010 (JUR 2010, 292111) (29%); y AAP Madrid (Sección 10ª) 5 mayo 2015 (AC 2015, 934) interés al 14,70% que supera el límite establecido en el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

62 *Vid.* SAP A Coruña (Sección 4ª) 28 junio 2011 (JUR 2011, 277465); SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 13 junio 2013 (AC 2013, 1503); AAP Álava (Sección 1ª) 9 enero 2014 (AC 2014, 3); AAP Madrid (Sección 13ª) 30 junio 2014 (AC 2014, 1580) carácter abusivo del interés moratorio. Un interés de demora del 22,5% anual cuando el interés legal vigente al tiempo de celebrar el contrato era del 5,5% anual; AAP Vizcaya (Sección 3ª) 23 marzo 2015 (JUR 2015, 132353) 20% anual; AAP Islas Baleares (Sección 5ª) 6 junio 2018 (JUR 2018, 238655) 20,50% anual; y AAP Barcelona (Sección 15ª) 25 junio 2018 (JUR 2018, 199350) interés moratorio del 20,5%.

63 *Vid.* SAP Murcia (Sección 4ª) 7 mayo 2013 (AC 2013, 2241).

64 *Vid.* SAP Barcelona (Sección 1ª) 30 septiembre 2013 (JUR 2013, 353022); y AAP Madrid (Sección 9ª) 16 mayo 2014 (AC 2014, 2018).

65 STS (Sala 1ª) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

Código Civil que, establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal; se examinan otros preceptos, así en materia de crédito al consumo el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (como en la fecha del contrato hacía el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo) que, establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal, por lo que en el año en que se concertó el préstamo era del 12,5% anual; también el nuevo párrafo tercero del artículo 114 de la LH, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo que prevé 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 y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago"; el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro que, prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual; el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual; y, por último, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. Sobre tales bases legales, la Sala considera que "el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no supongan la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones". Precisamente, se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada y asimismo, contiene un factor disuasorio para que el consumidor no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. Además, la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales señala, supone "un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia". En consecuencia, con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo "un interés de demora que suponga un incremento de más

de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal". Por lo que, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo al consistir en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%". Se reitera esta doctrina en la sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2015[66] en la que, después de indicar que, en el caso de los préstamos personales el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era del 8,87% TAE), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que, la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Asimismo, entiende que, el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este 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. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que persiguen las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe. Por lo que, considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal. En consecuencia, el interés de demora establecido en el contrato de financiación a comprador de un bien inmueble objeto de litigio es abusivo porque consiste en la adición de más de quince puntos porcentuales al interés remuneratorio. También en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2015[67] con los mismos argumentos considera que, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es abusivo porque consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al interés remuneratorio aplicable en cada momento, por lo que inicialmente suponía un interés de demora del 29% anual y tras la primera revisión, un interés de demora superior al 30% anual.

66 STS (Sala 1ª) 7 septiembre 2015 (RJ 2015, 3976).

67 STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3977).

Asimismo, en esta línea la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015[68] dispone al respecto que "…. el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicable en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que, el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal". Por estas razones concluye que "el artículo 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado". En fin, en igual sentido –siendo una constante jurisprudencia-, se pronuncia las sentencias ya citadas del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016[69] y de 3 de junio de 2016, precisamente, en esta última resolución se excluye la aplicación como límite objetivo del artículo 1108 del Código Civil y, también, el artículo 114 de la LH. Precisamente, esta regla legal en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

De todas formas, en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el Auto de 11 de junio de

68 STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714). Con voto particular del Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno.

69 STS (Sala 1ª) 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619). Con voto particular del Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno.

2015 (caso BBVA) se indica que: "el artículo 114.3 de la LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 del TRLGDCU. [...]. Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución –Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según se resalta también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que, el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino, como hemos señalado, fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal". El Tribunal de Justicia volvió a incidir en esta idea, en su Auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja): "(...) los artículos 3, apartado 1 , y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora (...) quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (...) (apartado 33)".

Y respecto al criterio objetivo de considerar abusivo "el interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal", adopta este criterio objetivo, señalando la mencionada sentencia de 3 de junio de 2016 que: "En realidad, y en lo que ahora interesa, en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, nos hicimos eco de la reseñada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre que el límite previsto en el artículo 114.3 de la LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en

la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios. (…) En este momento, si partimos del presupuesto condicionante que el límite legal previsto en el artículo 114.3 de la 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". Por lo que, establece como límite máximo de intereses moratorios para los préstamos hipotecario la de dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado. Con ello el Tribunal Supremo, en la sentencia de 3 de junio aplica el mismo criterio tanto para préstamos hipotecarios y préstamos personales[70]. Si bien, conviene recordar que, ese mismo Alto Tribunal en sentencia de 22 de abril de 2015 señalaba que dicho límite se aplicaba solo a los préstamos personales, pues, se explicitaba que, no podía aplicar a los préstamos hipotecarios al tener un "tratamiento distinto y presentar una problemas específicos como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del artículo 114 de la LH añadido por la Ley 1/2013" y, además en los préstamos personales el tipo de interés ordinario es de por sí mucho más elevado que el de los préstamos hipotecario.

Para justificar tal unificación, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 3 de junio de 2016 señala que "El artículo 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado" (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero)[71].

70 En esta línea, *vid.* SAP Cantabria (Sección 4ª) 27 octubre 2015 (JUR 2016, 35105) superación en más de dos puntos; SAP Málaga (Sección 4ª) 20 marzo 2017 (JUR 2017, 236587) por suponer un incremento en más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal; SAP Pontevedra (Sección 6ª) 31 mayo 2017 (AC 2017, 937) interés fijado en 19% anual era manifiestamente superior al interés remuneratorio en dos puntos; y SAP Cáceres (Sección 1ª) 8 noviembre 2017 (JUR 2018, 342) interés fijado en 18% anual, resulta abusivo en tanto supere notoriamente en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio (9,5%).

71 Para Díaz Fraile J.Mª.: "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios", cit., p. 304 con esto se salva una aparente doctrina contradictoria. Por su parte, Agüero Ortiz, A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 19, 2016, p. 214 critica esta forma de proceder del Tribunal Supremo fijando un "criterio objetivo de abusividad", pues con ello "no sólo excede su función de complemento del ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil), sino que además lo hace vulnerando el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, por lo que los jueces y tribunales deberán apreciar la abusividad de la cláusula "teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias

De todas formas, también en esta sentencia se declara abusivo en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del artículo 114.3 de la LH.

Precisamente, el límite del mencionado artículo 114.3 de la LH representa, como, señala una parte de la doctrina a la que me adhiero, más un límite legal que, de control de abusividad, lo que no impide que, cumpliendo la cláusula interés de demora con el criterio que se indica, pueda ser considerada abusiva, si impone una desproporción alta al consumidor[72] y, ciertamente operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, en concreto 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. Esto es, para los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual, y garantizados con la misma en los que se había negociado la cláusula de intereses moratorios, y, para los préstamos hipotecarios entre particulares para la adquisición de vivienda habitual, y garantizados con la misma[73].

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 da un paso más que, la sentencia de este mismo Tribunal de 23 de diciembre de 2015[74],

que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"". Igualmente, Soler Solé G.: "Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía", *Diario La Ley, número 8805, sección Tribuna, 18 de junio de 2016*, p. 3 señala al respecto que "fijar un criterio general, autosuficiente y excluyente de abusividad para préstamos personales e hipotecarios únicamente parece explicarse por la comodidad de disponer de un criterio que, al mismo tiempo sea general y esté recogido en un precepto positivo". Y añade "de seguirse el criterio del artículo 576 de la LC sería necesario apreciar nulidades en supuestos carentes de desproporción y desequilibrio. Es en este sentido que tal vez la propuesta del TS pudiera desatender excesivamente el análisis de las circunstancias del caso concreto y pudiera implicar, en ciertos casos, que la aplicación del criterio general, lleve a declarar la nulidad de las cláusulas que, en sentido estricto, no son desproporcionadas ni generan desequilibrios, esencia ésta de la materia de abusividad". Por su parte, Gudín Rodriguez-Magariños. A.E.: "La desviación del valor nominal de los intereses moratorios en los préstamos para la adquisición de vivienda tras la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 2, Febrero 2017, p. 6 (versión digital) señala al respecto que "lo que parece claro es que la extensión del límite fijado en la sentencia de 22 de abril de 2015 a cualesquiera contratos sin tener en cuenta su duración puede resultar cuando menor perturbador", y añade "(…) lo propio es adecuarlos al caso concreto enjuiciado y atemperar los intereses devengados en atención a las circunstancias particulares del adquirente, teniendo particularmente en cuenta la duración del contrato. Así frente a la pretensión de uniformidad de nuestro alto tribunal, lo cierto es que las fórmulas empleada en otros países de nuestro entorno prevén fórmulas mucha más flexibles".

72 *Vid.*, por todos, Agüero Ortiz A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", cit., p. 214. Asimismo, *vid.*, la RDGRN 14 enero 2015 (RJ 2015, 6442).

73 De Verda y Beamonte J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios", cit., p. 7; Agüero Ortiz A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", cit., p. 214.

74 STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714). En su *Fundamento de Derecho Quinto* –recurso de casación del "BBVA, S.A"- dispone al respecto que "(…) el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que, el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no

pues, aunque esta última considera que, el artículo 114.3 de la LH no es la única norma de referencia para calificar un interés de abusivo o no, pues, el juez debe valerse de más criterios, consideraciones y circunstancias que rodean a cada caso y que, pueda darse el caso que el interés conforme al citado artículo 114.3 de la LH pueda ser considerada abusiva, no concreta, sin embargo, cual podría ser el criterio objetivo de aplicación en sustitución del artículo 114.3 de la LH, lo que si hace la sentencia de 3 de junio de 2016 –el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC en la línea de una constante jurisprudencia-.

Por lo que, fijar un criterio objetivo, como el expuesto, no impide que para determinar la abusividad de una cláusula, el juez pueda apreciar conforme al artículo 4 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, todas las circunstancias del caso concreto según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 caso Aziz. Efectivamente, los artículos 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del TRLGDCU establecen claramente que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios, además de todas las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, las demás cláusulas del contrato, y cualesquiera otras circunstancias que, considere pertinentes y sean apreciada por el juez nacional. Éste habrá de ponderar si el profesional podría estimar razonable que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, y no le impone al consumidor una indemnización desproporcionada.

En este contexto, también nos encontramos resoluciones que, optan por el carácter no abusivo de los intereses de demora en base a los siguientes argumentos: 1. No generan posición de desequilibrio por no ser desproporcionado en relación con los intereses de demora existentes en la época en que se firmó el contrato[75]; o, lo que representa el promedio habitual en la práctica bancaria o financiera, o la existente en el mercado[76]. O simplemente, se atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha en que se concertó el contrato o las relativas al caso[77]; 2. Aplicando estrictamente la normativa del Código Civil, y, obviando, en consecuencia, la normativa de consumidores, se señala que, no resultan abusivos

tiene como función servir de pauta de control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral, de un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en la que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal".
Vid., un análisis de los artículos 114.3 de la LH y 576 de la LEC y de las citadas resoluciones, Adán Domenech, F.: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, cit., p. 77.

75 *Vid.* AAP Madrid (Sección 9ª) 27 noviembre 2014 (JUR 2015, 18979).

76 *Vid.* SAP Murcia (Sección 1ª) 10 septiembre 2013 (JUR 2013, 313505)

77 *Vid.* SAP Islas Baleares (Sección 5ª) 8 marzo 2002 (JUR 2002, 127963); SAP Madrid (Sección 14ª) 29 junio 2011 (JUR 2011, 331822); SAP Murcia (Sección 1ª) 23 marzo 2012 (JUR 2012, 141041); SAP Madrid (Sección 14ª) 25 septiembre 2012 (JUR 2012, 371707); y AAP Murcia (Sección 5ª) 3 julio 2007 (JUR 2008, 52679) y 12 noviembre 2009 (JUR 2010, 52679).

ni desproporcionados –aunque puedan ser elevados- al ser la finalidad de estos intereses moratorios el añadir un *plus* de onerosidad para la otra parte que no cumple las obligaciones contractuales asumidas, actuando así como cláusula penal, con la finalidad de estimular el puntual cumplimiento del contrato, dado el sobrecoste que supone. Asimismo, sobre tales bases, se considera que estamos ante un interés no contrario a las exigencias de la buena fe[78]; 3. Enlazando con lo anterior se indica que, en este supuesto rige el principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de lo que las partes han pactado, pues, lo que se sanciona con los intereses moratorios es la falta de pago imputable al deudor, esto es, se indemniza por los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Además se trata de intereses libremente pactados por las partes[79]; 4. O en fin, se considera no abusivo en un análisis comparativo con el interés remuneratorio[80].

III. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA

Apreciado el carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios, la sanción será la nulidad de tal cláusula, y, podría integrarse el vacío dejado por la misma con arreglo a lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil. Si bien, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de junio de 2012 (asunto C-680/10) tal forma de proceder no sería posible, pues, como se dispone en la misma, 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 (parágrafo número 65), y añade esta sentencia en su apartado 89 que "el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho

78 *Vid.* SAP Lleida (Sección 2ª) 25 octubre 2003 (JUR 2004, 26422); SAP Asturias (Sección 6ª) 7 marzo 2005 (AC 2005, 480); SAP Zaragoza (Sección 5ª) 9 noviembre 2010 (AC 2010, 1840); SAP Asturias (Sección 7ª) 20 abril 2011 (JUR 2011, 215250); SAP Murcia (Sección 4ª) 31 julio 2012 (AC 2012, 1536); SAP Barcelona (Sección 1ª) 9 noviembre 2012 (JUR 2013, 22553); SAP Madrid (Sección 25ª) 15 marzo 2013 (JUR 2013, 158538); y AAP Álava (Sección 1ª) 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 255268).

79 *Vid.* SAP Tarragona (Sección 3ª) 4 abril 2005 (JUR 2005, 172720); SAP Valencia (Sección 8ª) 28 diciembre 2007 (AC 2008, 575); AAP Cáceres (Sección 1ª) 10 noviembre 2010 (JUR 2011, 46831); AAP Vizcaya (Sección 3ª) 19 mayo 2011 (JUR 2011, 301029); AAP Madrid (Sección 8ª) 22 octubre 2012 (JUR 2012, 381590); y AAP Sevilla (Sección 5ª) 16 diciembre 2014 (AC 2015, 403).

80 *Vid.* SAP Barcelona (Sección 16ª) 6 septiembre 2013 (AC 2013, 1832); SAP Asturias (Sección 6ª) 3 febrero 2014 (JUR 2014, 70679); SAP Burgos (Sección 3ª) 12 enero 2015 (AC 2015, 5); SAP Barcelona (Sección 15ª) 16 marzo 2017 (JUR 2017, 104636); SAP Madrid (Sección 9ª) 11 junio 2015 (JUR 2015, 186061); SAP Alicante (Sección 8ª) 20 noviembre 2015 (JUR 2016, 12897); y SAP Cáceres (Sección 1ª) 12 enero 2018 (AC 2018, 110).

contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva". Además, acertadamente manifiesta que "si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 13/93/CEE. En efecto, 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" (apartado 69).

Por lo que, en los términos expuestos por el Tribunal de Justicia no procede la integración, ni la moderación del interés de demora abusivo[81]. La única consecuencia que, permite la Directiva 93/13/CEE es la nulidad radical y absoluta de la cláusula, y, por ende, su no aplicación. De ahí que, tras la citada sentencia del Tribunal de Justicia, la Ley 3/2014, de 27 de marzo haya procedido a suprimir el apartado 3 del artículo 83 y, por tanto, la facultad del juez de integrar el contenido del contrato a favor del predisponente por medio de la modificación del contenido de la cláusula declarada nula por abusiva; debiendo ahora limitarse a dejarla sin efecto, sin aplicación frente al consumidor. Por lo que, ante una eventual declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios en ningún caso cabe la aplicación de mecanismo o alternativas subsidiarias –equivalente a la moderación de la cláusula abusiva o a la integración contractual- que supusieran una merma del efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13/CEE, esencialmente dirigida a prevenir el uso de cláusulas presumiblemente abusivas.

En este contexto, nos encontramos con órganos judiciales que declaran nula la cláusula de interés de demora y la excluyen sin más del contrato, considerando inaplicable cualquier tipo de interés[82]; incluso con la anterior redacción del artículo 83 del TRLGCU mantienen este mismo criterio, al considerar que los contratos obligan no sólo a lo pactado, sino también a sus consecuencias, siempre que sean conformes a la buena fe, y, siendo que los intereses moratorios abusivos son contrarios a la buena fe, no procede integración alguna, sino simplemente tener por no puesta la cláusula[83].

Si bien, no faltan también resoluciones –sobre todo en la jurisprudencia menor que: 1. Alegan que la cláusula contractual relativa a los intereses de demora, cuando se aplican al total del préstamo vencido, tienen naturaleza de cláusula

81 *Vid.* SAP Burgos (Sección 3ª) 1 febrero 2018 (JUR 2018, 68539).

82 *Vid.* SAP Barcelona (Sección 17ª) 14 febrero 2013 (JUR 2013, 172291); y SAP Valencia (Sección 11ª) 30 septiembre 2013 (AC 2013, 1850).

83 *Vid.* SAP Cantabria (Sección 4ª) 8 octubre 2012.

penal, y por tanto, pueden ser susceptibles de moderación judicial de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil[84]; 2. O simplemente hacen caso omiso de la doctrina europea y proceden a moderar la cuantía de los intereses moratorios[85]; 3. O plantean la posibilidad de recurrir a la opción del recalculo, reduciéndolo su cuantía simplemente[86], o tomando para ello como base normativa lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013[87]. El problema de esta Disposición es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, sino los supuestos en que a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 114.3 de la LH, se hubiese fijado la cantidad por la que se solicita el despacho; 4. O después de afirmar que, la nulidad comporta la exclusión de la cláusula, se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a los efectos dos opciones: las que defienden la aplicación del Código Civil (artículo 1108)[88]; o las que sostienen la aplicación de la Ley Hipotecaria (artículo 114.3)[89]; 5. Aplicar el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo –tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero-[90]; 6. Se considera que en caso de declarar abusivos los intereses de demora se debe aplicar el interés del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal aumentado en dos puntos desde que

84 *Vid.* STS (Sala 1ª) 23 septiembre 2010 (RJ 2010, 7296); SAP Barcelona (Sección 13ª) 30 diciembre 2004 (JUR 2005, 55652); SAP Las Palmas (Sección 4ª) 22 febrero 2010; y SAP Barcelona (Sección 19ª) 13 mayo 2011 (JUR 2011, 294043).

85 *Vid.* SAP Asturias 14 marzo 1995 (AC 1995, 422); SAP Murcia (Sección 4ª) 21 octubre 2002 (JUR 2002, 284743); SAP Tarragona (Sección 3ª) 10 julio 2003 (JUR 2003, 256305); SAP Asturias (Sección 5ª) 30 mayo 2011 (AC 2011, 1338); SAP Granada (Sección 4ª) 31 enero 2014 (AC 2014, 214); SAP Alicante (Sección 5ª) 5 febrero 2014 (JUR 2014, 103411); y SAP Córdoba (Sección 1ª) 27 octubre 2014 (JUR 2015, 32203). Y, asimismo, el AAP Córdoba (Sección 1ª) 29 abril 2014 (AC 2014, 1108).

86 *Vid.* SAP Tarragona (Sección 3ª) 23 noviembre 2010 (JUR 2011, 79571); AAP Valencia (Sección 9ª) 22 diciembre 2014 (AC 2015, 270) recalculo al 12%; AAP Jaén (Sección 1ª) 19 enero 2015 (JUR 2015, 82303); y AAP Madrid (Sección 12ª) 13 marzo 2015 (JUR 2015, 131727) reducción del interés de demora anual del 17% al 12% en aplicación de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013.

87 *Vid.* AAP Sevilla (Sección 6ª) 17 septiembre 2014 (JUR 2015, 4214). Por su parte, el AAP Barcelona (Sección 17ª) 21 mayo 2014 (JUR 2014, 178499) señala que no es posible acudir al artículo 114 LH ni a la DT. 2ª de la Ley 1/2013 para reducir el interés moratorio.

88 *Vid.* SAP Girona (Sección 2ª) 15 septiembre 2000 (JUR 2001, 17125); SAP Albacete (Sección 2ª) 12 mayo 2014 (AC 2014, 1013); SAP Pontevedra (Sección 1ª) 14 octubre 2014 (JUR 2015, 8226); SAP Madrid (Sección 8ª) 12 mayo 2017 (AC 2017, 1709); AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) 5 noviembre 2014 (AC 2015, 222); AAP Jaén (Sección 1ª) 6 mayo 2015 (AC 2015, 1233); AAP Barcelona (Sección 11ª) 27 marzo 2015 (AC 2015, 732). Por su parte, señala la SAP Madrid (Sección 13ª) 30 junio 2014 (AC 2014, 1580) no procede aplicar el artículo 1108 del CC, pues, supone integrar el contrato. En esta línea, Redondo Trigo, F.: "Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, septiembre-octubre 2015, p. 3023.

89 *Vid.* ATS (Sala 1ª, Sección 1ª) 30 marzo 2016 (JUR 2016,71811); SAP Alicante (Sección 6ª) 15 enero 2014 (JUR 2014, 103462); y AAP Barcelona (Sección 19ª) 27 marzo 2014 (JUR 2014, 114707); y AAP Cádiz (Sección 8ª) 18 julio 2014 (JUR 2015, 127218). No obstante, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en sus sentencias de 23 de diciembre y de 18 de febrero de 2016 ha considerado que el artículo 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de los intereses moratorios puesto que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, no en su caso resulten inscritas.

90 SAP Murcia (Sección 1ª) 27 abril 2015 (JUR 2015, 131014).

se dicte la resolución de condena[91]; 7. O las que se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora supone el tener por no puesta la cláusula, su no aplicación; de modo que, no pueden ser trasladados al acreedor la cláusula de intereses moratorios para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que, prevé la Disposición Transitoria segunda, sino que las cantidades reclamadas por dichos conceptos deben excluirse sin más[92]; máxime si se tiene en cuenta que a raíz de la reforma del artículo 83, el texto de la citada Disposición no puede interpretarse como permisivo del recalculo –reducción- de los intereses moratorios, sino por su exclusión de la contratación[93]; y la imposición expresamente de la obligación de establecer que tales cláusulas no vincularan al consumidor[94]; 8. O, en fin, se opta por la aplicación del interés remuneratorio. Esta es, precisamente, la posición de nuestro Tribunal Supremo. Así, como se razonó en la sentencia de 22 de abril de 2015 el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y reiterada por el Auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja) 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. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición de dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Por lo que concluye que "por consiguiente (…), la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser (…) la moderación

91 *Vid.* AAP Valencia (Sección 9ª) 20 noviembre 2013.

92 En este sentido, Ballugera Gómez, C.: "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", *Diario La Ley,* año XXXV, núm. 8330, 11 de junio de 2014, p. 9. Asimismo, *vid.*, la SAP Alicante (Sección 9ª) 9 julio 2012 (JUR 2012, 312405); la SAP Castellón (Sección 3ª) 18 diciembre 2013 (AC 2013, 2097); y, la SAP Pontevedra (Sección 1ª) 27 febrero 2014 (AC 2014, 459). Y AJPI núm. 5 de Cáceres 23 enero 2015 (LA LEY 137, 2015).

93 *Vid.* SAP Alicante (Sección 9ª) 7 septiembre 2012 (JUR 2012, 366222); SAP Cantabria (Sección 4ª) 18 octubre 2012 (JUR 2012, 391860); SAP Castellón (Sección 3ª) 15 enero 2013 (JUR 2013, 152811); SAP Guadalajara (Sección 1ª) 13 marzo 2014 (JUR 2014, 91722); la SAP Madrid (Sección 11ª) 15 julio 2014 (JUR 2014, 234763); SAP Burgos (Sección 3ª) 12 enero 2015 (AC 2015/5); AAP Islas Baleares (Sección 5ª) 21 marzo 2014 (AC 2014, 618); AAP Castellón (Sección 3ª) 7 julio 2014 (AC 2014, 2033), no procede la aplicación de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, que establece el recalculo de intereses, pues, hay una primacía del Derecho comunitario, y de la interpretación del Derecho de la Unión por un órgano jurisdiccional sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE; AAP Barcelona (Sección 13ª) 2 octubre 2014 (AC 2014, 1864) y (Sección 1ª) 3 marzo 2015 (JUR 2015, 112557); AAP Cantabria (Sección 2ª) 17 marzo 2015 (JUR 2015, 274638); AAP Madrid (Sección 10ª) 5 mayo 2015 (AC 2015, 934); AAP Cádiz (Sección 8ª) 26 octubre 2015 (JUR 2015/293344); y AAP Sevilla (Sección 6ª) 30 diciembre 2015 (JUR 2016, 58364).

94 *Vid.* SAP Valencia (Sección 11ª) 12 noviembre 2014 (JUR 2015, 97589); SAP Lleida (Sección 2ª) 27 abril 2015 (JUR 2015, 157705).

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". Este mismo efecto de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo es aplicable a los préstamos hipotecarios como establece la sentencia de 3 de junio de 2016 por lo que "de este modo estima el recurso de casación (…) mantiene la nulidad del interés de demora pactado del 19% decretada en primera instancia, y declara que procede la aplicación del interés remuneratorio pactado"[95]. De todas formas, conviene recordar que, la naturaleza de los intereses ordinarios son el precio del dinero prestado y se devengan únicamente a lo largo del préstamo, no una vez finalizado el mismo por su vencimiento anticipado o por el transcurso del tiempo pactado; no obstante, el Tribunal Supremo en los términos reseñados permite que se sigan devengando sobre el capital pendiente; lo que para algunos constituye una suerte de moderación o integración[96].

95 En este sentido, *vid.*, las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 para los préstamos personales. En relación a los préstamos hipotecarios en esta línea unificadora, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 de septiembre 2015 (La Ley 125944, 2015) señala que "la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez") ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese de devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada…". En igual sentido, se ha pronunciado el Alto Tribual en sentencias de 8 de septiembre de 2015 pues "lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionado por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo de interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución"; de 23 de diciembre y 18 de febrero de 2016 que declaran que respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la sentencia de 22 de abril de 205 para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado. Asimismo, la SAP Vizcaya (Sección 4ª) 23 marzo 2017 (JUR 2017, 136676) supresión del incremento del interés que supone el interés de demora pactado; la SAP Madrid (Sección 11ª) 30 septiembre 2016 (JUR 2016, 252383) que continúe devengándose el remuneratorio hasta el reintegro de la suma pactada; la SAP Salamanca (Sección 1ª) 19 junio 2015 (AC 2015, 1335); la SAP Murcia (Sección 4ª) 4 febrero 2016 (AC 2016, 372) interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada; la SAP Alicante (Sección 8ª) 28 octubre 2016 (JUR 2016, 196925) interés remuneratorio hasta el completo pago; y la SAP Barcelona (Sección 19ª) 12 marzo 2018 (JUR 2018, 92070) hasta el reintegro de la suma pactada devenga el interés remuneratorio.

96 Así Balluguera Gómez, C.: "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", cit., p. 8; Soler Solé G.: "Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía", cit., p. 9 para quien "acudir al interés remuneratorio tras la declaración de abusividad del de demora, además de poder ir en la dirección contraria a la finalidad de la normativa de consumo establecida por el TJUE (disuadir del uso de cláusulas abusivas), podría suponer una integración o moderación del contrato, igualmente prohibida por el mismo TJUE". Por su parte, Olivera Romero, A.: "Consecuencias erróneas en la abusividad del interés de demora", *Diario La Ley,* núm. 9018, sección Tribuna, de 11 de julio de 2017, p. 4 pone de manifiesto que, en la práctica de nuestros tribunales se viene aplicando de forma errónea el criterio consistente en la continuación del devengo de interés ordinarios, conforme a lo establecido en el préstamo hasta la completa satisfacción del capital prestado, puesto que desde el primer impago hasta el vencimiento del préstamos se realiza. "O bien una moderación del interés moratorio, al calcularlo exactamente igual al ordinario; o un claro anatocismo,

Ciertamente, no hay ninguna duda que, el artículo 83 del TRLGCU, tras la declaración de abusividad de una cláusula, impide la denominada reducción conservadora de la validez, esto es, la posibilidad que el juez modere o reduzca el contenido del pacto hasta el límite de lo razonable. Por lo que el juez no podrá reducir la cuantía de los intereses de demora hasta los límites permitidos. Ahora bien, cabe plantearse si el citado artículo 83 interpretado a la luz de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deja margen a la integración contractual de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil y 64 del TRLGCU y en concreto, para la aplicación del derecho dispositivo en las que el contrato pueda quedar subsistiendo sin la cláusula nula, pero dicha nulidad parcial pueda producir un desequilibrio contractual. Se consideraba posible integrar la laguna con la aplicación del artículo 1108 del Código Civil. En los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vienen a impedir la aplicación de la tesis que, el juez, tras la apreciación de la abusividad de la cláusula, sustituya la regulación convencional que ha sido declarada nula por una norma de Derecho dispositivo que hubiera sido de aplicación de no existir tal cláusula, salvo que ello sea necesario para la subsistencia del contrato –que no pueda subsistir por la falta de sus elementos esenciales- y siempre que esa subsistencia sea beneficiosa para el consumidor, es decir que, le resulte más perjudicial que el contrato deje de existir. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013. Caso Kásler y Káslerné Rábai, referido al derecho húngaro)[97] declara que "no se opone a la Directiva 93/13/CEE que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional" (parágrafo número 86 apartado 3), siempre que esta sustitución se ajuste al objeto del artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencia de tal índole que representaran para éste una penalización (apartados 82 a 84). Lo que en clave de nuestro ordenamiento jurídico parece que, no impide el juicio de eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. En todo caso, la integración que admite esta sentencia es solo en provecho y beneficio de la persona consumidora, cuestión que quedó abierta en la sentencia de este mismo Tribunal de 14 de junio de 2012 que, prohíbe la integración *pro predisponente*[98]. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de 21 de enero de 2015 (asuntos

al calcular dos veces el interés ordinario. Una en la columna interés ordinario y otra en la columna de interés de demora, cuando según el supremo, el único que debe existir es el interés ordinario, ya calculado debidamente en la columna del cierre dedicada a dicho concepto".

97 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2015, 4).

98 Balluguera Gómez C.: "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", cit., p. 2.

acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13)[99] ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor,

En la misma línea el Auto del Tribunal, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13)[100] no admite que, una vez declarada la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado artículo 114.3 de la LH, por lo que reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que va en contra de la Directiva 93/13/CEE, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puesto. Es más, el Tribunal declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no, a cuyo efecto proclama que: "Los artículos 6 apartado 1 y 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a las normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre los intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicha contrato; y, 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión que es "abusiva" en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la citada Directiva. Y, asimismo, la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" –en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la propia Directiva 93/13/CEE- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí

99 STJUE 21 enero 2015 (TJCE 2015, 4). Los litigios principales se refieren a diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y Caixabank con el objeto de obtener la ejecución forzosa de varias hipotecas constituidas entre el 5 de enero de 2007 y el 20 de agosto de 2010 para garantizar importes comprendidos entre 47.000 euros y 249.000 euros. En el asunto C-482/13, el préstamo hipotecario llevaba aparejados intereses moratorios calculados al tipo de 18%, el cual podía aumenta si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara el tipo de interés superior a aquél, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo de 25% nominal anual. En los asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5%. Asimismo, todos los contratos de préstamo a los que se refieren los litigios principales incluyen una cláusula con arreglo a la cual, en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago, el prestamista puede anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados. Mediante auto el Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013 ordenó la acumulación de los asuntos C-482/13 a C-487/13 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia; y, asimismo, mediante autos de 13 de marzo y 3 de octubre 2014 ordenó separar del presente procedimiento los asuntos C-486/13 y C-483/13, al haberse procedido al archivo de los mismos.

100 STJUE (Sala 6ª) 11 junio 2015 (TJCE 2015, 224).

sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión". Si bien también añade que "es cierto que, el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6 apartado 1, de la Directiva 93/13, y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencia de tal índole que representaran para éste una penalización".

Así las cosas, la doctrina general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las resoluciones citadas se traduce en que la Directiva 93/13/CEE se opone a que una norma de derecho nacional permita al juez, tras declarar la nulidad de una cláusula abusiva, integrar dicho contrato modificando su contenido de cualquier manera. En consecuencia, tras la declaración de absuvidad, el juez no puede ni reducir la cláusula hasta lo que considera no abusivo, ni aplicar una norma nacional supletoriamente. Lo señalado tiene el límite que fue fijado en la citada sentencia de 30 de abril de 2014 y que la de 21 de enero 2015 reitera, la posibilidad que el juez nacional subsane la nulidad de cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del derecho nacional que, solo podrá tener lugar, si el contrato no puede subsistir tras la eliminación de la cláusula abusiva, no ante cualquier otra laguna, siempre que la integración opere a favor del consumidor. Lo que también reitera las sentencias del Tribunal Supremo citadas respecto, como hemos analizado, a los criterios y efectos de la nulidad de la cláusula de interés de demora por abusividad.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto la ineficacia resultante de la declaración de abusividad encuentra su fundamento en el concepto de "no vinculación" que contempla el artículo 6 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7 de la misma.

Atendiendo a lo dispuesto en los apartados precedentes y de las cuestiones relativas a los criterios y efectos, procede ahora concretar que, posición adopta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018 ante las cuestiones prejudiciales planteadas, y la posición del Tribunal Supremo en la última sentencia del Pleno, de 28 de noviembre de 2018.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018 analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo -en sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre- y recuerda que, el Alto Tribunal declaró que, ante la falta de criterios legales que establecieran pautas seguras para la apreciación de la abusividad de las cláusulas sobre intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, los tribunales españoles de primera y segunda instancia aplicaban criterios dispares, lo que generaba una gran inseguridad jurídica y producía una diferencia arbitraria de trato para los consumidores en función del tribunal donde se siguiera el litigio. También se producían divergencias importantes a la hora de determinar las consecuencias del carácter abusivo de tales cláusulas. Por consiguiente, el Tribunal Supremo consideró que, a fin de poner término a la referida situación de inseguridad jurídica y a las mencionadas disparidades, resultaba necesario definir los criterios para determinar el eventual carácter abusivo de tales cláusulas y las consecuencias del mismo. A tal efecto, el Tribunal Supremo, por una parte, declaró que, en virtud del artículo 85.6 del TRLGDCU son abusivas las cláusulas que, imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Por otra parte, examinó las normas nacionales aplicables, en caso de mora del deudor, en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo entre las partes del contrato sobre diversos puntos, así como el tipo de interés de demora generalmente previsto en los contratos de préstamo que son objeto de una negociación individual con los consumidores. A resultas del referido examen, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión que procedía declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos de préstamo personal celebrados con los consumidores relativas a los intereses de demora cuando tales cláusulas respondan al criterio que el interés de demora sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato. En efecto, el Tribunal Supremo expuso que, la fijación del mencionado tipo de interés de demora no conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que establecen las normas nacionales aplicables en caso de mora del deudor mencionadas –artículo 85.6 del TRLGDCU-, y que un profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, una cláusula que estipulara semejante tipo de interés de demora.

Y, en fin, en cuanto a las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, observó que, el Tribunal Supremo en los asuntos de los que conoce, el tipo de interés de demora fijado por dichas cláusulas consistía en un recargo de varios puntos porcentuales sobre el tipo del interés remuneratorio. De ello dedujo que, en el supuesto que se declararan abusivas tales cláusulas, lo procedente sería la supresión total del recargo que el interés de demora representa en relación con el interés remuneratorio, de modo que tan solo se siguiera devengando este último interés. En efecto, el Tribunal Supremo consideró que no procedía suprimir asimismo el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo su función de retribuir la entrega de dinero en préstamo.

Igualmente, la solución recogida en las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015 se ha hecho extensiva por este Alto Tribunal a los contratos de préstamos hipotecarios en virtud de las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero; y 364/2016, de 3 de junio unificando doctrina para ambos supuestos.

Sobre tales bases jurisprudenciales, y contestando ambas cuestiones prejudiciales establece, por una parte, respecto a fijación de criterios objetivos para determinar la abusividad de una cláusula de interés de demora que, el Tribunal Supremo procede a concretar como criterio objetivo de abusividad que, el interés de demora sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato, por lo que considera este Tribunal de Justicia que, con esta forma de actuar, el citado Alto Tribunal se atiene a las exigencias recordadas especialmente en la sentencia de 14 de marzo de 2013. Respecto a determinar, si la Directiva 93/13/CEE se opone a la aplicación de este criterio jurisprudencial, en la medida en que tal criterio implica una presunción *iuris et de iure* por lo que, será abusiva toda cláusula contractual que responda al mismo, recuerda que la citada Directiva se basa en la idea que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, B. p. "Partner", C-119/15, EU:C:2016:987, apartado 28 y jurisprudencia citada). Por lo que, habida cuenta de semejante situación de inferioridad, la Directiva 93/13/CEE en su artículo 3, apartado 1 establece la prohibición de aquellas cláusulas tipo que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE V., C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 42). Además, recuerda que, sobre la base del artículo 6, apartado 1, y del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, esta Directiva se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida

al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio, examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 28 a 42) (apartados 62 a 67). Operando sobre tales términos legales y en aras de la protección de consumidor establece en su apartado 61, precisamente que, no parece que dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo prive al juez nacional de la posibilidad de declarar, al examinar una cláusula de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que, no responda a ese criterio, -a saber, una cláusula que establezca un tipo de interés de demora que no suponga un incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado en el contrato-, que tal cláusula es, no obstante, abusiva y, en su caso, de dejar de aplicarla, extremo que incumbe verificar a los órganos jurisdiccionales remitentes. No se debe olvidar que, corresponde al juez nacional determinar si deben considerarse abusivas las cláusulas contractuales de las que conoce, teniendo en cuenta en principio, conforme al artículo 4 apartado 1 de la citada Directiva, todas las circunstancias del caso concreto (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, A., C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 71).

Además, recuerda el Tribunal de Justicia en el apartado 68 de la sentencia, respecto a la posición jerárquica del Tribunal Supremo que, tal como el Abogado General ha manifestado en lo sustancial en el punto 60 de sus conclusiones, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro -como es el Tribunal Supremo- estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de la cláusulas contractuales. De este modo, añade que, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal no parece formar parte de las disposiciones más rigurosas que los Estados miembros pueden adoptar a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que -según el Gobierno español expuso ante el Tribunal de Justicia en la vista- la referida jurisprudencia no parece tener fuerza de ley ni constituir una fuente del Derecho, no es menos verdad que la elaboración de un criterio jurisprudencial -como el definido por el Tribunal Supremo en este caso- responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la citada Directiva. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y de la concepción general de la misma se desprende que la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores (apartado 69).

Por lo que, de lo anterior se deduce que la Directiva 93/13 no se opone a que se establezca tal criterio. Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que "la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato" (apartado 71 y punto 2 del fallo).

Por otro lado, respecto a la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato el Tribunal de Justicia ha utilizado, en lo fundamental, los siguientes razonamientos para fijar su doctrina al respecto de tal efecto o consecuencia: "73. (…) Procede recordar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia citada). 74. Aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representaran para él una penalización. Tal como ha declarado en lo sustancial el Tribunal de Justicia, en esta perspectiva la anulación de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora aplicable no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que las cantidades que podría reclamarle el prestamista serán necesariamente menores al no aplicarse el mencionado interés de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 33 y 34). 75. Por lo demás, la Directiva 93/13/CEE no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En

efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jorös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 32). 76. En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma. 77. Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule". Por lo que, habida cuenta de las consideraciones anteriores, responde a esta cuestión y por ende, a la letra b) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que: "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato" (apartado 79 y punto 3 del fallo).

En este contexto, después que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018 respaldara la consolidada doctrina

jurisprudencial de Sala Primera sobre la abusividad de interés de demora en préstamos concertados con consumidores, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2018[101] aborda, de nuevo, esta materia después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia. El recurso de casación que ahora se resuelve versa sobre un préstamo hipotecario en el que el interés remuneratorio es del 4,75% y el de demora del 25%. La sentencia del Pleno confirma la abusividad de este último interés. Para ello argumenta que: ya en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, este tribunal abordó la cuestión del control de

101 Los hechos sobre los que se sustenta la presente sentencia son los siguientes: El 11 de enero de 1999, Caja de Ahorros del Mediterráneo (actualmente, Banco de Sabadell S.A.) concedió a D. Adrián un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir su vivienda familiar, por importe de 17.633,70 €, que el prestatario debía devolver en veinte años mediante el pago de cuotas mensuales. El tipo de interés remuneratorio inicialmente pactado fue del 5,5% anual, sujeto a variación a partir del primer año. Cuando el prestatario dejó de pagar las cuotas del préstamo e incurrió en mora, el interés remuneratorio se devengaba al tipo del 4,75% anual. La cláusula sexta del contrato establecía que las cuotas del préstamo que no se pagaran a su vencimiento devengarían un interés de demora del 25% anual. El consumidor prestatario interpuso una demanda contra el banco prestamista en la que solicitaba que se declararan nulas, por ser abusivas, las cláusulas del contrato de préstamo que establecían el redondeo del tipo de interés remuneratorio y los límites a su variabilidad, la comisión por impago de cada cuota, el vencimiento anticipado por impago y el tipo del interés de demora. Tanto la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2, de Alicante, de 13 de enero de 2014, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) de 18 de septiembre de 2014 declararon que la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva y, asimismo, acordaron que el tipo del interés de demora fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 de la LH.
El Sr. Adrián interpuso recurso de casación al considerar que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y sostiene que el préstamo no debe devengar interés alguno desde que el prestatario incurrió en mora. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación, votación y fallo de Pleno el día 1 de febrero de 2017.
En la deliberación convocada para la votación y fallo del recurso de casación, el Tribunal Supremo, previa audiencia de las partes, acordó plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por lo que, asimismo, se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear tal petición. La recurrida, Banco de Sabadell S.A., no realizó alegaciones relativas a la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial. Aunque manifestó "allanarse" a la acción de nulidad, solicitó que se desestimara el recurso de casación interpuesto, y que se aplicara el interés remuneratorio. El recurrente, D. Adrián, presentó escrito en el que se mostraba favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial y manifestaba su apoyo a la tesis mantenida en su recurso, en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula de interés de demora, el préstamo debe dejar de devengar cualquier tipo de interés. Se dictó auto que declaró la improcedencia de tener por allanado a Banco de Sabadell S.A. puesto que no aceptaba la pretensión del recurrente, y acordó continuar la tramitación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
El 22 de febrero de 2017 se dictó auto en el que se formuló cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre dos aspectos de su doctrina jurisprudencial –ya analizados- cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea estaba siendo cuestionada, incluso mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se pretendía que se declarara que tal jurisprudencia no era conforme al Derecho de la Unión Europea.
El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 7 de agosto de 2018. En su fallo, recordamos, dispuso: "(…) 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio. 3) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".
Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial que le fue planteada por esta Sala y ha declarado que nuestra jurisprudencia se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión, y en concreto de la Directiva 93/13, se procedió a resolver el recurso de casación.

abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores y las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, trataron esta misma cuestión respecto de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores.

En dichas sentencias, este tribunal consideró que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

Por lo que, la aplicación de dicho criterio -cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018- al supuesto objeto del recurso confirma la corrección de la declaración de nulidad, por abusiva, que ha realizado la Audiencia Provincial de la cláusula que establece el interés de demora en el préstamo objeto de este recurso, puesto que supera en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio (en realidad, lo supera en más de veinte puntos porcentuales).

Respecto de las consecuencias o efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de interés de demora, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial optaron por sustituir el interés de demora previsto en la cláusula anulada, que era del 25%, por el previsto en el artículo 114.3 de la LH, que es el triple del interés legal. Para el recurrente, la solución debía ser que, una vez anulada la cláusula que fijaba un interés de demora abusivo, el préstamo deje de devengar interés alguno cuando el prestatario haya incurrido en mora.

El Tribunal Supremo considera nula de pleno derecho y se tiene por no puesta la cláusula de interés de demora, pues, no es posible su integración. Efectivamente, señala que, la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor. Al respecto, señalan las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva

1993/13/CEE que, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato 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. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

Por tal razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, como hemos señalado en líneas precedentes, solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Por lo que, el juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

En cuanto a la posibilidad de mantener el devengo del interés remuneratorio, pese a la nulidad del interés de demora. De nuevo, recuerda el Tribunal Supremo que, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de

febrero, y 364/2016, de 3 de junio se declaró que, suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (artículo 85.6 del TRLDCU y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE). Asimismo, se concluyó que, lo que procede era anular y suprimir completamente la cláusula de interés de demora, privándola de su carácter vinculante, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Además, señala el Alto Tribunal que, el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a "cerrar la cuenta" del préstamo. Por lo que, carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución.

La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia. Por lo que, de acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el artículo 114.3 de la LH como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno.

La solución, conforme a la Directiva 93/13/CEE y que protege el interés del consumidor es que, declarada la nulidad de la cláusula que, establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

De todo lo expuesto se considera doctrina jurisprudencial consolidada[102]:

1. El interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

2. Que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

3. Que la solución, conforme a la Directiva 93/13/CEE y que protege el interés del consumidor es que, declarada la nulidad de la cláusula que, establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018, reitera de nuevo la doctrina expuesta en relación la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula de los intereses de demora en un préstamo concertado con consumidores, en dos sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de enero de 2019 señalando la primera de ellas cuyo ponente es Javier Orduña Moreno que, en relación a la aplicación del control de abusividad a los intereses de demora en préstamos concertados por las entidades financieras y sus clientes, así como sobre los efectos derivados de su declaración de abusividad, ya se ha pronunciado recientemente esta Sala en la sentencia del Pleno 671/2018, de 28 de noviembre, todo ello de acuerdo con la jurisprudencial del TJUE. En relación a la primera cuestión planteada en el recurso de casación, esto es, relacionada con la aplicación del control de abusividad de los intereses de demora nos recuerda que, ya ha sido abordado en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, y de 8 se septiembre, 705/2015 en relación con los contratos de préstamos personales concertados con consumidores y en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y, 364/2016, de 3 de junio respecto a los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. En todas ellas se consideró que, ante una falta de previsión legal

102 En esta línea, *vid*. SAP Málaga (Sección 5ª) 8 febrero 2018 (JUR 2018, 290157); SAP León (Sección 1ª) 27 febrero 2018 (AC 2018, 924); SAP Barcelona (Sección 19ª) 13 marzo 2018 (JUR 2018, 92070); y SAP León (Sección 2ª) 9 julio 2018 (JUR 2018, 264273).

que fijase de forma imperativa el criterio aplicable para el control de abusividad, el interés de demora debía consistir para no resultar abusivo en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora era fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva. De lo que, no cabe duda es la adecuación de este criterio jurisprudencial con el Derecho de la Unión Europea al ser confirmado por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, y reiterado en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018. Por lo que, en el presente caso, se entiende que, el interés de demora establecido en el 18% al ser manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, resulta abusivo. En relación a la segunda cuestión planteada en el recurso de casación, esto es, las consecuencias o efectos de la declaración de abusividad de la cláusula del interés de demora, lo procedente es, conforme a la doctrina jurisprudencial fijada en las citadas resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, declarar la nulidad de la cláusula de interés de demora, y, suprimirla completamente, al constituir una indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo de interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio que, sigue cumpliendo la función de retribuir al disposición de dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Además añade al respecto que "carece de toda lógica que, el interés remuneratorio deje de devengarse cuando transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista, de modo que, anulada la cláusula abusiva el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución". La consecuencia de lo expuesto, procede aplicar la doctrina jurisprudencial tantas veces mencionada y en consecuencia, declarada la nulidad de la cláusula de interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora, el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

En cuanto la segunda resolución de la misma fecha de 11 de enero de 2019 cuyo ponente es Francisco Javier Arroyo Fiesta y en relación con un préstamo también con garantía real, refiriéndose solo a los efectos de abusivididad de la declaración de nulidad de los intereses moratorios señala que "la desproporción entre los intereses nominales y los de demora (su abusividad y retroactividad) como en este caso, ya ha tenido una respuesta reiterada y uniforme por parte de esta sala, en sentencias 671/2018, de 28 de noviembre y 364/206, de 3 de junio. Este criterio ha recibido el referendo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos C-96/16 y C-94/17), en virtud de lo cual la abusividad genera la desaparición de la cláusula controvertida, sin posibilidad de integrarla, con los correspondientes efectos retroactivos. En este

caso, se ha provocado un notorio desequilibrio no justificado por el loable deseo de incentivar el cumplimiento, dada la insoportable carga económica producida". En cualquier caso, concluye "esta declaración de abusividad no impide que se siga devengando el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago del préstamo".

V. LOS INTERESES DE DEMORA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25

La Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[103], cuya entrada en vigor tendrá lugar el 16 de junio de 2019[104], tiene por objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europea y del Consejo de 4 de febrero de 2014 y se regulan tres aspectos diferenciados: 1. Contiene normas de transferencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el actual marco existente de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o crédito hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 2. Regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios; y, 3. Establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la misma.

Esta Ley tiene un total de 49 artículos y se estructura en cuatro Capítulos, doce disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales, así como dos Anexos, el primero referente a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el segundo al Cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE). El Capítulo I se refiere al ámbito de aplicación de esta Ley, en concreto, se dispone en el artículo 2 que "1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin construir vivienda como tal cumplen una función doméstica; b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos e inmuebles construidos,

103 BOE, número 65, 16 de marzo de 2019, pp. 26329 a 26399.

104 Disposición Final decimosexta.

siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

2. Esta Ley también será de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1.

3. Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos.

4. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo: a) concedidos por un empresario a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferir a la del mercado y que no se ofrezca al público en general; b) concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo, c) concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes, d) resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral o en un procedimiento de conciliación o mediación, e) relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o f) hipoteca inversa en que el prestamista: (i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace 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 (ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo".

Dentro del Capítulo II sección tercera se aborda la nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existe cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Así, se sustituye en relación con los intereses de demora el anterior régimen en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio fijo para su determinación. Así el artículo 25 establece que "1. En caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel

resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario".

Este precepto tiene la misma redacción que el artículo 114.3 de la LH, pues, el legislador ha optado por unificar la redacción de ambos y, así en la Disposición final primera ha modificado de nuevo la redacción del artículo 114.3 de la LH[105].

Lo cierto es que, ambos preceptos se aplican a los préstamos garantizados con hipoteca, siempre que la misma recaiga sobre bienes inmuebles de uso residencial –sea o no este inmueble la vivienda habitual- e independientemente que lo adquiera con el dinero del préstamo. En todo caso, el porcentaje que se establece de "el interés remuneratoria más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible" opera como límite máximo y mínimo, pues, se le dota de carácter imperativo[106].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, refrendado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado, recordemos, como criterio objetivo adecuado, que a falta de normas dispositivas relativas a la aplicación del interés de demora que permitieran concretarlo, el resultante de incrementar en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio del dinero y que el artículo 114.3 de la LH constituye un límite legal de carácter general en la contratación de préstamos hipotecarios, pero no un canon de abusividad, pues, esta debería ser apreciada en cada caso por el juez teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico y las circunstancias del caso concreto, con el objeto de concretar si la cláusula de interés de demora es o no "desproporcionadamente alta", por lo que, resulta necesario en cada caso –aun operando sobre la cifra señalada- analizar "la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento". Lo que no se acoge en la actual regulación ni antes –cuanto se presentó el Proyecto al Congreso para su tramitación-, pese a que se recomendó en los diversos informes que se elaboraron en relación con el Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

105 El párrafo tercero del artículo 114 de la LH queda redactado de la siguiente forma: "En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en los supuestos previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demorar contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario".
Sin embargo, en relación con la redacción del artículo 23 del Proyecto inicial existía una diferencia en la redacción, mientras que éste solo hacía referencia al contrato de préstamo, el artículo 114.3 de la LH se refiere tanto antes como ahora, al contrato de préstamo o crédito hipotecario.

106 En esta línea, Díaz Fraile, J.Mª.: "Interés de demora en los préstamos hipotecarios", cit., p. 318.

Así en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de fecha 5 de mayo de 2017 se establecía que, para la valoración de este precepto habría de tenerse en cuenta los antecedentes concurrentes. En este sentido, se decía, la delimitación de la legalidad de los intereses de demora contenidos en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria que, obviamente sirven para definir la cantidad adeudada cuyo impago desencadena el proceso de realización de valor de la garantía, resulta especialmente conflictiva en el ámbito de nuestros tribunales civiles al haber incidido sobre ellos múltiples declaraciones jurisdiccionales de abusividad. Por lo que ante esta disparidad existente entre ellas y la falta de una norma que regulara con carácter imperativo la cuestión, llevó al Tribunal Supremo, en las sentencias ya analizadas, a aplicar como límite de abusividad dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Sin embargo, una vez más señala, persisten las dudas en nuestros Tribunales de cómo integrar, en su caso, la declaración de abusividad de los intereses moratorios, existiendo diversas posturas que van desde la imposibilidad de percibir interés alguno, ni tan siquiera remuneratorios, a la de percibir éstos o incluso a la poderse reclamar el 2% adicional considerado no abusivo. Tal disparidad, nos recuerda ha determinado el planteamiento por el Tribunal Supremo, de una cuestión perjudicial. En cuanto, a la opción elegida por el legislador para regular los intereses de demora, apunta que, a diferencia de lo que ocurre a propósito de vencimiento anticipado, la Directiva sí contiene ciertas pautas sobre el particular en su artículo 28 referido a las "demoras y ejecución hipotecaria" al establecer en su apartado 2 que "los Estados miembros podrá exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de impago, esos recargo no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago". Adicionalmente, el apartado 3 establece que "3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos". Los apartados transcritos responden a dos lógicas diferenciadas. El apartado 2, insiste el informe, contempla la lógica indemnizatoria del interés de demora, atendiendo al perjuicio real que se causa al prestamista por el incumplimiento, mientras que, el apartado 3 obedece a una lógica disuasoria o punitiva permitiendo recargos adicionales que, con tal finalidad disuasoria, excedan el perjuicio económico del prestamista, si bien delimitando el valor máximo de tales recargos; de ahí que, la norma analizada carece de toda justificación en su alcance, pues fija el triple del interés legal y sin argumento o explicación alguna para justificar la falta de adecuada trasposición del mandato contenido en los referidos apartados 2 y 3 del artículo 28, sanciona con carácter imperativo un criterio que excede todas las pautas que actualmente pudieran servir como orientación sobre la materia. Y recuerda, igualmente, la existencia del tope legal que estableció el artículo 114.3 de la LH, similar al contenido en el Anteproyecto, no excluía el potencial carácter abusivo de aquellos intereses moratorios que respetaran tal limitación, pues, en definitiva,

podría resultar desproporcionadamente alto para el consumidor. El Anteproyecto veda tal posibilidad, pues sanciona con carácter imperativo y por ende, imposibilita su puesta en cuestión por el consumidor, porque la citada jurisprudencia apoyada en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideraba que pudiera resultar abusivo. En este sentido, continúa manifestando que, no se expone ni se alcanza a comprender cuál sea la razón en función de la cual el perjuicio económico causado a la entidad de crédito con la demora se sitúe en el límite que fija el Anteproyecto. Máxime teniendo en cuenta que en el actual precio del dinero ronda el 0%, de forma que los costes de refinanciación de la deuda impagada –con los que *a priori* se pueden identificar los daños reales del prestamista- no excederán en mucho tal porcentaje. Por otro lado, una de las regulaciones de los intereses moratorios que forman por base el interés legal y no el remuneratorio pactado, es el de la demora a favor de la Hacienda Pública que, está fijado en el 125% de dicho interés legal, es decir, en la actualizad el 3,75%. Interés muy lejano al del 300% que contiene la norma del Anteproyecto. Por lo que, en definitiva, concluye debe reconducirse la norma apuntada bien a las pautas establecidas por el Tribunal Supremo en la jurisprudencia citada, bien a otros criterios que, en todo caso, deberán justificar razonadamente, tal como exige la Directiva, el componente indemnizatorio y el componente punitivo que en ellas se contenga[107].

Por su parte, el Consejo de Estado en su Dictamen de 14 de septiembre de 2017 coincide con las consideraciones realizadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, afirmando que, la posición adoptada por el legislador se aparta de la línea jurisprudencial fijada en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y de 3 de junio de 2016, sin que se conozcan cuáles han sido las razones que han llevado a concluir que el perjuicio causado al prestamista se sitúa en el límite del tiple del interés legal del dinero, que considera "a todas las luces resulta excesivo", especialmente si se tienen en cuenta que, la modificación del artículo 114.3 de la LH que, se aborda en la Disposición Final primera establece la referencia al triple del interés legal del dinero como un límite superior y no como porcentaje a aplicar en todo caso, solución que parece más razonable. Por ello, entiende el Consejo de Estado que, lo correcto es fijar el límite en los términos cómo en la jurisprudencia se venía haciendo y se recoge habitualmente en las escrituras de préstamo hipotecario –dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado-; de no optarse por esta solución, al menos fijar un tope máximo al interés de demora –en el sentido del vigente artículo 114 de la LH-, o, en fin, de proceder a su determinación, distinguiendo entre un componente indemnizatorio –al que se refiere el artículo 28.2 de la Directiva que se pretende trasponer que, exige que los recargos al consumidor en caso de impago no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes

107 Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de mayo de 2017, apartados 177 a 191, pp. 62-65.

que le acarree el impago-, y un componente punitivo –que admite el apartado 3 del mismo artículo 28 que, admite recargos adicionales, siempre que los Estados miembros establezcan su valor máximo-[108].

Durante la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados se plantearon al texto presentado al Congreso de los Diputados el 14 de noviembre de 2017 un total de siete enmiendas por los diferentes Grupos Parlamentarios del Congreso[109]. En todas ellas, se proponía o bien fijar en dos puntos sobre el interés remuneratorio y que se devengue sobre el principal vencido y pendiente de pago, o bien suprimir el carácter imperativo de la norma[110]. En el Informe de la

108 Dictamen del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 14 de septiembre de 2017, p. 29.

109 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-1, pp. 1-41.

110 En la enmienda número 50 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem- En Marea propone como redacción del artículo 23 el siguiente texto: "1. En el caso de préstamo celebrado por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles, para uso residencial, el interés de demora será en todo caso de dos puntos sobre el interés remuneratorio, si lo hubiera. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre las cuotas pendientes de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario". Justificación: se opera en la línea con lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentuales de interés de demora que, resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se han hecho referencia. En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el artículo 114.3 h) 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 el criterio objetivo, no encontramos razones para la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales. Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que, en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente en mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y, de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de interés de demora, ya advertimos en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 que "resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicará un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio actual. Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta Sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, ni impide que se siga aplicando el interés remuneratorio pactado". Por lo tanto, fijar los intereses de demora en 2 puntos sobre el interés remuneratorio de cada cuota vencida y no pagada, no del total del préstamo pendiente máxime cuando no se sabe cuál es el afán de fijar el tipo de demora en el triple del interés del dinero cuando actualmente el precio del dinero es 0% de forma que los costes de refinanciación de la deuda impagada (daños reales del prestamista) no excedan mucho del tipo (0%)" (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 137-139); la enmienda número 110 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista propone que la redacción del artículo 23 sea que "1. (…) el interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo a largo del periodo en el que aquel resulte exigible en más de dos puntos. Los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago en el momento de la reclamación. Motivación: es coherente con lo establecido por el TS en diversas sentencias y con la previsión del artículo 576 de la LEC, así como el TJUE que indica que, el interés de demora debe ser disuasorio de forma que no incentive al deudor a incumplir, pero proporcional al gasto y perjuicio efectivo que se causa al prestamista (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 204-205); la enmienda números 171, 172 y 173 del Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana propone en la primera modificar el apartado 1 del artículo 23 y poner que: "1. En el caso de préstamo que se haya declarado vencido anticipadamente por la entidad prestamista por la existencia de cuotas de amortización impagadas y que ha sido otorgado por un persona física..". Justificación: se propone la supresión de la expresión concluido que induce a error por cuanto se refiere a los casos en que la entidad financiera haya ejercitado la faculta de vencimiento anticipado, asimismo no existe razón alguna para que el citado interés de demora se aplique sobre la totalidad del capital endiente de amortización del prestamos, sino solo sobre la totalidad del importe de las cuotas de amortización impagadas; en el enmienda 172 propone modificar, de nuevo el apartado 1 del artículo 23 suprimiendo la referencia al triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo….

Ponencia se aprobó por mayoría la enmienda transaccional número 24 procedente de las enmiendas 110 del Grupo Parlamentario Socialista y la número 229 del Sr. Campuzano i Canadés (GMx)[111]; y en el Dictamen emitido por la Comisión de Economía Empresa se modificó el número del artículo, ahora corresponde al número 25[112], y se propuso en los términos aprobados por la Ponencia como redacción del citado precepto la siguiente: "1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario"[113].

En su tramitación en el Senado se presentaron un total de cinco enmiendas al citado artículo 25. Si bien, mientras Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana en su enmienda número 38 proponía, en línea con el texto aprobado por el Congreso, el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible[114]; y, asimismo, solicitaba la supresión de la necesidad de que el préstamo o crédito estuviera concluido; sin embargo, en la enmienda número 73 de Don Carles Mulet García y Don Jordi Navarrete Pla, pertenecientes al Grupo Mixto, se proponía añadir un punto 3 al artículo 25 en el que se concretase que el "interés de demora será igual al interés remuneratorio o

Justificación: de acuerdo con la jurisprudencia del TS; y, en la enmienda número 174 se modifica el apartado 2 del artículo 23 optando por suprimir la imperatividad. Así se propone la siguiente redacción "2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo admitirán pacto en contrario siempre y cuando sea para establecer el mismo por debajo de límite de 2 puntos sobre el remuneratorio pactado y como máximo el triplo del interés legal del dinero" (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 258-260); la enmienda número 194 del Grupo Parlamentario Ciudadanos propone como nuevo texto el siguiente: "1. En el caso de préstamos concluido por un consumidor que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será como máximo, de dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado (…). 2. Todo pacto que contravenga las reglas previstas en el apartado anterior, en perjuicio del consumidor, será nulo de pleno derecho, y no producirá efectos, suponiendo, en todo caso, la pérdida del derecho del prestatario al cobro de los intereses moratorios". Justificación: se acoge el criterio de protección de los consumidores sentado por la Sala Primera del TS (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, p. 289; y, la enmienda número 229 del Grupo Parlamentario Mixto –Carlos Campuzano i Canadés- se propone sustituir el triple por será como máximo el doble. Justificación: en línea con la jurisprudencia del TS (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 318-319).

111 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-4, 11 de diciembre de 2018, p. 21.

112 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-5, 19 de diciembre de 2018, pp. 1-71.

113 La Disposición Final Primera se modifica de nuevo el artículo 114.3 de la LH, dándole la misma redacción que al artículo 25.

114 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 97. Asimismo, este Grupo Parlamentario proponía en su enmienda número 39 la modificación del apartado 2 disponiendo al efecto que, las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo si admitieran pacto en contrato siempre y cuando sea para establecer el mismo pro debajo del límite de 2 puntos sobre el remuneratorio pactado y como máximo el triplo del interés legal del dinero (BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, pp. 97-98).

al interés legal del dinero, sin añadidos"[115]; y, Don Francisco Javier Alegre Buxeda, Don Luis Crisol Lafront, Don Tomás Marcos Arias y Doña Lorena Roldán Suárez, todos pertenecientes también al Grupo Mixto en su enmienda número 53[116], al igual que, el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en su enmienda número 99 seguían manteniendo el interés de demora en dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado, si lo hubiera –añadía el Grupo de Unidos Podemos-, en la línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las enmiendas propuestas por este mismo Grupo Parlamentario Unidos Podemos durante su tramitación en el Congreso de los Diputados[117]. Ni en el Informe de la Ponencia[118] ni en el Dictamen de la Comisión[119] se varía el texto del artículo 25, no admitiéndose ninguna de las enmiendas propuestas.

Se establece importante modificaciones respecto de tal inicial redacción del artículo 25 –antiguo artículo 23-[120]:

1. La aplicación de este precepto alcanza a los créditos y préstamos hipotecarios concluidos, antes solo a éstos últimos. Con ello alcanza a ambos instrumentos crediticios –lo que no hace de forma tan completa en otros apartados del articulado del Proyecto-.

2. Como referencia para determinar la abusividad del interés de demora en lugar de utilizar el criterio objetivo "del triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible", ahora "el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible". Se sustituye el interés legal por el interés remuneratorio y en vez de optar por los dos puntos porcentuales que fija el Tribunal Supremo en las sentencias analizadas y ratificado por el Tribunal de

115 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 136.

116 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 118.

117 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 164.

118 BOCG, Senado, número 335, 4 de febrero de 2019, pp. 1-74 (en particular, p. 34).

119 BOCG, Senado, número 331, 5 de febrero de 2019, pp. 1-68 (en particular, p. 27).

120 El artículo 23 dispone: "1. En el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario".
Por su parte, el artículo 251.6 de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio de Código de consumo de Cataluña para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo establece: "4. En los contratos de crédito y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Los que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato".
Coinciden ambos en la fijación del triple del interés legal del dinero; si bien, como diferencia entre ambas legislaciones, es que, para el Código de consumo catalán ha de tratarse del interés legal que esté vigente en el momento de la firma del contrato, en lugar de como establece la normativa estatal, que ha de tratarse el interés legal vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible.

Justicia de la Unión Europea en sentencia de 7 de agosto de 2018, se concreta en tres. Se asume en parte la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En todo caso, el límite de tres puntos porcentuales representa un límite máximo, y no un límite máximo y mínimo –esto es no tiene ese doble carácter-, por lo que es posible pactar, en la línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, un interés de demora de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Ciertamente, si es posible acordar con la entidad financiera la no fijación de un interés de demora, porque no puede ser también posible pactar un interés por debajo de los mencionados tres puntos porcentuales, sin que se considere tal acuerdo abusivo, atendiendo a que el límite dispuesto en el artículo 25 actúa como límite máximo.

3. Siendo abusivo el interés de demora, y por tanto, se entiende nulo y la cláusula se tiene por no puesta. En la línea del Tribunal Supremo se sigue devengando el interés remuneratorio, sin embargo, se modifica el criterio de devengo respecto de la inicial redacción del Proyecto, antes "los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago", ahora se dispone que "el interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago", con lo que se reduce la cantidad sobre el que se aplica el interés remuneratorio, favoreciendo al consumidor. No abarca la totalidad del interés pendiente de pagar y aún no vencido, ahora se impone doble exigencia: vencimiento y pendiente de pago. Por lo que, si el prestamista ha hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, y aunque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista; sin embargo, conforme a tal regulación anulada la cláusula abusiva el interés remuneratorio continúa solo devengándose respecto del capital vencido y pendiente de devolución, no por todo el capital pendiente de devolución.

De todas formas, conviene señalar que, el vencimiento anticipado también opera sobre cuotas vencidas y no pagadas. Así el artículo 24 dispone que, para que tenga lugar el vencimiento anticipado resulta necesario que concurran conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido

este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses. c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

4. A efectos terminológicos se opta por el singular en vez del plural para referirse a los intereses moratorios

5. Coinciden ambas regulaciones en imponer el carácter imperativo a la norma, al disponer que "Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario". No obstante, resulta redundante esta referencia a su carácter imperativo, pues, ya nos dice el artículo 3.1 que las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes, salvo que la norma establezca expresamente lo contrario. Quizá el legislador español cuando determinó el carácter imperativo de las normas en esta Ley tenía en mente el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que establece que: "las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones y los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son partes, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Por otra parte, conviene recordar que, el apartado 2 del artículo 28 de la Directiva 2014/17/UE establece que: "los Estados miembros podrá exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago"; y, el apartado 3: "3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos". El primer recargo tiene una lógica indemnizatoria, en tanto que, el segundo otra distinta de tipo punitivo o disuasorio[121]. Sobre tal base legal, lo que hace el artículo 25 es, por un lado, establecer a través de una norma imperativa que, el interés de demora será "el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a los largo del periodo en que aquel resulte exigible", excluyendo con ello la posibilidad de pactar una cifra menor; y que solo podrán devengarse el interés remuneratorio sobre el principal

121 Diaz Fraile J.M.: "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario", cit., p. 318.

vencido y pendiente de pago –no como en la inicial redacción por el principal pendiente de pago- cuando se declare nula y por no puesta la cláusula de interés de demora declarada abusiva; por otro lado, se impide el control de abusividad de tales cláusulas de interés moratorios al contenerse en norma imperativa, pues, el artículo 1.2 de la Directica 93/13/CEE establece al respecto que "las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas… no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva" y, en consecuencia, se podría dar el caso que, aun cumpliendo con el límite legal fijado para los intereses de demora o, incluso, fijando una cantidad menor, se causase, sin embargo, un "desequilibrio importante" al consumidor, no pudiendo declararse abusivas tales cláusulas; y, en fin, se puede autorizar imponer al prestamista por las legislaciones de los Estados miembros recargos adicionales tal como establece la Directiva 2014/17/UE, si bien, aquéllas deben limitarse a establecer "el valor máximo de tales recargos" que, podrán acordarse cuando las partes lo convengan de mutuo acuerdo en el supuesto mora o retraso en el cumplimiento de la obligación en el máximo legal establecido. Por lo que pueden pactarse o no tales recargos por mora. Sin embargo, el legislador opta por fijarlos ya de antemano, sin dejar margen al acuerdo y, además, determina su cuantía máxima. Lo que resulta criticable, pues, como señala TRUJILLO CABRERA "si la norma priva a las partes de la posibilidad de elegir no establecer recargos para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación, flaco favor está haciendo a la tutela del prestatario que debe recordarse es la finalidad de una Directiva que pretende "implantar, de cara al futuro, mercados responsables y fiables y restablecer la confianza de los consumidores"""[122]. Por lo que, coincidiendo con DÍAZ FRAILE quizás "debería configurarse la norma como dispositiva, aplicable en defecto de pacto y sin perjuicio de éste, permitiendo así que pueda pactarse una cifra inferior en beneficio del deudor y de la competencia entre las entidades financieras"[123].

6. A diferencia de la unificación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues, se aplica el mismo límite máximo de intereses de demora de dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado tanto a los préstamos hipotecarios como a los préstamos personales, en esta Ley el interés de demora se aplica a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como

122 Trujillo Cabrera C.: "Los intereses de demora en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coords. por R. Sánchez Lería y L. Vázquez Pastor Jiménez), Reus, Madrid, 2018, p. 242.

123 Diaz Fraile J.M., "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario", cit., p. 318.

trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin construir vivienda como tal cumplen una función doméstica; b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos e inmuebles construidos, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora. Esto es se aplica a los consumidores y al empresario persona física, además de al fiador o garante persona física.

7. Se ha unificado la redacción del artículo 25 y del artículo 114.3 de la LH. De todas formas, recordemos que, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, refrendada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala que el artículo 114.3 de la LH constituye un límite legal de carácter general en la contratación de préstamos hipotecarios, pero no un canon de abusividad, pues, esta debería ser apreciada en cada caso por el juez teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico y las circunstancias del caso concreto, con el objeto de concretar si la cláusula de interés de demora es o no "desproporcionadamente alta", por lo que, resulta necesario en cada caso –aun operando sobre la cifra señalada- analizar "la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento". Lo que no se acoge en la actual regulación.

Ciertamente con la aprobación de la Ley no se ha optado por la línea con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo que no impide que se pueda aplicar, no siendo por ello abusiva dicha cláusula de interés de demora, ni por la naturaleza dispositiva de la norma. En el fondo, con la imperatividad impuesta en esta Ley se quiere reducir al máximo la litigiosidad.

BIBLIOGRAFÍA

Adán Domench, F.: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona 2017.

Agüero Ortiz, A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 19, 2016, pp. 209-2016.

Alfaro Águila-Real, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991.

Ballugera Gómez, C.: "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", *LA LEY,* año XXXV, núm. 8330, 11 de junio de 2014, pp. 1-10.

De Verda y Beamonte, J.R., "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", *Cuestiones de interés jurídico,* IDIBE, junio 2016, pp. 1-10.

Díaz Fraile, J.Mª.: "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el derecho comunitario", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, número 2, abril-junio 2018, pp. 293-320.

Gudín Rodríguez-Magariños, A.E.: "La desviación del valor nominal de los intereses moratorios en los préstamos para la adquisición de vivienda tras la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016", *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 2, febrero 2017 (versión digital), pp. 1-22.

Monserrat Valero, A.: "Los intereses garantizados por la hipoteca", *Anuario de Derecho Civil,* t. LII, fasc. I, enero-marzo, 1999.

Múrtula Lafuente, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012.

Olivera Romero, A.: "Consecuencias erróneas en la abusividad del interés de demora", *Diario La Ley,* número 9018, sección Tribuna, de 11 de julio de 2017, pp. 1-5.

Ordás Alonso, M.: *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004.

Pertiñez Vilchez, F. J.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013 (julio), pp. 1-28.

Redondo Trigo F.: "Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, septiembre-octubre 2015, pp. 3018-3028.

Rodríguez Cárcamo, J.M.: "El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios prevista por la Ley 1/2013", *Diario La Ley*, núm. 8498, sección Tribuna, de 11 de marzo de 2015, pp. 1-5.

Serrano Chamorro, Mª. E.: "¿Cómo valoramos los intereses de demora por el impago de la hipoteca?, *Actualidad Civil,* número 10, octubre 2013, pp. 1-19.

Soler Solé, G.: "Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía", *Diario La Ley,* número 8805, sección Tribuna, 18 de junio de 2016, pp. 1-9.

Trujillo Cabrera, C.: "Los intereses de demora en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, (coords. por R. Sánchez Lería y L. Vázquez Pastor Jiménez), Reus, Madrid 2018.

LESIONI ALLA SALUTE DEL PAZIENTE E RESPONSABILITÀ DEL MEDICO DI MEDICINA GENERALE (O DEL PEDIATRA) E DELL'ASL*

DAMAGE TO THE PATIENT'S HEALTH AND RESPONSIBILITY OF THE GENERAL PRACTITIONER (OR OF THE PEDIATRICIAN) AND OF THE LOCAL HEALTH AUTHORITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 306-343

* Lo scritto, ampliato e con l'aggiunta delle note, rielabora la relazione svolta al Convegno *Le nuove frontiere della responsabilità medica,* organizzato presso il Senato della Repubblica, Sala I.S.M.A., Roma, il 10 maggio 2017

Anna
MALOMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Con la l. 8 marzo 2017, n. 24, in tema di "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", si sancisce la responsabilità anche in capo alle Asl, che, nell'adempimento delle loro prestazioni (assistenza sanitaria convenzionata) nei confronti delle persone-utenti-pazienti, si avvalgono dell'opera di esercenti la professione sanitaria (pur scelti dal paziente, ma nell'àmbito dell'organizzazione del servizio convenzionato predisposto dalla struttura stessa). In tal maniera si giunge a garantire anche nei rapporti convenzionati in maniera ragionevole la tutela di un diritto fondamentale della persona umana, qual è la salute (art. 32 cost.). Un approccio teleologico pienamente da apprezzare e attuare al fine di garantire che, a fronte di un interesse leso, specie se di natura non patrimoniale, primariamente meritevole di tutela, si realizzi e si attui una riparazione integrale.

PALABRAS CLAVE: Responsabilità medica; medico di base; Asl; tutela della salute; rapporto.

ABSTRACT: *Due to the law no. 24 of 8th of March 2017, in the field of "Provisions on safety of care and professional liability of the health profession practitioner", the responsibility of the Local Health Authorities too is sanctioned. Such Local Health Authorities in delivering their cares (National Health Insurance) to the patients/users/persons, make use of health profession practitioners (chosen by the patient, but within the organization of the insurance service established by this facility). This reasonably ensures, even for the supply of services regulated by some specific agreements, the protection of a fundamental right of the person which is the health (art. 32 of the Constitution). A teleological take, to be fully evaluated and implemented in order to ensure that, in the face of a negatively affected interest, especially if not patrimonial and thus primarily deserving protection, a full compensation would be carried out.*

KEY WORDS: *Medical malpractice; general practitioner; Local Health Authorities; health protection; relationship.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.– II. CATEGORICITÀ DELL'OBBLIGO DI ASSISTENZA SANITARIA.– III. RUOLO DEL MEDICO DI BASE (E DEL PEDIATRA).– IV. NATURA DEL RAPPORTO TRA MEDICO DI MEDICINA GENERALE O PEDIATRA E ASL DI COMPETENZA.– V. RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE DEL MEDICO DI BASE (E DEL PEDIATRA): MUTAMENTO DI ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE CIRCA LA RESPONSABILITÀ CONFIGURABILE ANCHE IN CAPO ALLA ASL E SUO AVALLO AD OPERA DELLA RIFORMA LEGISLATIVA DEL 2017.

I. PREMESSA

Nella consapevolezza della necessità della riparazione integrale a fronte della lesione di interessi fondamentali della persona[1], si affronta un profilo peculiare emergente dalla recente normativa in tema di responsabilità medica[2], ovverosia

1 Infatti, quel che interessa è non l'arroccarsi su nozioni tralaticiamente preconizzate, come la netta distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale (in tal senso, cfr. Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, spec. pp. 1062 ss. e 1076 ss.; prima ancóra, Id.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, p. 284; e, piú di recente, Id.: "Conclusioni", in Valentino, D. (a cura di): *La riforma del* code civil*: una prospettiva italo-francese*, Esi, Napoli, 2018, p. 241, ove il Maestro sottolinea che «piú che prospettare una netta separazione tra precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale, va assecondato l'orientamento anche giurisprudenziale che mostra attenzione verso una responsabilità misurata sulla situazione concreta»), al pari di quanto si costata circa l'inammissibilità della funzione sanzionatoria in ragione di una vigenza nel sistema della responsabilità civile della sola funzione riparatoria-risarcitoria – proprio in quanto le funzioni della responsabilità civile sono molteplici, sí da non poterle limitare a quella riparatoria o compensativa, poiché si perseguono anche quella sanzionatoria o punitiva, deterrente o preventiva: cosí Salvi, C.: "Il paradosso della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 ss., il quale ne individua una decina di funzioni; Id.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, p. 11 ss.; Busnelli, F.D.: "Illecito civile", in *Enc. giur.* Treccani, XV, Treccani, Roma, 1991, p. 6; Alpa, G., Bessone, M. e Zeno-Zencovich, V.: *I fatti illeciti*, 2, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 14.VI, Utet, Torino, 2006, p. 26 s.; Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115 ss., spec. p. 119 s.; Malomo, A.: *Responsabilità civile* e *funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2017, p. 42 ss. e, *ivi*, p. 79 s., la nota n. 150 – che sembrano garantire la certezza del diritto, quanto attuare la giustizia, realizzabile soltanto quando ci si propone di trovare a quel caso concreto la soluzione la piú adeguata che prescinde da "pre-concetti", che si mostrano essere fuorvianti rispetto alle istanze di giustizia alle quali ottemperare (in merito, *vid.* Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, pp. 22 ss., 36 ss., 104 ss., 111 ss., 136 ss.; Id.: *Portalis* e *i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018, p. 57 ss.).

2 In tema di responsabilità medica, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: Alpa, G.: "La responsabilità medica", *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 15; Stanzione, P.: "Attività sanitaria e responsabilità civile", *Danno resp.*, 2003, p. 693; Amodio, C.: "Responsabilità medica", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Milano, 2003, p. 1175; Princigalli, A.M.: "La responsabilità medica: da un sistema flessibile a un sistema rigido", in *Comm. c.c.* diretto da E. Gabrielli, Carnevali, U. (a cura di): *Dei fatti illeciti*, sub *art. 2043 c.c.; art. 96 c.p.c.*, I, Utet, Torino, 2011, p. 462; Hazan, M. e Zorzit, D.: *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffré, Milano, 2013, *passim*; Aleo, S., De Matteis, R. e Vecchio, G.: *Le responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, Padova, 2014, *passim*; Nazzaro, A.C.: "Linee guida e indagine in concreto della colpevolezza del sanitario", *Corti fiorentine*, 2016, 3, p. 3 ss.; Zana, M.: "Il doppio binario della responsabilità, tra contrattualità ed extracontrattualità. Le novità del disegno di legge Gelli", *ivi*, 2016, 3, p. 19 ss. Sulla novella legislativa in tema di responsabilità medica, v.: Alpa G.: "*Ars interpretandi* e responsabilità sanitaria a séguito della nuova legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.*, 2017, p. 728 ss.; Masieri, C.: "Novità in tema di responsabilità sanitaria", *Nuova giur. civ. commentata*, 2017, p. 752 ss.; De Santis, A.: "La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco",

• Anna Malomo
Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Salerno. Correo electrónico: amalomo@unisa.it

la responsabilità della struttura sanitaria (l'Azienda sanitaria locale, di séguito Asl, competente per territorio) al delinearsi di un danno provocato dal medico di medicina generale o dal pediatra che si configura quale responsabilità contrattuale, secondo il ragionevole intento di sanzionare un suo comportamento professionale negligente allorquando questi abbia cagionato la lesione piú grave alla persona-paziente, quale la perdita della vita[3], o altra lesione fortemente inficiante la sua salute, quale uno dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti *ex* artt. 2 e 32 cost.[4].

Con riferimento, in particolare, alla responsabilità medica riformata dal legislatore agli inizi del 2017, ci si intende occupare di quanto disposto in particolare nell'art. 7, commi 1 e 2, l. n. 24 del 2017, c.d. "legge Gelli-Bianco"[5], ove si sancisce, in caso di lesioni perpetrate ai loro pazienti dagli esercenti la professione sanitaria in convenzione, oltre alla loro personale responsabilità anche quella dell'Asl di appartenenza. Le Asl, infatti, nell'adempimento delle loro prestazioni – tra queste, l'offrire assistenza sanitaria convenzionata alle persone presenti sul territorio di

Studium iuris, 2017, p. 790 ss.; Franzoni, M.: "La nuova responsabilità in ambito sanitario", *Resp. med.*, 2017, p. 5 ss.; di particolare interesse, le osservazioni svolte da Tullio, L.: "«Nuovi» profili della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria nella l. n. 24/2017", *Riv. giur. Molise Sannio*, 2017, 2, p. 112 ss.; in chiave fortemente critica, Pardolesi, R. e Simone, R.: "Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)", *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.; nonché sempre Pardolesi, R.: "Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria", *Danno resp.*, 2017, p. 261 ss.; Busnelli, F.D.: "1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute", in Di Ciommo, F. e Troiano, O. (a cura di): *Giurisprudenza e Autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Piacenza, 2018, p. 857 ss. Una puntuale disamina della novella legislativa la si rinviene in Stanzione, P., Sica, S. e Meoli, B. (a cura di): *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Esi, Napoli, 2018, *passim*. Per una ricostruzione della tematica *pre* e *post* Gelli-Bianco, cfr. Marucci, B.: *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2018, p. 115 ss.

3 Sul tema, si consenta il rinvio a Malomo, A.: "Perdita della vita e riparazione integrale", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 384 ss.

4 In merito, cfr.: Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 64 s., 230 ss., 312 ss.; Grossi, P.: *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili dell'uomo nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, *passim*; Barbera, A.: "Art. 2", in *Comm. cost. it.* Branca, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1975, *passim*; Barile, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, *passim*; Baldassarre, A.: "Diritti inviolabili", in *Enc. giur.* Treccani, XI, Treccani, Roma, 1989, *ad vocem*; Pace, A.: *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, *passim*, e *Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, *passim*; Panebianco, M.: "*Jura humanitatis*, diritti umani e «nuovi» diritti fondamentali", *Jus*, 2000, p. 120 ss.; Bianca, M.L. e Catelani, A. (a cura di): *Giusnaturalismo e diritti inviolabili dell'uomo*, Università degli Studi di Siena. Facoltà di Lettere e Filosofia di Arezzo, Arezzo, 2009, *passim*; Ruggeri, A.: "La tutela multilivello dei diritti fondamentali tra esperienze di normazione e teorie costituzionali", *Pol. dir.*, 2007, p. 317. Sul diritto alla salute e sulla sua inviolabilità perché strettamente inerente alla persona umana, fra le molteplici, cfr.: Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. cost.*, 1979, p. 656; Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss.; Corte cost., 31 ottobre 2008, n. 354, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3906 ss., con specifico riferimento al consequenziale diritto alle cure mediche in considerazione delle condizioni economiche del malato e delle esigenze di bilancio dello Stato. *Vid.* anche Corte cost., 2 aprile 2009, n. 94, *ivi*, 2009, p. 833 ss.

5 Art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *G.U. 17 marzo 2017, n. 64*. Per i primi commenti sulla disciplina normativa, *vid.* Astone, A.: "Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)", *Nuova giur. civ. commentata*, 2017, p. 1115 ss.; Faccioli, M.: "La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "legge Gelli-Bianco"): profili civilistici", *Studium iuris*, 2017, p. 781 ss.; Scognamiglio, C.: "Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria", *Corr. giur.*, 2017, p. 740 ss.; Sica, S. e Meoli, B.: "*sub* art. 7", § 1, in Stanzione, P., Sica, S. e Meoli, B. (a cura di): *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 110 ss.

loro competenza – si avvalgono dell'opera di medici convenzionati, noti ai piú come medici di medicina generale (*i.e.*: di base) e pediatri.

Costoro, seppur scelti dai singoli assistiti, lo sono sempre nell'àmbito dell'organizzazione del servizio convenzionato predisposto dalla Asl[6].

In tal maniera si giunge a garantire anche nei rapporti convenzionati, in maniera ragionevole, la tutela di un diritto fondamentale della persona umana, qual è la salute (art. 32 cost.) allorquando risulti leso.

Si è configurato un doppio regime di responsabilità: 1) la responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., del medico di medicina generale e del pediatra, come si evince dal comma 3 dell'art. 7 della legge in questione, riuscendo cosí ad accantonare l'opinabile teoria del c.d. «contatto sociale»[7]; e 2) la responsabilità contrattuale, *ex* art. 1228 ss. c.c., della Asl di competenza per i danni derivanti dalle condotte dolose o colpose dei medici di medicina generale e dei pediatri (ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 2, l. cit.), finora in giurisprudenza quasi sempre esclusa[8].

Cosí prevedendo, alla persona danneggiata che intende agire nei confronti dell'Asl basterà dimostrare la violazione degli obblighi assunti da parte della struttura e la lesione subita; là dove volesse promuovere l'azione civile nei confronti del medico convenzionato sarà onere di chi accusa, la persona danneggiata appunto, provare ogni elemento del fatto ingiusto, inclusi il dolo o la colpa del medico di medicina generale o del pediatra.

Si tende, in tal maniera, ad evitare il prodursi di ricorsi meramente pretestuosi contro i medici generici e i pediatri e dei rischi connessi alla c.d. «medicina

6 V., *infra*, la nota n. 38.

7 Secondo la quale l'obbligazione sorge per via dell'affidamento che il paziente ha posto nelle capacità professionali dell'agente (nel caso in oggetto, dal medico), sí che l'adempimento non è pretendibile – *ergo* ci si troverebbe dinanzi ad una «obbligazione senza prestazione» – ma, al verificarsi del «contatto sociale», il medico-debitore sarà responsabile per le lesioni al primo cagionate per via dell'inadempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1218 c.c. In tal senso, cfr.: Castronovo, C.: "L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffré, Milano, 1995, p. 147 ss., spec. p. 186 ss.; Id.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006, p. 443 ss.; nonché, per una panoramica sulla tematica, Rossi, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, *Aggiorn.*, V, Utet, Torino, 2010, p. 346 ss. *Vid.* anche, *infra*, le note nn. 76 e 79 s. Per un'analisi critica della responsabilità da "contatto sociale", cfr. Barcellona, M.: "L'«ingiustizia» del danno e il doppio regime della responsabilità", in *Comm. c.c.* diretto da E. Gabrielli, Carnevali, U. (a cura di): *Dei fatti illeciti*, sub *art. 2043 c.c.; art. 96 c.p.c.*, cit., p. 100 ss.; Visintini, G.: "Inadempimento e mora del debitore, *sub* artt. 1218-1222", in *Comm. c.c.* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffré, Milano, 2006, p. 40 ss.; Zaccaria, A.: "*Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakt* (La resistibile ascesa del "contatto sociale")", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss.; Id.: "La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero", *ivi*, 2015, p. 344 ss.; Venosta, F.: "Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 109 ss. Di superamento di tale teoria con l'avvento della novella in tema di responsabilità sanitaria del 2017 discorre Masieri, C.: "Novità in tema di responsabilità sanitaria", cit., p. 752 s.; di recente, ancóra una volta e sempre fortemente critico, Zaccaria, A.: "La "teoria" del "contatto sociale"", *Studium iuris*, 2018, p. 592 ss.

8 Sull'orientamento giurisprudenziale divergente sul punto, si rinvia alle note nn. 12 e 35-37.

difensiva»[9], ma ad un tempo garantire un risarcimento adeguato per i pazienti lesi dall'operato di costoro.

Il *quantum damni* si determina sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 c. ass. priv.[10], in ragione della concomitante previsione obbligatoria della copertura assicurativa di spettanza delle Asl, sia per i medici di medicina generale e i pediatri sia per esse stesse secondo quanto disposto all'art. 10, comma 1, l. Gelli-Bianco, senza tuttavia trascurare la condotta del medico coinvolto: ciò implica sempre una quantificazione del danno *ad hoc* in ragione dell'interesse leso in quel caso concreto. È altresí prevista l'azione diretta del danneggiato nei confronti delle imprese di assicurazioni ai sensi dell'art. 12, l. cit.[11]. Infine, l'azione civile deve essere preceduta, a pena di improcedibilità, dal ricorso per consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. oppure dal procedimento di mediazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010.

II. CATEGORICITÀ DELL'OBBLIGO DI ASSISTENZA SANITARIA

Preliminarmente si rivela opportuno indicare i fondamenti costituzionali, europei e internazionali che legittimano la soluzione adottata dal legislatore nel configurare, accanto alla responsabilità del medico di base o del pediatra, da sempre riconosciuta, ma con esiti non sempre felici[12], la responsabilità in capo alle

9 Si è voluto cosí porre rimedio a tale annoso problema come anche nel sistema ordinamentale francese: in merito, cfr. Klesta, L.: "La responsabilità medica in Francia: l'epilogo di un percorso movimentato?", *Nuova giur. civ. commentata*, 2013, II, p. 479 ss.; sul punto v., *infra*, anche la nota n. 74. Per profili similari nel sistema statunitense (e ivi noti sin dagli anni '70 del secolo scorso: cfr. Priest, G.L.: "The current insurance crisis and modern tort law", *Yale L. J.*, 1987, 96, p. 1524); Studdert, D.M.: "Defensive Medicin Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment", 286 JAMA, 2609 (2005); Sage, W.M. e Kersh, R. (a cura di): *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, Cambridge University press, Cambridge, 2006, p. 9 ss.; Zeno-Zencovich, V.: "Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento", *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 297 ss. Per una panoramica comparatistica sulle svariate soluzioni rinvenibili negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, *vid.* altresí Lo Voi, V.: "La responsabilità professionale del medico tra contratto e torto: spunti comparatistici", *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1053 ss. Spunti interessanti si rinvengono anche in Ponzanelli, G.: "*Medical malpractice*: la legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.*, 2017, p. 356 ss.

10 Sul punto, *vid.* Ponzanelli, G.: "L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle Assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive", *Nuova giur. civ. commentata*, 2013, p. 145 ss.; Id.: "La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa", *Danno resp.*, 2016, p. 816 ss., e spec. p. 819 s., il quale mostra diverse perplessità su tale estensione.

11 Un'utile indagine sul tema dell'assicurazione si rinviene in Gazzara, M.: *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Esi, Napoli, 2016, p. 56 ss. Con specifico riferimento a quanto disposto nella legge Gelli-Bianco, *vid.* Monticelli, S.: "Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24", in Volpe, F. (a cura di): *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 147 ss.

12 La scarsa giurisprudenza avutasi negli anni ha ampiamente dimostrato un'inadeguatezza della tutela risarcitoria per il paziente (in merito, cfr.: Pret. circ. Forlí, sez. dist. Cesena, 27 gennaio 2000, in *www.dannoallapersona.it.*, nell'accertare la responsabilità del pediatra a séguito di omessa visita domiciliare per erronea diagnosi a distanza di virus intestinale e consequenziale decesso di una bambina per intossicazione da salmonella e quindi favorevole nel riconoscere una responsabilità anche in capo all'Asl; Cass. pen., 11 ottobre 2011, n. 36602, in *Ragiusan*, 2012, f. 333, p. 188 ss., ove si ravvisa la responsabilità professionale del pediatra nella mancanza di richiesta di approfondimenti e indagini specialistiche in grado di pervenire alla diagnosi tumorale e alla tempestiva attuazione di intervento risolutivo con prognosi favorevole nella quasi totalità dei casi, per via della natura benigna del tumore; respinge invece del tutto il configurarsi di un'ipotesi

Asl che, se da un lato rende possibile al medico c.d. di base – in quanto «primo, più diretto e più basilare punto di riferimento»[13] a fronte dell'insorgenza di qualsiasi problematica di salute del paziente assistito – di prestare la sua professione, senza timore di "attacchi pretestuosi", secondo il suo sapere scientifico e nel rispetto, quindi, delle sue cognizioni e delle sue correlate scelte terapeutiche, dall'altro garantisce al paziente leso, a séguito di comportamenti o omissioni, frutto di negligenza, imperizia o imprudenza del suo medico di fiducia, di ottenere una riparazione integrale[14]. E ciò perché ne risponde appunto l'Asl che ha l'obbligo, come si cercherà di precisare, di offrire la sicurezza delle cure, preservando e tutelando sin dal primo contatto la salute delle persone assistite[15].

Nella rubrica della legge Gelli-Bianco e, sùbito a seguire[16], nell'art. 1, comma 1, si coglie la preminente preoccupazione di predisporre un servizio sanitario efficiente che garantisca la sicurezza delle cure: una tutela, si è asserito in dottrina, prima di tutto preventiva, in quanto costituisce «parte integrante del diritto alla salute»[17]. Ciò perché tale diritto si connota come un diritto sociale e previdenziale costituzionalmente protetto e, dunque, che esige dallo Stato l'obbligo di un precipuo intervento per tutelarlo in maniera adeguata.

A tal fine, come è noto da quasi quarant'anni, si è «costruito» in Italia un pubblico servizio «di proporzioni colossali e di estrema complessità»[18], attinente al diritto fondamentale che ontologicamente piú è inerente alla persona umana e che la Costituzione riconosce: quello alla sua vita e alla sua integrità psico-fisica

di responsabilità professionale del pediatra, Pret. Chiavari, 12 dicembre 2001, in *Nuova giur. ligure*, 2002, p. 355 ss., a fronte di una descrizione telefonica di sintomi «aspecifici» compiuta dalla madre della bambina, che lo abbia indotto a formulare una diagnosi e a suggerire delle terapie rivelatesi, *ex post*, inadeguate) ma comunque poi escludente la responsabilità dell'Usl, ora Asl: cosí Cass. pen., 16 aprile 2003, in *Riv. pen.*, 2003, p. 966 ss.; di pari avviso, Trib. Torino, 2 dicembre 2004, n. 36157, ined., cit. da Bona, M.: "Errori professionali dei medici di base e dei pediatri", *Danno resp.*, 2006, p. 1171, in quanto «il rapporto instaurato tra il medico generico convenzionato esterno ed il servizio sanitario nazionale […] esula dall'ambito del pubblico impiego[,…] ha carattere privatistico e dà luogo ad una prestazione d'opera professionale ai sensi dell'art. 2222 e ss. c.c.», sí che «l'attività eseguita (prestazione d'opera intellettuale) [sarebbe] imputabile esclusivamente al medico convenzionato» e, dunque, «la responsabilità extracontrattuale del medico non si riflette sull'Usl o ora Asl». *Vid.* anche, *infra*, la nota n. 34. Di diverso avviso, invece, si mostra Trib. Mantova, 9 gennaio 2004, in *www.dannoallapersona.it*.

13 Come ha correttamente rilevato in dottrina Bona, M.: "Errori professionali dei medici di base e dei pediatri", cit., p. 1165.

14 In tema di riparazione integrale, si consenta sempre il rinvio a: Malomo, A.: "Perdita della vita e riparazione integrale", cit., p. 383 ss. e spec. p. 386 ss.; Ead.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, cit., p. 74 ss. e, *ivi*, la nota n. 144.

15 Con riguardo poi al diritto di rivalsa esercitabile verso l'esercente la professione medica da parte della struttura sanitaria, disposto dalla l. Gelli-Bianco, cfr. D'Adda, A.: "Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale", *Corr. giur.*, 2017, p. 769 ss.

16 A mo' di *incipit*, come precisa Hazan, M.: "Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)", *Danno resp.*, 2017, p. 79.

17 Cosí Sica, S., "*sub* art 1", § 1, in Stanzione, P., Sica, S. e Meoli, B. (a cura di): *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 3 ss.

18 Cosí Catelani, A.: *La sanità pubblica*, *Tratt. dir. amm.* diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, 2010, pp. XIII, 41 ss., al quale si rinvia per una puntuale analisi della relative strutture e ramificazioni.

(ai sensi degli artt. 2, 3 e 32 cost.)[19]. Si impone un elevato livello di protezione della salute umana (come previsto anche nel Trattato sull'Unione europea all'art. 168, *ex* 152 TCE[20], ripreso poi nella rubrica del previgente decreto Balduzzi[21]), strettamente correlato al diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche (come sancito anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[22] e, prima ancora, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948). Di conseguenza dal quadro normativo delineato scaturisce, in maniera chiara e categorica, un obbligo di assistenza sanitaria in maniera conforme a princípi e valori, già presenti nel giuramento di Ippocrate (430 a.C.)[23], che trovano rispondenza nella normativa nazionale che istituisce il Servizio sanitario nazionale[24], nonché nel d.lgs. n. 502/1992[25].

Il trattamento sanitario, venutosi cosí ad articolare, pur non essendo imposto (salvo esigenze di tutela della salute della collettività alle quali dover ottemperare)[26],

19 Mediante la tutela della salute, sono salvaguardate in maniera incondizionata la vita e la dignità della persona, in quanto il contenuto del diritto alla salute non può che essere inteso quale rispetto dell'integrità psico-fisica della persona. In tal senso, Perlingieri, P.: *La personalità umana*, cit., pp. 183 ss., 230 ss. e 314 ss. La salute, infatti, è anche psichica, in quanto la persona è indissolubile unità psico-fisica, sí che «non è un aspetto a sé, ma – riconducibile al sano e libero sviluppo della persona – costituisce un tutt'uno con quest'ultima»: sempre Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, p. 728 s., secondo quanto già asserito in Id.: "La tutela giuridica della «integrità psichica» (A proposito delle psicoterapie)", (*Riv. trim*., 1972, p. 763 ss., e ora) in Id.: *La persona e i suoi diritti*, Esi, Napoli, 2005, p. 137 s. In questa medesima direzione, si pone anche Catelani, A.: *La sanità pubblica*, cit., p. 8, là dove correttamente sottolinea che «[l]a norma costituzionale [in questione] ha applicazione immediata, anche a prescindere da leggi di attuazione, le quali non potrebbero […] modificarne il contenuto» e «tutela in via immediata e diretta la salute della persona, come suo bene individuale e supremo».

20 Ove si impone nella «definizione» e «attuazione» di qualsivoglia politica e attività dell'Unione «un elevato livello di protezione della salute umana». Sul punto, cfr. Catelani A.: *La sanità pubblica*, cit., p. 19 s.

21 D.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. con mod. in l. 8 novembre 2012, n. 189, *Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute*. In merito, cfr. le riflessioni di Visintini, G.: "La colpa medica nella responsabilità civile", *Contr. impr*., 2015, p. 530 ss.

22 In particolare, nell'art. 35 (Protezione della salute) si prevede che: «Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana». *Vid.* ancóra Catelani, A.: *La sanità pubblica*, cit., p. 21 s.

23 Circa l'approccio paternalistico emergente dal giuramento di Ippocrate, vòlto a tradursi in una libertà di scelta delle cure da parte del medico greco, e ora rivisitato con la lente della comparazione diacronica, *vid.* Lanzara, O.: "*Medical malpractice*: evoluzione o regresso?", *comparazionedirittocivile.it*, ottobre 2017, p. 1 ss.

24 La legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978) all'art. 1 recita: «1. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale". 2. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana».

25 Ove sono esplicitati i princípi informatori da considerare quale normativa da applicarsi su tutto il territorio nazionale in maniera uniforme. L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 502/1992, dispone che «[l]a tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal [d.lgs.] 31 marzo 1998, n. 112, nonché dalle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto».

26 In quest'ottica, si pone la problematica relativa alle vaccinazioni obbligatorie, in ragione del contemperamento da dover garantire tra attuazione del principio di precauzione e tutela del diritto fondamentale dei genitori all'informazione corretta nello scegliere se aderire o obiettare al precetto sanitario. In merito, con particolare attenzione all'esclusione di eventuali "penalizzazioni" nei confronti dei minori in relazione alla frequenza scolastica in ragione della obiezione operata dai genitori, *vid.* Alpini, A.: "«Vaccinazioni obbligatorie» e «obiezione di coscienza»", *Rass. dir. civ*., 2011, p. 1035 ss.

consente a ciascuna persona, di là dalle condizioni economiche nelle quali versa, di beneficiare di adeguate cure mediche secondo le peculiari proprie necessità[27]. Il fine è garantire a tutti, cittadini e non, in quanto persone nella loro fisica consistenza, di là dalle loro condizioni economiche, quell'«elevato livello di salute» suindicato e massimamente da proteggere[28].

Peraltro, in conformità dell'art. 32 cost. è stata la legge di istituzione del Ssn del 1978 a introdurre per la prima volta il concetto di «livelli di prestazioni sanitarie che devono essere garantiti a tutti i cittadini», poi ribadito e rafforzato nelle successive riforme[29]. Ciò può tradursi anche in una diversità di attuazione dei Lea da Regione a Regione, ma mai tale da prevedere condizioni inferiori di tutela rispetto a quelle definite a livello nazionale per tutti[30].

Sí che, per poter accedere a qualsivoglia prestazione – eccetto che per i servizi di Pronto soccorso e del 118 –, comprese le prestazioni dei Lea nelle strutture sanitarie gestite direttamente dal Ssn e nelle strutture private accreditate e convenzionate con il Ssn, occorrono l'iscrizione allo stesso Ssn[31] e una prescrizione sul ricettario regionale[32]. Siffatta ricetta, per lo piú, viene rilasciata dal medico di

27 Con la normativa che istituisce il Servizio sanitario nazionale (di séguito, Ssn), si riafferma il principio della universalità e della gratuità della prestazione. Ciò nel senso che ogni persona vanta un diritto costituzionalmente protetto alle cure mediche e alla prevenzione delle malattie. Il servizio pubblico, cosí istituito, ha lo scopo di prevedere: l'assistenza del medico di base (e del pediatra per le persone minori di 14 anni) per affrontare problemi di salute di carattere generale; il Pronto Soccorso e la Guardia medica per le cure piú immediate ed urgenti; le piú sofisticate attività specialistiche per gli stati di salute che le esigono.

28 Il Ssn si sovrappone ad una gestione privatistica della sanità, che permane e trova rispondenza nell'art. 41 cost., quale attività economica privata meritevole di tutela, purché contemperata con le esigenze di interesse generale di salvaguardia e tutela di un diritto fondamentale inviolabile fondamentale, quale è quello alla salute: il che si traduce in una limitazione particolarmente intensa dell'iniziativa economica privata nel settore. Con la riforma costituzionale del 2001 del Titolo V, nella parte II si è conferita alle Regioni una potestà legislativa concorrente nella materia "tutela della salute" da esercitarsi nell'àmbito dei princípi fondamentali enunciati con la legislazione di cornice del legislatore statale (art. 117, comma 3, cost.).

29 I Lea – acronimo di "Livelli essenziali di assistenza" – sono dunque costituiti dall'insieme delle attività, dei servizi e delle prestazioni che il Servizio sanitario nazionale (Ssn) eroga a tutti, gratuitamente o con il pagamento di un ticket, indipendentemente dal reddito e dal luogo di residenza. Le prestazioni e i servizi inclusi nei Lea, sanciti dal d.lgs. n. 502/1992, sono stati definiti a livello nazionale per lungo tempo con il d.P.C.M. 29 novembre 2001, entrato in vigore nel 2002 (per maggiori dettagli, cfr. l'allegato 1 a tale d.P.C.M. del 2001 "Definizione dei Livelli essenziali di assistenza") e rivisitato con il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, che definisce e dispone nuovi Livelli essenziali di assistenza (Lea).

30 Fino a quando i Lea rimarranno alla base del nostro servizio sanitario nazionale, nessuno potrà essere escluso dalle cure perché troppo anziano o bisognoso di prestazioni troppo costose, perché dedito a comportamenti nocivi alla salute, troppo povero o, paradossalmente, troppo ricco: un reddito elevato può, al limite, giustificare la corresponsione di un ticket, ma non l'esclusione dal diritto all'assistenza. Ciò, sebbene il diritto all'assistenza non significhi automaticamente diritto ad ottenere tutte le prestazioni (in tal senso, cfr. l'art. 1, comma 7, lett. *a, b* e *c*, d.lgs. n. 502/1992.

31 La domanda di iscrizione può essere effettuata presso gli uffici dell'Azienda sanitaria locale di residenza. In séguito all'iscrizione, viene rilasciata la tessera sanitaria, necessaria per accedere ai servizi assistenziali. In particolare, ai nuovi nati, dopo l'attribuzione del codice fiscale da parte del Comune o di un ufficio dell'Agenzia delle Entrate, viene inviata automaticamente una tessera sanitaria con validità di un anno; alla sua scadenza, una volta acquisiti i dati di assistenza dalla Asl competente, si provvede ad inviare una nuova tessera con scadenza *standard*.

32 E, se il cittadino non appartiene a una categoria esente, il pagamento di un ticket ove previsto e che varia per ogni prescrizione.

medicina generale o dal pediatra (per gli infraquattordicenni) di libera scelta[33]. Da qui la centralità di tali due figure professionali che solitamente costituiscono l'anello di congiunzione con le strutture sanitarie e, ivi, con le relative figure professionali specialistiche per l'accesso alla prestazione della quale il paziente ha bisogno.

III. RUOLO DEL MEDICO DI BASE (E DEL PEDIATRA)

Nel Servizio sanitario nazionale italiano il medico di base (come anche il pediatra) rappresenta il punto di riferimento per gli utenti-pazienti, in quanto confluiscono in lui o, meglio, prende da lui avvio l'accesso a servizi e a strutture sanitarie specialistiche, costituendo il referente di fiducia e di contatto sia nella fase preventiva, sia nella fase di soluzione di uno stato patologico in atto (e che in genere origina da una sua diagnosi).

Ne consegue che, se finora, nel momento patologico di questo idilliaco rapporto 'paziente-medico di medicina generale' che si è inteso instaurare, si è quasi sempre fatta ricadere sul solo medico o pediatra la responsabilità personale ed esclusiva[34], con scarsi se non addirittura deplorevoli risultati, o per insufficienti coperture assicurative di costui o per il suo dileguarsi (tra i pochissimi casi giurisprudenziali sul punto si annoverano, in uno, il decesso del medico[35] e, in un altro, il trasferimento del professionista in Australia[36]) ma mai ripartita con l'Asl in forma coordinata e continuativa, ora – con l'avallo della recente novella in materia di responsabilità medica – pur avendo presente che manca rispetto alla Asl la sottoposizione ad un potere direttivo gerarchico, che è quanto contraddistingue la posizione di dipendenza gerarchica ai sensi dell'art. 2094 c.c.[37], non è piú giustificabile considerare i due piani comportamentali, del medico convenzionato e dell'Asl, scissi almeno da quella unità di intenti che deve caratterizzarli rispetto

33 Sebbene a volte anche ad opera dello specialista ambulatoriale e del medico ospedaliero della struttura ove è avvenuto il ricovero o la visita specialistica.

34 A sostegno di tale tesi, si mette in evidenza che il medico di base (o il pediatra) «si interpone tra la ASL e il paziente», sí da configurarsi «completamente assorbente in punto di responsabilità»: Morlino, E.: "La responsabilità delle ASL per errore del medico", *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 674; in un'accezione diversa di «reciproca interferenza» tra i due diversi rapporti non riconducibile né all'art. 1228 né all'art. 2049 c.c. si pone Pucella, R.: "La responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base", *Nuova giur. civ. commentata*, 2015, I, p. 944.

35 Trib. Torino, 2 dicembre 2004, n. 36157, cit.

36 App. Torino, 22 dicembre 2011, n. 1830, inedita: sul punto, *vid.* Bona, M.: "Errori professionali dei medici di base e dei pediatri", cit., p. 1167. Caso, questo, che però ha indotto poi al *revirement* della giurisprudenza di legittimità nel 2015 in linea con quanto ora statuito dall'art. 7, I. Gelli-Bianco, avendo le parti lese agito anche nei confronti dell'Asl e cosí ottenuto, dopo il diniego della Corte d'Appello, un adeguato risarcimento da parte della stessa Asl in ultima istanza di giudizio. In merito, *vid. infra* la nota n. 62 s.

37 Ove il lavoratore è definito come colui che «si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore». Proprio Cass. pen., 23 settembre 2008, n. 36502, in *Cass. pen.*, 2010, p. 288, mette in evidenza che l'Asl non esercita alcun potere di controllo e vigilanza sul medico di base, che pertanto sarebbe libero di apprestare e organizzare come meglio considera opportuno la sua attività sanitaria rivolta ai pazienti, nonché di scegliere le relative cure alle quali farli sottoporre. In merito, cfr. anche Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato con il SSN*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 153.

alla realizzazione della finalità primaria, la sicurezza delle cure, propria del sistema sanitario nel quale il medico di medicina generale o il pediatra si incardina.

Ciò perché la persona, in quanto ad un tempo utente e paziente, ha diritto a soddisfare un interesse di natura esistenziale, la tutela della sua salute, in conformità degli artt. 2 e 32 cost., e ad ottenere una riparazione integrale, là dove quell'interesse (*i.e.*: la tutela della sua salute) risulti leso per errori diagnostici o ritardi del medico di base o del pediatra che, in concreto, ha agito investito di questa funzione per conto di quello stesso sistema sanitario (organizzato a livello locale).

Dal canto suo, il medico di medicina generale (come il pediatra), nel momento nel quale effettua la prestazione verso il paziente, compie questo «atto dovuto» (art. 1191 c.c.), in quanto facente parte di un'organizzazione sanitaria (la Asl competente per territorio) che lo ha selezionato e gli ha affidato, a séguito della scelta manifestata dal paziente (all'interno di una lista predisposta dalla Asl stessa), un *tot* numero di pazienti da assistere[38].

Essenziale nell'esercizio della professione del medico di medicina generale è l'aspetto fiduciario, comprovato dal legame che lo unisce al suo paziente (frutto di una serie di comportamenti o eventi, quali: una preliminare ed ineludibile libera scelta, la consequenziale possibilità di revoca, nel rispetto queste, però, della regola del massimale) che sembrerebbe essere quanto piú lontano dalla mediazione delle strutture del Ssn, caratterizzato – come *ictu oculi* sembrerebbe – dal rapporto diretto, non mediato, e personale con il paziente-utente, di volta in volta coinvolto in maniera del tutto peculiare con il medesimo. Ciò, invece, sembrerebbe non riscontrarsi allorché il rapporto intercorra tra medico specialista e paziente-utente, in quanto in tale diverso contesto il rapporto si innesterebbe in un complesso sistemico di specializzazione e ripartizione del lavoro ove quella relazione biunivoca (ma davvero indipendente?) non si coglie.

Tuttavia piú innanzi si verificherà come questo di fatto non si determini, perché il rapporto medico-paziente, sia nel primo caso sia nel secondo, nasce in quanto la situazione iniziale che lo genera in funzione del primario interesse sotteso (la tutela della salute) prende origine in una struttura, in un sistema "a monte" che lo istituzionalizza e lo regolamenta, rendendolo possibile.

Ora se è indiscutibile che il medico di base (al pari, se non ancor di piú, del pediatra) riveste il ruolo di *trait d'union* basato sul rapporto di fiducia con i servizi specialistici (ospedalieri e non) e, quindi, che egli svolge un ruolo di coordinamento

38 Tale diritto di scegliere il proprio medico è disposto dagli artt. 25 e 48, comma 3, lett. *a*, l. n. 833/1978 e 8, comma 1, d.lgs. 502/1992, non comprimibile da alcuna ragione organizzativa: in merito, cfr. Cons. St., 10 febbraio 2016, n. 565, in *www.federalismi.it*.

con altre e diverse figure operanti nel sistema sanitario nazionale (sia che siano dipendenti pubblici sia che siano professionisti privati), rimane da vagliare attentamente il suo rapporto con l'Asl di appartenenza.

In fondo, il Servizio sanitario nazionale, come è istituito, e la normativa che regolamenta il rapporto tra Asl e medico di medicina generale (o pediatra), di recente riformata in piú *step*, con l'intento di assicurare un maggiore controllo, un effettivo coordinamento e una ottimale efficienza – e che devono poi trovare attuazione nel Contratto Collettivo Nazionale di riferimento –, dimostrano la sussistenza di una responsabilità diretta in capo all'Asl in caso di inadempimento dei suoi obblighi da parte del medico c.d. di base *ex* art. 1228 c.c., come ora prevede l'art. 7, l. n. 24/2017.

Si è inteso cosí responsabilizzare l'Azienda sanitaria locale coinvolta a fronte di una dipendenza (non soltanto economica, ma anche) funzionale (*ex* art. 48, comma 3, l. n. 833/78) e di obblighi che le derivano dall'Accordo collettivo nazionale. Ciò in quanto il Servizio sanitario nazionale deve garantire un'elevata qualità della fruizione del servizio di assistenza medica di base (e pediatrica) in maniera da attuare *in toto* i princípi costituzionali e internazionali che tutelano le persone-pazienti.

In effetti, già con la riforma "Balduzzi" del 2012 si era intrapreso un passo decisivo verso l'integrazione organica del personale del servizio convenzionato nel Ssn, cioè di una integrazione che, dal punto di vista funzionale, si dipinge con le caratteristiche proprie della subordinazione gerarchica tralaticiamente intesa, invece che con quelle del piú leggero coordinamento.

Di fatti, con la previsione obbligatoria, da un lato, di forme associative – quali le Aggregazioni Funzionali Territoriali (di séguito AFT), che non sono altro che forme organizzative monoprofessionali, insieme alle Unità Complesse di Cure Primarie (di séguito UCCP), quali forme organizzative multiprofessionali – dirette a garantire un'attività assistenziale continuata in grado di coprire l'intero arco della giornata e tutti i giorni della settimana (mediante un'offerta integrata delle prestazioni dei medici di medicina generale, dei pediatri di libera scelta, della guardia medica, della medicina dei servizi e degli specialisti ambulatoriali), e, dall'altro lato, con l'incentivazione dell'adesione dei medici di medicina generale e dei pediatri ai sistemi informatizzati mediante emolumenti (che rientrano nella c.d. parte variabile della loro retribuzione), si è reso in concreto il rapporto tra medico, convenzionato del Servizio sanitario, e Asl sempre piú integrato (se non dipendente) dal punto di vista funzionale.

Una chiara dimostrazione di tale *modus procedendi* si coglie nelle previsioni normative già vigenti, vòlte a rendere il rapporto tra medico convenzionato –

quale *longa manus* del servizio sanitario – e paziente sempre piú in coordinamento necessario con lo stesso sistema del Servizio sanitario nazionale; nonché nell'indirizzo nomofilattico delineatosi al fine di escludere per i medici convenzionati la doverosità dell'Irap[39].

Il Ssn è costituito da un insieme complesso e articolato di regole, che attuano – e non possono non attuare – quegli stessi princípi identificativi del sistema ordinamentale (*i.e.*: la tutela della salute *ex* art. 32 cost., il principio personalista e quello solidarista *ex* art. 2 cost., il principio di eguaglianza *ex* art. 3 cost.), ad un tempo costituzionali, europei e internazionali, sui quali il medesimo Ssn si fonda[40].

Ciò lo rende un servizio universale rispetto al quale «i noti obiettivi di risultato dell'efficacia e dell'efficienza, dell'equilibrio costi-ricavi, ecc. debbono essere necessariamente apprezzati secondo uno scrutinio di comparazione fra valori che non può essere meccanicisticamente limitato al mero dato gestionale, alla semplice evidenza di un risultato misurabile secondo i princípi dell'analisi costi-benefici o della contabilità analitica, e dunque totalmente a prescindere dall'impatto relazionale sociale (sulla persona come sulla collettività organizzata che ne costituisce il bacino di riferimento territoriale) che viene finalmente a prodursi »[41].

Quanto summenzionato si denota nel suo assetto regolamentare. Il personale utilizzato per svolgere i compiti del Ssn agisce in regime di servizio dipendente (assunto in regime di pubblico impiego) e coinvolge: figure medico-sanitarie; figure tecnico-amministrative oppure agisce in regime libero-professionale; in tal caso, i liberi professionisti agiscono in qualità di professionisti indipendenti oppure liberi professionisti in regime convenzionato.

39 Ovverosia dell'imposta regionale sulle attività produttive, che, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 446/1997, è dovuta da chi abitualmente esercita «una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi». Sul punto, cfr.: Cass., Sez. un., 13 aprile 2016, n. 7291, in *Riv. giur. trib.*, 2016, p. 745 s., là dove precisa che, per i medici che operano in forma associata (c.d. medicina di gruppo), la convenzione con il Servizio sanitario nazionale ne esclude l'assimilazione alle società e associazioni professionali – malgrado, come precisa Cass., sez. un., 14 aprile 2016, n. 7371, *ivi*, p. 743 s., tali società e soggetti equiparati, come le associazioni professionali, integrino sempre il presupposto dell'Irap per espresso dettato legislativo –, sí che è possibile dimostrare la mancanza di autonoma organizzazione; nonché Cass., Sez. un., 10 maggio 2016, n. 9451, *ivi*, p. 741 ss., la quale sancisce che il suddetto requisito dell'autonoma organizzazione non è tantomeno deducibile dalla presenza di un lavoratore dipendente con funzioni meramente esecutive (*i.e.*: una segretaria), all'interno dello studio medico. Preliminarmente alle Sezioni unite, cfr.: Cass., Sez. VI-T, ord. 10 febbraio 2014, n. 2967, *ivi*, p. 675 s.; Cass., sez. VI-T, ord. 18 febbraio 2014, n. 3758, *ivi*, 2014, p. 675; nonché Cass., sez. VI-T, ord. 27 marzo 2015, n. 6330, *ivi*, 2015, p. 688 ss., che ha rimesso la controversia al Primo Presidente affinché investisse appunto le Sezioni unite delle questioni suindicate. In dottrina, in maniera adesiva, v.: Bodrito, A.: "Sezioni Unite sull'IRAP: passi avanti nell'interpretazione del presupposto", *ivi*, p. 746 ss.

40 Sulla valenza di tali princípi, *vid.* Perlingieri, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 2; nonché, prima ancóra, Id.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 132 e 134, ove se ne precisa la loro natura normativa.

41 Cosí Ferrara, R.: "Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel SSN: spunti problematici", in Tullini, P. e Bottari, C.: *La dirigenza sanitaria: amministrativisti e lavoristi a confronto*, Maggioli, Rimini, 2004, p. 57.

Per tutti costoro, che siano dipendenti o convenzionati, si ha la regola dell'esclusività del rapporto, sí che la residuale, eventuale attività libero-professionale è vincolata secondo precipue regole normative[42].

In particolare, con riferimento ai rapporti tra convenzionati, riveste primaria importanza l'art. 48, comma 3, l. n. 833/1978[43], ove si mettono in risalto aspetti imprescindibili da dover aver presenti nell'Accordo collettivo nazionale[44], quali: «il rapporto ottimale» che vi deve essere tra «medico» e «assistibili per la medicina generale e quella pediatrica di libera scelta, al fine di determinare il numero rispondente di medici generici e di pediatri per ciascuna Asl, «fatto salvo il diritto di libera scelta del medico» per ogni persona»[45].

42 Cfr. gli artt. 47 s., l. 833/1978 e 8, comma 1, d.lgs. n. 502/1992, in tema di riordino della disciplina in materia sanitaria.

43 Da leggere insieme all'art. 25 l. cit., che recita: «Le prestazioni curative comprendono l'assistenza medico-generica, specialistica, infermieristica, ospedaliera e farmaceutica. Le prestazioni medico-generiche, pediatriche, specialistiche e infermieristiche vengono erogate sia in forma ambulatoriale che domiciliare. L'assistenza medico-generica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino. La scelta del medico di fiducia deve avvenire fra i sanitari di cui al comma precedente». Il rapporto fiduciario può cessare in ogni momento, a richiesta dell'assistito o del medico; in quest'ultimo caso la richiesta deve essere motivata.

44 L'accordo collettivo nazionale dei professionisti convenzionati, c.d. Convenzione, è stipulato per ognuno dei tre settori (medicina generale; pediatria di libera scelta; specialisti ambulatoriali) tra Struttura Interregionale dei Sanitari Convenzionati (*i.e.:* la Sisac, istituita con l. 27 dicembre 2002, n. 289, e costituita da rappresentanti regionali nominati dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e di Bolzano). Tale accordo prende origine dalla l. n. 833/1978 sul Ssn che all'art. 48 recita: «1. L'uniformità del trattamento economico e normativo del personale sanitario a rapporto convenzionale è garantita sull'intero territorio nazionale da convenzioni, aventi durata triennale, del tutto conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati tra il Governo, le regioni e l'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in campo nazionale di ciascuna categoria», oltre che dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 502/1992. Per quanto concerne le relazioni sindacali, si coglie l'intento del settore convenzionato ad assumere la medesima disciplina del settore pubblico, giacché in questi termini si esprime la «norma legale di riferimento». La l. 27 dicembre 2002, n. 289 (art. 52, comma 27, l. n. 289/2002, che ha modificato l'art. 4, comma 9, l. n. 412/1991) nell'istituire la Sisac quale struttura tecnica specificamente deputata alla negoziazione, indica l'applicazione delle norme previste dal d.lgs. n. 165/2001 con un richiamo morbido ("tenendo conto" di quanto già stabilito per il pubblico impiego)». Si tratta di un accordo collettivo essenzialmente trilaterale (in quanto coinvolge anche il Governo come soggetto distinto dalla P.A.) che, in passato, fino al 2005, assumeva la forma del decreto ministeriale, in luogo dell'attuale Intesa Stato-Regioni, ma che già forniva in sé la dimostrazione della "forza categoriale", ossia della forza politico-istituzionale delle categorie professionali interessate. Sul punto, cfr. B. Grandi, *Il rapporto di lavoro convenzionato con il SSN*, cit., p. 91 ss.

45 Tale art. 48, l. n. 833/1978 va letto insieme ai princípi informatori contenuti nell'art. 8, comma 1, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 502/1992, che hanno riordinato il Ssn stesso, ove si dispone rispettivamente che: «la scelta del medico è liberamente effettuata dall'assistito, nel rispetto di un limite massimo di assistiti per medico, ha validità annuale ed è tacitamente rinnovata»; «la possibilità di revoca della scelta da parte dell'assistito nel corso dell'anno nonché la ricusazione della scelta da parte del medico, qualora ricorrano eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità». Siffatte fonti del diritto, pur caratterizzandosi come normative di settore di livello ordinario, sono in ogni caso conformi a Costituzione e alle regole e ai princípi che ci provengono dall'appartenenza del nostro Paese all'Unione Europea e destinati a prevalere rispetto alla normativa nazionale, rinviano per tutto quanto concerne i contenuti del rapporto di lavoro convenzionato con il Ssn e la regolamentazione di svariati aspetti organizzativi relativi all'erogazione dei suddetti servizi alla Contrattazione Collettiva Nazionale, che viene formalizzata mediante deliberazione della Conferenza Stato-Regioni. Tale contrattazione è volta a realizzare un sistema di assistenza primaria che sia il frutto di: una *governance* basata sulla trasparenza, sul merito e sul coinvolgimento essenziale delle professioni e sulla partecipazione attiva, parimenti essenziale, dei cittadini-utenti. In sintesi, enti locali, aziende sanitarie, medici professionisti, cittadini-utenti (singoli e in forma associata), dovrebbero poter partecipare alla individuazione, definizione e consequenziale applicazione di politiche sociali e sanitarie conformi al valore fondante della tutela della salute disposto dalla Carta costituzionale e dai Trattati dell'Unione Europea. Il rapporto di lavoro convenzionato nasce, infatti, dall'esercizio di un'autonomia negoziale assistita di

Volgendo lo sguardo Oltralpe e Oltremare, si coglie la centralità del medico di base, sia in chiave di categoria tecnico/professionale, sia per il ruolo gestionale e sistemico, seppure con variazioni in ragione delle tradizioni dei diversi Paesi rispondenti alle singolari peculiarità culturali e sociali. Cosí il medico di base è un dipendente in Svezia, Finlandia, Spagna, Portogallo e Grecia; è un libero professionista in Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo; è un convenzionato in Danimarca, in Olanda, in Irlanda e in Inghilterra, come in Italia[46].

IV. NATURA DEL RAPPORTO TRA MEDICO DI MEDICINA GENERALE O PEDIATRA E ASL DI COMPETENZA

La prestazione posta in essere dal medico di base (o dal pediatra) – consona alla qualità del servizio organizzato dal Servizio sanitario nazionale e anche regionale (cui partecipa lo Stato mediante i sistemi di monitoraggio volti a garantire appunto la qualità dei servizi essenziali prestati) – è finalizzata a realizzare un interesse generale (piú che pubblico) quale la tutela della salute, valore fondamentale del sistema ordinamentale.

Una voce in dottrina precisa in maniera condivisibile che «[i]l professionista convenzionato partecipa della natura del rapporto di lavoro […] "pubblico-dipendente" molto più di quanto la normativa non chiarisca»[47]. Ciò perché egli percepisce un compenso erogato con fondi pubblici/regionali; risulta stabilmente inserito nel contesto dell'organizzazione delle Asl di riferimento, sia che svolga il suo lavoro presso uno studio proprio ovvero presso uno studio della Asl; inoltre è dato cogliere piú analogie disciplinari tra regime dei dipendenti pubblici e dei professionisti in convenzione (ad es., in tema di sospensione del rapporto per

carattere "speciale", che si conforma, quindi – e non potrebbe essere diversamente –, a valori e princípi costituzionali e sovranazionali. I rapporti tra sistema sanitario nazionale e medici sono mediati dai rappresentanti dei medici, da un lato, e dalle amministrazioni pubbliche interessate, dall'altro. Costoro sono preposti a negoziare e a determinare insieme le regole, sia pure nel pieno rispetto di princípi e valori che caratterizzano questo sistema (artt. 2, 3, e 32 cost., 168 TFUE), dando origine all'attuazione dell'art. 46 cost. sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa, pienamente comprensibile al cospetto di materia rientrante nel settore pubblico. Cfr. anche Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato con il SSN*, cit., p. 91 ss.

46 In tal senso, *vid*. Savorani, G.: "Il profilo giuridico del Medico di Medicina generale", https://www.scudomedico.it/index.php/2016/02/19/il-profilo-giuridico-del-medico-di-medicina generale-pt-1/. Le corrispondenti figure nei Paesi anglosassoni rispetto a quelle rinvenibili in Italia, nell'individuazione del rapporto di lavoro dei sanitari all'interno del sistema nazionale, sono: il medico libero professionista, che corrisponde al «contract»; il medico dipendente pubblico operante nel sistema ospedaliero, che corrisponde alla «hierarchy»; il medico di base in regime di convenzione, che corrisponde alla c.d. «quasi – hierarchy» (ovverosia al rapporto di parasubordinazione). A tali figure professionali si ricollegano categorie remunerative differenti: il sanitario percepisce appunto un salario – *salary* –, o una tassa sulla prestazione o *ticket – fee for service*, ovvero una remunerazione capitaria – *capitation*; interessanti e da emulare sarebbero le formule applicate in Gran Bretagna che si realizzano su base meritocratica, legata cioè alla qualità del servizio fornito, degli obiettivi attesi e raggiunti e cosí via: c.d. *pay for performance*, forse comparabile in Italia alle c.dd. con la retribuzione variabili secondo la produttività realizzata.

47 Cosí Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato con il SSN*, cit., p. 93.

malattia, di formazione, di permessi sindacali, di emolumenti retributivi equiparabili al trattamento di fine rapporto, ecc.).

Tuttavia il suo rapporto con l'Asl non costituisce un rapporto di lavoro subordinato (*ex* art. 2094 ss. c.c.). Si discorre, allora, di rapporto di lavoro in parasubordinazione o in semidipendenza: ne è esclusa la natura di rapporto dipendente dal d.lgs. n. 502/1992, art. 8, comma 1, lett. *c*; lo stesso Accordo Collettivo Nazionale (art. 13, Acn) lo configura espressamente come un rapporto autonomo; l'art. 30 Acn per la Medicina Generale disciplina la responsabilità del medico secondo la normativa contrattuale civilistica. Il rapporto del personale convenzionato è cosí definito in dottrina come un rapporto contrattuale "ibrido", assimilabile al contratto per prestazione d'opera *ex* art. 2222 c.c. Il lavoro del medico di base non è misurato in ore, bensí è rappresentato dalla c.d. *opus perfectum*, cioè dal risultato finale dell'attività organizzata da lui stesso. Tale risultato sarà diverso in ragione della specifica natura della sua prestazione il compimento della quale è l'oggetto del rapporto obbligatorio e in ragione dell'uso discrezionale delle sue capacità mediche e delle sue convinzioni scientifiche in quanto professionista[48].

La sua dipendenza la si può cogliere sotto il profilo economico (trattamento retributivo), ma si è sempre tesa ad escluderla sotto il profilo funzionale (dipendenza funzionale), come anche sotto il profilo gerarchico direttivo (subordinazione gerarchica)[49].

Il medico convenzionato, *ex* art. 2222 c.c., sembra essere un libero professionista, che risulterebbe obbligato a compiere il servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, in maniera continuata e coordinata. Egli opererebbe in piena autonomia per quanto concerne sia le scelte etico-scientifiche sul trattamento medico da prescrivere, sia le modalità di tempo e di luogo di organizzazione dell'esercizio della propria professione. Ciò ha comportato per lungo tempo, con l'avallo della giurisprudenza (ma si preciserà piú avanti come tale orientamento del giudice di legittimità sia poi mutato), il far ricadere soltanto sul medico di base il rischio di responsabilità personale ed esclusiva[50].

In effetti, però, pur mancando la sottoposizione ad un potere direttivo gerarchico, che è quanto contraddistingue la posizione di dipendenza gerarchica ai sensi dell'art. 2094 c.c. (dove il lavoratore è definito come colui che «si obbliga

48 Sul punto, cfr. Galgano, F.: "Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria", *Riv. trim.*, 1984, p. 710 ss.

49 In tal senso, v.: Pret. Lecco, 12 dicembre 1985, in Giur. merito, 1987, p. 1033 ss., con nota critica di Belfiore, C.: "Il medico convenzionato: lavoratore autonomo o convenzionato?"; Pret. circ. Massa, ord. 17 agosto 1991, ivi, 1993, p. 1294 ss., con nota adesiva di Santangelo, I.A.: "A tutela del medico convenzionato con l'unità sanitaria locale e l'àmbito di giurisdizione ordinaria".

50 V., *retro*, le note n. 34 ss.

mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore»), non è giustificabile considerarlo scisso almeno da quella unità di intenti rispetto alla finalità primaria del sistema sanitario nel quale egli si incardina, giacché l'utente-paziente ha diritto a soddisfare un interesse di natura esistenziale costituzionalmente protetto, quale la tutela della salute, casomai non correttamente adempiuto (se non addirittura 'calpestato') da chi agisce investito di questa funzione da parte di quello stesso sistema.

Da qui una riflessione diversa da doversi compiere circa la responsabilità anche dell'Asl, quale espressione del Servizio sanitario nazionale. In particolare, per comprendere il significato sostanziale del coordinamento del sanitario convenzionato, bisogna considerare nel merito: gli obblighi suindicati che la legge gli impone, ai sensi dell'art. 48, comma 3, l. n. 833/1978, e che inducono a intravvedere nel caso di specie quella dipendenza funzionale poc'anzi evidenziata (questa, appunto, al fine di realizzare un interesse di primaria valenza nel nostro sistema ordinamentale, quale la tutela della salute); nonché gli obblighi che gli derivano dall'Acn[51].

A tal riguardo, la novella del 2012 ha precisato che le attività e le funzioni disciplinate dagli Acn siano individuate tra quelle previste nei Lea e pertanto con un loro portato di inderogabilità rafforzato; sí che la stessa novella del 2012 (d.l. n. 158/2012, conv. in l. n. 189/2012), nel riformare l'art. 8 del d.lgs. n. 502/1992, ove si dispone la «Disciplina dei rapporti per l'erogazione delle prestazioni assistenziali», obbliga a tener conto delle linee guida ivi indicate[52].

51 Agli albori della istituzione del Ssn, interessanti si rivelano le riflessioni svolte da Albarella, P. e Di Luca, N.M.: "In tema di responsabilità professionale nel servizio sanitario nazionale", *Nuovo dir. agr.*, 1978, p. 473 ss., circa l'anomala situazione del medico convenzionato, che, pur essendo un libero professionista, risulta soggetto a una serie di limitazioni legislativamente imposte. In effetti, il problema della responsabilità civile difficilmente di lì a seguire si sarebbe potuta porre in termini strettamente personali, anche per via dell'affermarsi del lavoro svolto in «équipe».

52 Infatti l'art. 8, comma 1, lett. *0a*, *d*, *h*, *h*bis, d.lgs. n. 502/1992, s.m.i., prescrive che «[gli] accordi [di convenzione nazionale] devono tenere conto [tra gli altri ivi indicati] dei seguenti principi: 0a) prevedere che le attività e le funzioni disciplinate dall'accordo collettivo nazionale siano individuate tra quelle previste nei livelli essenziali di assistenza di cui all'articolo 1, comma 2, nei limiti delle disponibilità finanziarie complessive del Servizio sanitario nazionale, fatto salvo quanto previsto dalle singole regioni con riguardo ai livelli di assistenza ed alla relativa copertura economica a carico del bilancio regionale»; «d) ridefinire la struttura del compenso spettante al medico, prevedendo una quota fissa per ciascun soggetto iscritto alla sua lista [quota capitaria], corrisposta su base annuale in rapporto alle funzioni definite in convenzione; una quota variabile in considerazione del raggiungimento degli obiettivi previsti dai programmi di attività e del rispetto dei conseguenti livelli di spesa programmati di cui alla lettera f); una quota variabile in considerazione dei compensi per le prestazioni e le attività previste negli accordi nazionali e regionali, in quanto funzionali allo sviluppo dei programmi di cui alla lettera f); […] (h) prevedere che l'accesso al ruolo unico per le funzioni di medico di medicina generale del Servizio sanitario nazionale avvenga attraverso una graduatoria unica per titoli, predisposta annualmente a livello regionale e secondo un rapporto ottimale definito nell'ambito degli accordi regionali[; …]; h-bis) prevedere che l'accesso alle funzioni di pediatra di libera scelta del Servizio sanitario nazionale avvenga attraverso una graduatoria per titoli predisposta annualmente a livello regionale e secondo un rapporto ottimale definito nell'ambito degli accordi regionali».

Si realizza in particolare una dipendenza funzionale diretta, rispetto alle strutture sanitarie (intese come istituzioni organizzate), fondata sulla legge anche a prescindere dalla tipica intermediazione/direzione del datore di lavoro/amministrazione. Di conseguenza, l'Asl, secondo la propria competenza territoriale, ha l'obbligo di erogare la prestazione sanitaria c.d. di base al paziente, che implica ovviamente l'organizzazione e il controllo su tale attività.

È un'obbligazione, questa in capo all'Asl, che deriva dalla legge, ovverosia dal diritto, come autorevolmente si afferma in dottrina, che muta con l'evolversi della cultura[53], dunque, secondo una lettura sistematica e assiologica delle fonti operanti nel sistema ordinamentale vigente, che impone una tutela ai sensi dell'art. 1228 ss. c.c., e non da contratto[54]. Il paziente, dal canto suo, si può sentire protetto, rassicurato nella cura della sua salute e quindi della sua persona.

Sembra, in effetti, sempre piú evidente che, con tale riforma legislativa, si sia compiuto un passo decisivo verso l'integrazione organica del personale del servizio convenzionato nel Sistema sanitario nazionale, cioè di una integrazione che, dal punto di vista funzionale, si dipinge con le caratteristiche proprie della subordinazione gerarchica, tralaticiamente intesa, che non con quelle del piú leggero coordinamento.

Infatti, la previsione obbligatoria delle forme «aggregative», quali le AFT e le UCCP[55], ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 502/1992, riformato[56] – al fine di garantire

53 Secondo un lungimirante insegnamento (Treves, R.: "Diritto e cultura", 1947, in Id.: *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. Carrino, Prefazione di N. Bobbio, Esi, Napoli, 1993, p. 99 ss.; Id.: "Il diritto come componente della cultura", 1979, *ivi*, p. 197 ss.), Perlingieri, P.: "Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista al Prof. Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017) di F. Pedrini", *Stato*, 2017, 8, p. 198: «Il diritto è cultura viva, effettiva, che ha bisogno di essere vissuta, senza continui "plebisciti", ma anche senza attribuire ai *conditores* l'illimitatezza di un potere "finito", che ha la ingenua pretesa di esaurirsi in un volontarismo originario immutabile, inutilmente dogmatico, carente di qualsiasi valenza prescrittiva».

54 «Si tratta, piú che di "contatto sociale", di un rapporto tra situazioni soggettive con obblighi che vanno rispettati», *ergo* «la responsabilità da rapporto non è necessariamente da contratto»: cosí Perlingieri, P.: "Conclusioni", cit., p. 242.

55 *I.e.*: «forme organizzative monoprofessionali, denominate aggregazioni funzionali territoriali [le c.dd. AFT], che condividono, in forma strutturata, obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida, audit e strumenti analoghi, nonché forme organizzative multiprofessionali, denominate unità complesse di cure primarie [le c.dd. UCCP], che erogano prestazioni assistenziali tramite il coordinamento e l'integrazione dei professionisti delle cure primarie e del sociale a rilevanza sanitaria tenuto conto della peculiarità delle aree territoriali quali aree metropolitane, aree a popolazione sparsa e isole minori» (art. 8, comma 1, lett. *b*-bis, *b*-quinquies e *b*-sexies, d. lgs. n. 502/1992, s.m.i.). In merito, *vid.* Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato*, cit., p. 110 ss. e 148 ss.

56 Sempre l'art. 8, comma 1, lett. *b*-bis, d.lgs. n. 502/1992, nella nuova formulazione, chiarisce che le esperienze aggregative devono costituire non piú un'opportunità/possibilità, ma un «obbligo» legalmente riconosciuto e quindi suscettibile anche di azionabilità giudiziaria. Ciò al fine di garantire ad un tempo un'«attività assistenziale che copra «l'intero arco della giornata» e «tutti i giorni della settimana» e «un'offerta integrata delle prestazioni dei medici di medicina generale, dei pediatri di libera scelta, della guardia medica, della medicina dei servizi e degli specialisti ambulatoriali». Sí che è da considerare superata la mera eventualità della facoltà contenuta alla successiva lett. *l*, ove, pur prevedendosi ancóra «la possibilità di stabilire specifici accordi con i medici già titolari di convenzione operanti in forma associata, secondo modalità e in funzione di specifici obiettivi definiti in ambito convenzionale», non si può non costatare che si è dinanzi ormai ad «un vero e proprio "obbligo" di associazione», che «impone un connesso onere di negoziazione

un'attività assistenziale che copra l'intero arco della giornata e tutti i giorni della settimana anche con un'offerta integrata delle prestazioni dei medici di medicina generale, dei pediatri di libera scelta, della guardia medica, della medicina dei servizi e degli specialisti ambulatoriali[57] –, nonché l'adesione parimenti ineludibile ai sistemi informatizzati[58] rendono il rapporto tra medico convenzionato e Ssn sempre piú integrato (se non dipendente) dal punto di vista funzionale. In maniera analoga, in Francia si prevede l'«''ubérisation'' de la santé», ovverosia la costituzione di un sistema che consente al paziente, in caso di necessità, di avere un contatto «exclusivement par téléphone» allorquando sia impossibile raggiungere fisicamente il «médecin traitant»[59].

L'insieme di queste prescrizioni normative è una chiara dimostrazione di un rapporto tra medico convenzionato sempre piú in coordinazione necessaria con il sistema del Ssn con modalità e forme che istituiscono, oltre alla già preesistente dipendenza economica, secondo le determinazioni del Piano Sanitario Nazionale e degli Acn, una dipendenza funzionale, rispetto alle Strutture (intese come istituzioni organizzate), diretta, fondata sulla legge anche a prescindere dalla tipica intermediazione/ direzione del datore di lavoro/amministrazione.

L'esigenza di tutelare il valore primario costituzionalmente protetto della salute, che ha contribuito all'introduzione di queste modifiche legislative di notevole incidenza nel rapporto con l'utenza e di conseguenza con il Ssn di riferimento, non può tuttavia prescindere da quella concreta attuazione che esso trova poi nella contrattazione, nazionale e decentrata, nella quale si realizza la specificazione dei compiti che integrano l'oggetto di quegli stessi rapporti obbligatori.

In quanto contrattazione, essa risulta essere sempre frutto di una scelta condivisa da parte degli stessi professionisti nella medesima rappresentati.

---

sulle relative forme operative, ma che non di meno lascia spazi a ipotesi associative e gestionali ulteriori»: cosí sostiene correttamente Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato*, cit., p. 113.

57 Le c.dd. AFT hanno il compito specifico di fornire assistenza continuata 24 ore per 7 giorni, mentre le c.dd. UCCP (aggregazioni multiprofessionali) sono rivolte ad assicurare l'integrazione con i servizi del sociale e, a tal fine, si è introdotto a livello legale lo strumento del finanziamento a *budget*. Non solo. Regioni e Province autonome indicano: i criteri di priorità per l'accesso alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche, secondo valutazioni di appropriatezza e di urgenza; le modalità per una corretta gestione delle liste di prenotazione al fine di garantire l'uniformità e la trasparenza delle stesse e in ragione di tali indicazioni sull'appropriatezza e sull'urgenza adottano specifiche iniziative per la responsabilizzazione dei medici prescrittori al fine di ottimizzare il rapporto tra domanda e offerta (d.P.C.M. 29 novembre 2001; *vid.* anche d.lgs. n. 158/2012 in tema di monitoraggio). Sul punto, *vid.* Grandi, B., *Il rapporto di lavoro convenzionato*, cit., p. 148 ss.

58 Secondo Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato*, cit., p. 113 s., costituiscono disposizioni organizzative che determinano una forma di coordinamento integrante «gli estremi della dipendenza funzionale» quella contenuta nell'art. 8, comma 1, lett. *m*-ter, con il prevedere «l'adesione obbligatoria dei medici all'assetto organizzativo e al sistema informativo definiti da ciascuna regione, al Sistema informativo nazionale, compresi gli aspetti relativi al sistema della tessera sanitaria, secondo quanto stabilito dall'articolo 50 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni, nonché la partecipazione attiva all'applicazione delle procedure di trasmissione telematica delle ricette mediche».

59 In merito, *vid.* Lequillerier, C.: ''L'«ubérisation» de la santé'', *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 155 ss. Cfr. anche Daver, C.: ''La télémédecine, entre progrès techniques et responsabilités'', *Rec. Dalloz*, 2000, p. 527 ss.

Ancóra, i direttori generali delle Asl e delle aziende ospedaliere sono considerati responsabili dell'attuazione delle indicazioni regionali e provinciali in questione; sempre alle Regioni, come alle Province autonome, compete attivare sistemi di monitoraggio dei tempi e delle modalità impiegate, con l'obbligo di trasmettere tali dati al Ministero della Salute e, per il tramite dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali, al tavolo di monitoraggio dei Lea, sí da poter elaborare rapporti periodici. Secondo buona parte della giurisprudenza, ci si trova dinanzi ad un rapporto autonomo tra quelli tipicamente da ricondursi alle collaborazioni coordinate e continuative ai fini processuali di cui all'art. 409 c.p.c. (parasubordinazione o semidipendenza). In particolare, si statuisce che «il rapporto tra medico e Unità sanitaria locale [oggi Asl], riguardante prestazioni effettuate secondo» il regime convenzionato di cui alla l. n. 833/1978 «esula dall'ambito del pubblico impiego, e configura un rapporto contrattuale di attività professionale, come tale devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario»[60].

Conferma dell'idea che si è sempre in presenza di un rapporto di lavoro autonomo la si coglie nell'art. 61, comma 2, Acn che, nel disciplinare i rapporti tra professionisti convenzionati e dirigenza sanitaria dell'azienda, stabilisce in modo generico un obbligo di collaborazione con le figure appositamente preposte[61].

V. RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE DEL MEDICO DI BASE (E DEL PEDIATRA): MUTAMENTO DI ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE CIRCA LA RESPONSABILITÀ CONFIGURABILE ANCHE IN CAPO ALLA ASL E SUO AVALLO AD OPERA DELLA RIFORMA LEGISLATIVA DEL 2017

Alla luce del quadro normativo delineato, è agevole comprendere la novella previsione di responsabilità in capo alla Asl con la quale il medico di base (o pediatra) collabora e per la quale egli esercita la sua professione sia pure in maniera autonoma (parasubordinata).

D'altronde la stessa giurisprudenza di legittimità, soltanto tre anni fa, pur in assenza di esplicite fonti normative, giunge a sancire tale responsabilità in capo alla Asl di competenza per un caso di danno perpetrato da un suo medico convenzionato ad un paziente[62]. Nel caso di specie si è considerata responsabile direttamente

60 Cass., 14 ottobre 1985, n. 4960, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Sanitario*, n. 46.

61 L'art. 61, Acn 23 marzo 2005 – testo integrato con l'Acn 29 luglio 2009, cosí recita: «Rapporti tra il medico convenzionato e la dirigenza sanitaria dell'azienda. 1. Ai fini del corretto rapporto tra i medici di assistenza primaria e le Aziende sanitarie locali in merito al controllo della corretta applicazione delle convenzioni, per quel che riguarda gli aspetti sanitari, ed al rispetto delle norme in essi contenute, le Regioni individuano, secondo la legislazione regionale in materia di organizzazione della Azienda, i servizi e le figure dirigenziali preposte. 2. I medici convenzionati di cui al presente Capo sono tenuti a collaborare con le suddette strutture dirigenziali in relazione a quanto previsto e disciplinato dalla presente convenzione».

62 Cass., 27 marzo 2015, n. 6243, in *Danno resp.*, 2015, p. 794 ss.: nel caso di specie, si trattava di un'ischemia che aveva colpito il paziente a séguito del comportamento negligente del medico di base, il quale si era

l'Asl appunto ai sensi dell'art. 1228 c.c., applicato in conformità all'art. 32 cost., rendendo sempre piú evidente come l'esigenza di offrire un servizio sanitario adeguato alla persona, sin dal primo momento dell'insorgere di un problema di salute, sia imprescindibile attuazione di un'organizzazione "a monte" del servizio sanitario, che deve tradursi "a valle" in un'organizzazione efficiente e capillare da parte del medico di fiducia, proprio in quanto primo referente del malato-assistito in convenzione, con una garanzia del servizio «di cura di prima istanza» adeguato. Tale soluzione giurisprudenziale della responsabilità contrattuale in capo all'Asl per lesioni cagionate dai medici di medicina generale (e dai pediatri per i pazienti infraquattordicenni) trova ora contezza nell'art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24.

A fronte dell'inadempimento si applicano, dunque, gli artt. 1218 ss. c.c. L'utente è titolare della situazione di credito verso l'Asl e l'Asl stessa è titolare della situazione di debito, in quanto soggetto tenuto, in quel rapporto obbligatorio cosí sorto, a garantire la prestazione di cura. E poiché l'Asl si avvale di terzi, risponde dell'operato di costoro *ex* art. 1228 c.c.

In sintesi, l'Asl è responsabile perché si è assunta (per legge) l'obbligo di individuare chi debba in concreto (*i.e.*: l'ausiliario, qual è il medico di medicina generale o il pediatra) svolgere la prestazione di cura[63].

Si alleggerisce l'onere probatorio in capo al paziente, ampliando la possibilità di essere risarcito integralmente per la lesione procuratagli dal medico curante per conto dell'ASL di appartenenza, in quanto ne risponde direttamente la seconda *ex* art. 1228 c.c. per l'operato degli ausiliari[64], oltre al medico di medicina generale (come anche il pediatra) *ex* art. 2043 c.c.

Con un'interpretazione sistematica e assiologica compiuta dal giudice di legittimità, prima, e con la novella riforma, ora, si estende la responsabilità in capo a chi si occupa dell'organizzazione del sistema sanità sin dal «primo anello della catena», per garantire un diritto fondamentale della persona (la tutela della salute),

degnato di recarsi presso il medesimo, ormai versante in gravi condizioni di salute, peggiorate con il decorso del tempo, il giorno successivo alla reiterata richiesta di visita da parte della moglie).

63 In tal senso, in linea con Cass., 27 marzo 2015, n. 6243, cit., p. 796 s., anche Bachelet, V.: "Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 792; prima ancóra Bona, M.: "La responsabilità civile dei medici e delle strutture sanitarie", in Iadecola, G. e Bona, M. (a cura di): *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffré, Milano, 2009, p. 240 ss. Cfr., alla luce dell'introduzione della legge Gelli-Bianco, anche le riflessioni svolte in merito da: Comandé, G. e Nocco, L.: "La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.", in Gelli F., Hazan, M. e Zorzit, D. (a cura di): *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017, p. 279 ss. e spec. 281 s.; Moscati, E.: "La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista", in Carpani, G. e Fares, G. (a cura di): *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017*, n. 24, Giappichelli, Torino, 2017, p. 162 e, *ivi*, la nota n. 45.

64 Disposizione, questa, d'ispirazione tedesca secondo il § 278 *BGB* in tema di *Haftund für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 *BGB*).

sí da risultare forse pleonastico l'aver previsto nell'ultimo comma dell'art. 7, l. Gelli-Bianco, che le disposizioni dei commi precedenti costituiscano norme imperative.

Se è violato tale valore primario, occorre una riparazione integrale che non può certo prescindere dal legame che intercorre tra ASL e paziente.

In fondo, il medico di medicina generale come il pediatra agiscono ed esercitano la loro professione perché l'Asl loro lo consente[65]. Ciò in piena sintonia con la riforma del d.lgs. n. 502 del 1992 operata dal decreto Balduzzi.

Un approccio teleologico, questo, ora attuato dal legislatore, in grado di assicurare che, a fronte della lesione di un interesse, specie se di natura non patrimoniale, e, pertanto, primariamente meritevole di tutela, qual è la salute, il paziente possa ottenere una adeguata, *melius* proporzionata riparazione perché integrale[66].

La responsabilità medica può attenere ad una responsabilità terapeutica e ad una responsabilità organizzativa.

La giurisprudenza della Cassazione consolidata nel tempo che individuava la responsabilità in capo al solo medico di base afferma che «[l]'attuale assetto normativo, nella sostanza non troppo difforme da quello già previsto dalla l. n. 833 del 1978, istitutiva del Ssn, non distingue sostanzialmente, con riguardo al rapporto con il paziente, la posizione del medico convenzionato da quella del medico non convenzionato» al punto che, in entrambi i casi, può sostenersi che «il professionista goda dello stesso tipo di libertà nell'esecuzione delle sue prestazioni, al di fuori di ogni controllo preventivo di merito o di potere di direzione da parte della ASL di riferimento»[67].

65 La Asl, in effetti, si avvale della collaborazione dei medici convenzionati per portare a compimento il suo ruolo legislativamente attribuitogli di tutela della salute sul territorio di sua competenza delle persone; sí che non può non rispondere delle lesioni cagionate dai primi alle seconde: in tal senso anche Cass., 9 dicembre 2015, n. 7785, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*; del pari, Bachelet, V.: "Il rapporto tra Asl e medico di base", cit., p. 793.

66 Cfr. anche Bona, M.: "Errori professionali dei medici di base e dei pediatri", cit., p. 1165 ss., spec. p. 1171 ss., il quale ben prefigura la responsabilità dell'Asl per errore del medico di medicina generale; piú di recente, sul tema, Bachelet, V.: "Il rapporto tra Asl e medico di base", cit., p. 777 s. V., altresí, le osservazioni svolte da Meoli, B.: "*sub* art. 7", § 8, in *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 156 s.

67 Cosí Cass. pen., 11 aprile 2008, n. 36502, in *Cass. pen.*, 2010, 1, p. 288; già, in tal senso, Cass. pen., 16 aprile 2003, n. 34460, in *Riv. pen.*, 2003, p. 966, menzionata a sua volta da Cass. pen., 14 marzo 2012, n. 41982, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 216, entrambe orientate a non riconoscere la responsabilità extracontrattuale della Asl ai sensi dell'art. 2049 c.c., col mettere in evidenza che i vincoli legislativi concernenti il limite massimo di pazienti per un medico di base come anche in genere il numero massimo di medici convenzionati attenessero al rapporto tra l'asl e i medici in questione, l'inserimento dei quali nell'organico territoriale non inciderebbe sul rapporto che sorge tra utente e medico convenzionato scelto. Nella giurisprudenza di merito, in maniera conforme, *vid.* Trib. Busto Arsizio, 9 marzo 2011, in *Corr. merito*, 2011, p. 1179 s.; Trib. Novara, 25 ottobre 2010, in *NovaralUS.it*. Parimenti cfr. Cass. pen., 6 marzo 2015, n. 9814, in *www.personaedanno.it*., che, nel riconoscere la responsabilità contrattuale dell'Asl per fatti commessi dai medici di continuità assistenziale, sottolinea la «posizione periferica» nella quale si ritrova «il medico convenzionato rispetto all'organizzazione del servizio, in caso di sostituzione del medico per assenza». Ciò perché con riferimento alle prestazioni erogate dal servizio di continuità assistenziale,

Ma responsabilità organizzativa e responsabilità terapeutiche richiedono una valutazione contestuale[68]. Infatti non si può non considerare che il medico di base, nel momento nel quale effettua la prestazione verso il paziente, compie questo «atto dovuto» in quanto facente parte di un'organizzazione sanitaria (la Asl competente per territorio) che lo ha selezionato e gli ha affidato, sia pure su scelta manifestata dal paziente (il quale a sua volta, peraltro, lo ha scelto all'interno di una lista predisposta dalla Asl stessa), un *tot* numero di pazienti dei quali cura e protegge un valore costituzionalmente protetto, la salute, funzionale alla realizzazione della persona e della sua dignità.

Ciò non può esimere l'Asl da una responsabilità che prescinde dal rapporto medico di base-paziente e che prende origine dall'esigenza di soddisfare un interesse fondamentale dell'uomo che coincide con una situazione esistenziale del paziente di turno da dover primariamente salvaguardare e proteggere. In fondo, il Ssn come è istituito e la normativa che regolamenta il rapporto tra Asl e medico (di recente riformata con l'intento di assicurare un maggiore controllo, un effettivo coordinamento e una ottimale efficienza, che poi devono trovare attuazione nel Ccn di riferimento), dimostrano la sussistenza di una responsabilità diretta in capo all'Asl in caso di inadempimento dei suoi obblighi da parte del medico di base *ex* art. 1228 c.c. Secondo tale disposizione (rubricata come "Responsabilità per fatto degli ausiliari") «[s]alva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento

«i caratteri del rapporto fiduciario tra cittadino e medico appaiono estremamente sfumati», in quanto «[d]ifetta del tutto l'elemento della scelta da parte del paziente, la quale, peraltro, è incompatibile con la funzione di pronto intervento del servizio». Invero, la continuità assistenziale «introduce caratteri di organizzazione nell'esercizio della professione che vanno oltre la sussidiarietà di turnazioni», in quanto il medico «opera in un quadro di riferimenti, sussidi tecnici e logistici (come quelli dell'emergenza), integrazioni e sostituzioni con il S.S.N. che gli consentono di circoscrivere la responsabilità in un rapporto stabile con un'organizzazione complessa e articolata. Ne consegue una progressiva spersonalizzazione della prestazione professionale, sempre piú inserita in processi formali di organizzazione, che ha l'effetto di trasferire la responsabilità, quanto meno economica, dal singolo alla struttura. […] Il rapporto che si instaura tra cittadino e S.S.N. è un rapporto contrattuale (pur caratterizzato da elementi imposti) che travolge ogni concezione tradizionale del medico e riqualifica la singola prestazione riconducendola a un piú complesso rapporto assistenziale, facendo emergere la responsabilità primaria e diretta dell'istituzione» giustificata in quel contesto. […] Alla luce dei rilievi svolti si giustifica pienamente la ritenuta responsabilità della ASL», *ex* art. 1228 c.c., «per fatti commessi dai medici di continuità assistenziale».

68 Sulla responsabilità organizzativa che non può che coniugarsi con la responsabilità terapeutica, si rivelano utili alcune considerazioni di Caterini, E.: "Lettera", rivolta al Ministro della Salute *et Alii* in qualità di Consigliere comunale del comune di Laino Borgo, *www.facebook.com (profilo di Enrico Caterini)*, 16 dicembre 2016: «L'accesso [all'assistenza e quindi con rischi limitati di consequenziali profili di responsabilità] è proporzionato ed equo quando la capacità di scelta dell'utente è improntata a trasparenza, completezza ed esattezza delle caratteristiche quali-quantitative dell'offerta prestazionale. A ciò deve aggiungersi la semplificazione dell'accesso all'informazione quale strumento di eguaglianza sostanziale tra gli utenti». Peraltro «[l]a qualità della cura è riferibile all'esercizio del potere discrezionale che ha ogni sanitario nell'esecuzione della prestazione assistenziale. […] La prestazione di assistenza presuppone delle elevate e aggiornate cognizioni tecnico-scientifiche nonché il supporto integrativo degli strumenti tecnologici occorrenti per l'esecuzione della medesima. Il livello essenziale riferito alla qualità della cura implica l'obbligo del singolo operatore e della struttura d'erogazione di possedere e appropriarsi delle cognizioni e strumenti necessari ad assicurare e garantire l'efficacia prestazionale, ossia il risultato terapeutico acquisito alla conoscenza scientifica con elevati margini probabilistici. La qualità della cura richiede che il soggetto erogatore e il singolo operatore siano dotati dello stato attuale della tecnica. Ivi operano le azioni per la formazione continua, per il controllo di qualità sulle *performance* e sull'organizzazione gestionale, sulle c.dd. piattaforme avanzate».

dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro».

Ebbene, nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte[69], ovverosia dell'ischemia che ha colpito il paziente a séguito di comportamento negligente del medico di base, il quale si degna di recarsi presso il medesimo, ormai versante in gravi condizioni di salute, peggiorate con il decorso del tempo, soltanto il giorno successivo alla reiterata richiesta di visita da parte della moglie del primo, si considera responsabile direttamente l'Asl *ex* art. 1228 c.c., applicato in conformità all'art. 32 cost.

Ciò perché è la stessa legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale che si conforma all'art. 32 cost. nel prevedere modalità di organizzazione di mezzi e di uomini che considera necessarie per il perseguimento di tale suprema finalità, tra le quali sono da annoverare le Asl di riferimento territoriale, in quanto il Ssn, come si è precisato poc'anzi, è un sistema complesso di funzioni, strutture, servizi e attività volte «alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio» (art. 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833). Di conseguenza, l'Asl secondo la propria competenza territoriale, ha l'obbligo di erogare la prestazione sanitaria all'utente, che include ovviamente l'organizzazione di tale attività su ampia scala. È un'obbligazione che deriva dalla legge e non da contratto[70].

Il paziente, dal suo canto, ha il diritto di soddisfare un interesse che coincide con la tutela della sua salute, quale diritto fondamentale.

In questo rapporto cosí costituito, l'intervento del medico, dipendente o convenzionato che sia, è strumento per attuare concretamente l'obbligo

69 Cass., 27 marzo 2015, n. 6243, cit., spec. p. 795 ss.

70 Che sia possibile ricollegare il sorgere di rapporti obbligatori da fatti diversi dal contratto o dall'illecito aquiliano, è autorevolmente asserito, e da tempo, in dottrina: per tutti, *vid.* Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Giuffré, Milano, 1954, p. 49. In maniera conforme, *vid.* Faillace, S.: "Questioni controverse in ordine alla responsabilità da "contatto sociale"", *Resp. civ.*, 2004, p. 252 ss.; e, propriamente sul tema in esame, cfr. anche Bachelet, V.: "Il rapporto tra Asl e medico di base", cit., p. 797. *Contra*, in dottrina, cfr. Zorzit, D.: "La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità "contrattuale" della ASL: nuove geometrie (e qualche perplessità)", *Danno resp.*, 2015, p. 802 s., (spec. p. 809 s., ove l'a. si mostra preoccupata della «tutela particolarmente rafforzata per il paziente», in quanto beneficiario non soltanto «di un termine prescrizionale piú lungo, ma anche di considerevoli vantaggi in termini di onere della prova», determinando «un sistema fortemente "sbilanciato"» in grado di destare «crescente allarme e preoccupazione nella classe medica») e, in giurisprudenza, Cass., sez. un. 26 giugno 3007, n. 14712, in *Danno resp.*, 2008, p. 160 (con nota di Benedetti, A.P.: "Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?", *ivi*, p. 165 ss.), nel preferire l'inquadramento nell'àmbito della teoria del contatto sociale la fonte di responsabilità, ad esempio, della banca negoziatrice per aver consentito la riscossione di assegni non trasferibili in capo a soggetti non legittimati in violazione dell'art. 43, r.d. n. 1736 del 1933.

di prestazione[71]. Costui, peraltro, non è un libero professionista *tout court*; è sicuramente libero di operare scelte terapeutiche secondo la diligenza e la perizia professionali nel momento delle cure da prescrivere al paziente-utente, perché espressione di opera intellettuale a carattere scientifico, al pari del medico dipendente di struttura ospedaliera, ma, come quest'ultimo, rientra in un'organizzazione piú complessa di mezzi, di fini e di persone.

Entrambi sono ausiliari, quanto all'adempimento, dell'Asl il primo, dell'ospedale il secondo[72]; sí che entrambi sono soggetti al controllo dei rispettivi enti per i quali si occupano di curare i pazienti-utenti.

L'obbligazione di prestazione, seppur non derivi da contratto, né da fatto illecito, ha la sua fonte nella categoria residuale prevista dall'art. 1173 c.c., ovverosia, «in ogni atto o fatto idoneo a produr[la] in conformità dell'ordinamento giuridico». D'altronde, la mancanza dell'esplicito riferimento alla fonte legale non elide la potenzialità intrinseca della "legge" di costituire rapporti obbligatori: cosí avviene in Germania con il *BGB*, ove tale assenza rappresenta la conferma del suo essere la "legge" fonte di qualsivoglia obbligazione, sí da non necessitare esplicita menzione[73]. Anche il *code civil* francese riformato distingue tra *obligations ex* «actes juridiques» e *obligations ex* «faits juridiques», indicando la categoria residuale delle *obligations qui naissent* «de l'autorité seule de la loi» (art. 1100 *c.c.fr.*)[74].

71 Ciò trova contezza anche in presenza di un contratto di spedalità, ove la struttura sanitaria ospedaliera è parimenti responsabile *ex* art. 1228 c.c. per i danni cagionati dai medici, suoi dipendenti, dell'opera professionale dei quali si avvale, come ora dispone la legge Gelli-Bianco. In merito, prima ancóra della normativa vigente, *vid. amplius* De Matteis, R.: "Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?", in *Tratt. biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, IV, Giuffré, Milano, 2011, p. 151 e, *ivi*, ulteriori riferimenti bibliografici. In particolare, cfr. Gazzara, M.: "Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria", *Danno resp.*, 2008, p. 1003 s., secondo il quale non sarebbe configurabile tale responsabilità in capo alla struttura ospedaliera, allorquando sia stato il professionista a suggerire al paziente la casa di cura presso la quale dover effettuare una determinata operazione. Tuttavia si omette di considerare che anche in siffatta ipotesi è pur sempre la struttura ad obbligarsi per l'esecuzione dell'operazione stessa; *ergo* non può non essere considerata responsabile: in tale direzione, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. it.*, 2008, p. 1653, con nota di Ciatti, A.: "Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato", *ivi*, p. 1655 ss.; Cass., 28 agosto 2009, n. 18805, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, I, p. 290 ss. Diversamente, invece, si pongono ancóra: Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1979, p. 470 e, in giurisprudenza, Trib. Genova, 11 dicembre 1959, in *Temi gen.*, 1960, p. 121; come anche Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2007, I, p. 1428 ss. Sull'onere probatorio nei giudizi di *medical malpractice* e l'utile ruolo delle linee guida previste dalla l. Gelli-Bianco, cfr. Barbarisi, A.: "L'onere della prova nella responsabilità sanitaria", in *Contratti*, 2017, p. 217 ss. e spec. p. 227 ss.

72 Da ultimo, è da rilevare la stigmatizzazione giurisprudenziale della condotta colposa di costui che, al cospetto di «sintomi aspecifici», non prenda in considerazione in maniera scrupolosa «tutti i loro possibili significati», ma anzi «senza alcun approfondimento si limiti a far propria una sola tra le molteplici e non implausibili diagnosi» (Cass., 30 novembre 2018, n. 30999, in *Quot. giur. on line*).

73 In maniera critica, invece, sul punto, Bachelet, V.: "Il rapporto tra Asl e medico di base", cit., p. 795.

74 Sul punto, prima ancóra: Garron, F.: "L'article 1370 du Code civil, Extrait du dossier Bicentenaire du Code civil: les petits articles sont également de la fête", *Rev. Lamy dr. civ.*, 2004, p. 49; e, in maniera critica, Faillace, S.: "La controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*", in Stanzione, P. e Valentino, D. (a cura di): *IX incontro nazionale coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2009, p. 341 ss. Ben mette in evidenza, peraltro, Federico, A.: "*Négociations* e obblighi di riservatezza", *Giur. it.*, 2018, p. 1317 s., come anche «il progetto preliminare di riforma della responsabilità civile» in Francia «segni un ulteriore passo nell'avvicinamento delle due responsabilità nel diritto francese mediante la

In caso di inadempimento si applica, dunque, l'art. 1218 ss. c.c. L'utente è titolare della situazione di credito verso l'Asl e l'Asl stessa è titolare della situazione di debito, in quanto soggetto tenuto *ex lege* a garantire la prestazione di cura; e poiché si avvale di terzi, risponde dell'operato di costoro *ex* art. 1228 c.c.[75]. In sintesi, l'Asl è responsabile perché si è assunta per legge l'obbligo di individuare chi debba in concreto (ausiliario) svolgere la prestazione di cura.

In tal maniera, secondo parte della dottrina[76] e della giurisprudenza[77], si inquadrerebbe quale responsabilità da contatto sociale, avente fonte non contrattuale[78], ma nel contatto tra medico e utente creatosi a séguito di un atto di scelta operato dal secondo nei confronti del primo e che fa sí che si generi in costui l'affidamento sul corretto svolgimento della prestazione[79]. Tuttavia, a parere di chi scrive, poco rileva preoccuparsi della fonte dalla quale sorge il rapporto

sottoposizione a numerose regole comuni, conservando la responsabilità contrattuale una scarna disciplina specifica (art. 1250 e segg.) e, in particolare, "[s]auf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat" (art. 1251)». In effetti, «sulla base dell'art. 1233-1 c.c. fr., i danni derivanti da lesioni personali sono risarciti secondo le regole della responsabilità extracontrattuale, anche se prodotte in occasione dell'esecuzione del contratto. Tuttavia, la vittima può invocare le disposizioni espresse del contratto che le sono piú favorevole e l'applicazione delle regole della responsabilità contrattuale. *Ex* art. 1234 c.c. fr., qualora l'inadempimento contrattuale cagioni danni a terzi, la richiesta di risarcimento può essere formulata soltanto sulla base della responsabilità extracontrattuale. Pertanto, il risarcimento delle lesioni personali costituisce un'unica area della responsabilità civile» (*ivi*, la nota n. 68). Sul tema, *vid.* anche Mantovani, M.P.: "La responsabilità medica in Francia", *Annuario dir. comp.*, 2017, p. 885 ss.

75 Sebbene non manchi chi in dottrina manifesti perplessità sulla estensibilità di tale disposizione nell'àmbito dell'attività professionale sanitaria, in quanto quest'ultima non sarebbe riducibile a quella svolta degli ausiliari intenti ad una mera esecuzione materiale di quanto disposto dal committente: Mazzamuto, S.: "Note in tema di responsabilità civile del medico", *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 505. Sul punto, cfr. anche Navarretta, E.: "L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1453 ss.

76 In tal senso, senza alcuna pretesa di esaustività, *vid.* di Majo, A.: "L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione", *Corr. giur.*, 1999, p. 450; Id.: *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 49 ss.; Id.: "L'obbligazione "protettiva"", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 1 ss.; Nicolussi, A.: "Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico", *Danno resp.*, 2008, p. 874 ss.; cfr. anche: De Matteis, R.: "Dall'atto medico all'attività sanitaria", cit., p. 157 ss.; Calvo R.: "La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria", in Volpe, F. (a cura di): *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., p. 1 ss., in part. p. 13 ss.; Cicero, C.: "La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale", *ivi*, p. 55 ss., spec. p. 82 s.

77 *Vid.* Cass. pen., 6 marzo 2015, n. 9814, cit.: «la posizione dei sanitari della guardia medica, sulla base della organizzazione del servizio di continuità assistenziale, [è] connotata dalla esistenza di un contatto sociale da cui scaturisce un obbligo di protezione», che richiama cosí Cass. pen., 15 maggio 2012, n. 7529, in *Leggi d'Italia on line*.

78 Come sostiene Faillace, S.: *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 46 s. Prima ancóra, cfr. Castronovo, C.: "L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", cit., 1995, p. 147 ss. V., *retro*, la nota n. 7.

79 In generale, sulla responsabilità da contatto sociale, cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno resp.*, 1999, p. 294, con note di commento di: Carbone, V.: "La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto", *ivi*, p. 294 ss.; Di Ciommo, F.: "Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero" e Lanotte, A.: "L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?", *Foro it.*, 1999, I, rispettivamente cc. 3333 ss. e 3338 ss.; Forziati, M.: "La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione", *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 661 ss.; di Majo, A.: "L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione", cit., p. 446 ss.; Guerinoni, E.: "Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo", *Contratti*, 1999, p. 1007 ss.; Thiene, A.: "La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione", *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, p. 343 ss.; Pizzetti, F.G.: "La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale", *Giur. it.*, 2000, p. 740 ss.

obbligatorio[80], bensí è a quest'ultimo che occorre guardare per consentire che, a fronte della lesione cagionata per errore, negligenza o imperizia medica, si provveda a porvi ristoro in maniera adeguata, proporzionata.

Si alleggerisce, altresí, l'onere probatorio in capo al paziente, ampliando la possibilità di essere risarcita integralmente la lesione procuratagli dal negligente medico curante per conto dell'Asl di appartenenza, in quanto ne risponde direttamente la seconda *ex* art. 1228 c.c. per l'operato degli ausiliari.

In vero, si rivela essere una pronuncia, tre anni orsono, senz'altro innovativa quella del giudice di legittimità poc'anzi accennata, perché con un'interpretazione assiologica si giunge ad estendere la responsabilità in capo a chi si occupa dell'organizzazione del sistema sanità a livello locale nella maniera piú ottimale al fine di garantire l'attuazione di un diritto fondamentale della persona (*i.e.*: la tutela della salute).

Infatti, se viene violato tale valore primario, occorre una riparazione integrale che non può prescindere dal legame che intercorre tra Asl e paziente. In fondo, il medico di base agisce ed esercita la sua professione perché l'Asl glielo consente (che a sua volta ha anche l'obbligo di controllarne l'operato in maniera che risulti rispondente ai canoni di efficienza e copertura di assistenza essenziali), sí da poter rivestire ad un tempo quel ruolo di *trait d'union* rispetto ad altre competenze specialistiche eventualmente da attivare in ragione della gravità delle condizioni del paziente che a lui si sia rivolto "in prima battuta". Tutto questo si rivela essere in piena sintonia con la riforma del d.lgs. n. 502/1992 operata dal decreto Balduzzi, con la quale si funzionalizza l'interpretazione dei rapporti che intercorrono tra i diversi protagonisti delle vicende di riferimento al fine di garantire l'obiettivo costituzionale della erogazione del servizio sanitario rispondente al soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto della salute umana.

Un approccio teleologico, dunque, perseguito e attuato prima dalla giurisprudenza di legittimità e poi accolto dal legislatore nel 2017, pienamente da apprezzare sotto quest'aspetto, al fine di garantire che, a fronte di interessi lesi – specie se di natura non patrimoniale, primariamente meritevoli di tutela – ad opera di medici di base (e di pediatri) nell'esercizio della loro attività professionale convenzionata, si realizzi un'integrale riparazione della persona-paziente. Un approccio, *a fortiori*, da dover preservare e osservare negli anni a seguire sempre da parte del Ssn e delle Asl, in particolare, a fronte di una stimata progressiva

80 Sul fenomeno di espansione del rapporto obbligatorio in essere, in chiave comparatistica, in Germania, in Francia e in Italia, *vid.* Procida Mirabelli di Lauro, A.: "L'obbligazione come rapporto complesso", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 913 ss.

riduzione di tali medici[81] (perché ormai prossimi alla pensione), per assicurare un contestuale *turn-over* ed elidere cosí il rischio della proliferazione di eventi lesivi inerenti il diritto fondamentale della salute e di consequenziali responsabilità ricadenti in capo alle stesse Asl e al Ssn per inadempimento dell'obbligazione (prevista *ex lege*) di garantire a chiunque sicurezza e qualità delle cure, secondo canoni di continuità, universalità, efficienza e gratuità, in conformità dei princípi di proporzionalità[82] e ragionevolezza[83] e, dunque, degli artt. 2, 3, 32, 117 cost., 3 Carta dir. fond. UE e 168 TUE.

81 Cosí Gobbi, B.: "Nei prossimi cinque anni 14 milioni di italiani senza medico di famiglia", *www.ilsole24ore.com*, 9 febbraio 2018.

82 Sul principio di proporzionalità, in particolare, *vid.* Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, (*Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss., e) in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, p. 443 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 379 ss.; Id.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss. e spec. p. 217 ss.; Id.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 593 ss. e in *Studi in onore di Pasquale Stanzione*, Esi, Napoli, 2019, p. 283 ss. Una sua ricostruzione in chiave comparatistica è offerta da Casucci, F.: *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, Napoli, 2001, *passim* e spec. p. 378 ss.

83 Sulla ragionevolezza, per tutti, cfr. Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 1 e, *ivi*, per ulteriori riferimenti bibliografici, le note n. 1 ss.

BIBLIOGRAFÍA

Albarella, P. e Di Luca, N.M.: "In tema di responsabilità professionale nel servizio sanitario nazionale", *Nuovo dir. agr.*, 1978, p. 473 ss.

Aleo, S., De Matteis, R. e Vecchio, G.: *Le responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, Padova, 2014

Alpa, G., Bessone, M. e Zeno-Zencovich, V.: *I fatti illeciti*, 2, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 14.VI, Utet, Torino, 2006

Alpa, G.: "*Ars interpretandi* e responsabilità sanitaria a séguito della nuova legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.*, 2017, p. 728 ss.

Alpa, G.: "La responsabilità medica", *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 15 ss.

Alpini, A.: "«Vaccinazioni obbligatorie» e «obiezione di coscienza»", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1035 ss.

Amodio, C.: "Responsabilità medica", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Milano, 2003, p. 1174 ss.

Astone, A.: "Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)", *Nuova giur. civ. commentata*, 2017, p. 1115 ss.

Bachelet, V.: "Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 777 ss.

Baldassarre, A.: "Diritti inviolabili", in *Enc. giur.* Treccani, XI, Treccani, Roma, 1989, *ad vocem*

Barbarisi, A.: "L'onere della prova nella responsabilità sanitaria", *Contratti*, 2017, p. 217 ss.

Barbera, A.: "Art. 2", in *Comm. cost. it.* Branca, Zanichelli – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1975

Barcellona, M.: "L'«ingiustizia» del danno e il doppio regime della responsabilità", in *Comm. c.c.* diretto da E. Gabrielli, Carnevali U. (a cura di): *Dei fatti illeciti*, sub *art. 2043 c.c.; art. 96 c.p.c.*, I, Utet, Torino, 2011, p. 59 ss.

Barile, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984

Belfiore, C.: "Il medico convenzionato: lavoratore autonomo o convenzionato?", *Giur. merito*, 1987, p. 1033 ss.

Benedetti, A.P.: "Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?", *Danno resp.*, 2015, p. 165 ss.

Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Giuffré, Milano, 1954

Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1979

Bianca, M.L. e Catelani, A. (a cura di): *Giusnaturalismo e diritti inviolabili dell'uomo*, Università degli Studi di Siena. Facoltà di Lettere e Filosofia di Arezzo, Arezzo, 2009

Bodrito, A.: "Sezioni Unite sull'IRAP: passi avanti nell'interpretazione del presupposto", *Riv. giur. trib.*, 2016, p. 746 ss.

Bona, M.: "Errori professionali dei medici di base e dei pediatri", *Danno resp.*, 2006, p. 1165 ss.

Bona, M.: "La responsabilità civile dei medici e delle strutture sanitarie", in Iadecola, G. e Bona, M. (a cura di): *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffré, Milano, 2009, p. 240 ss.

Busnelli, F.D.: "1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute", in Di Ciommo, F. e Troiano, O. (a cura di): *Giurisprudenza e Autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Piacenza, 2018, p. 857 ss.

Busnelli, F.D.: "Illecito civile", in *Enc. giur.* Treccani, XV, Treccani, Roma, 1991, *ad vocem*

Calvo, R.: "La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria", in Volpe, F. (a cura di): *La nuova responsabilità sanitaria*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 1 ss.

Carbone, V.: "La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto", *Danno resp.*, 1999, p. 294 ss.

Castronovo, C.: "L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffré, Milano, 1995, p. 147 ss.

Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006

Casucci, F.: *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, Napoli, 2001

Catelani, A.: *La sanità pubblica*, *Tratt. dir. amm.* diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, 2010

Caterini, E.: "Lettera", rivolta al Ministro della Salute *et Alii* in qualità di Consigliere comunale del comune di Laino Borgo, *www.facebook.com (profilo Enrico Caterini)*, 16 dicembre 2016

Ciatti, A.: "Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato", *Giur. it.*, 2008, p. 1655 ss.

Cicero, C.: "La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale", in Volpe F. (a cura di): *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 55 ss.

Comandé, G. e Nocco, L.: "La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.", in Gelli, F., Hazan, M. e Zorzit, D. (a cura di): *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Giuffré, Milano, 2017, p. 253 ss.

D'Adda, A.: "Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale", *Corr. giur.*, 2017, p. 769 ss.

Daver, C.: "La télémédecine, entre progrès techniques et responsabilités", *Rec. Dalloz*, 2000, p. 527 ss.

De Matteis, R.: "Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?", in *Tratt. biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, IV, Giuffré, Milano, 2011, p. 117 ss.

De Santis, A.: "La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco", *Studium iuris*, 2017, pp. 790 ss.

Di Ciommo, F.: "Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero", *Foro it.*, 1999, I, c. 3333 ss.

Di Majo, A.: "L'obbligazione "protettiva"", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 1 ss.

Di Majo, A.: "L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione", *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss.

Di Majo, A.: *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009

Faccioli, M.: "La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "legge Gelli-Bianco"): profili civilistici", *Studium iuris*, 2017, p. 781 ss.

Faillace, S.: "La controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*", in Stanzione, P. e Valentino, D. (a cura di): *IX incontro nazionale coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2009, p. 341 ss.

Faillace, S.: *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004

Faillace, S.: "Questioni controverse in ordine alla responsabilità da "contatto sociale"", *Resp. civ.*, 2004, p. 252 ss.

Federico, A.: "*Négociations* e obblighi di riservatezza", *Giur. it.*, 2018, p. 1309 ss.

Ferrara, R.: "Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel SSN: spunti problematici", in Tullini, P. e Bottari, C.: *La dirigenza sanitaria: amministrativisti e lavoristi a confronto*, Maggioli, Rimini, 2004, p. 53 ss.

Forziati, M.: "La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione", *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 661 ss.

Franzoni, M.: "La nuova responsabilità in ambito sanitario", *Resp. med.*, 2017, p. 5 ss.

Galgano, F.: "Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria", *Riv. trim.*, 1984, p. 710 ss.

Garron, F.: "L'article 1370 du Code civil, Extrait du dossier Bicentenaire du Code civil: les petits articles sont également de la fête", *Rev. Lamy dr. civ.*, 2004, p. 49 ss.

Gazzara, M.: *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Esi, Napoli, 2016

Gazzara, M.: "Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria", *Danno resp.*, 2008, p. 1002 ss.

Gobbi, B.: "Nei prossimi cinque anni 14 milioni di italiani senza medico di famiglia", *www.ilsole24ore.com*, 9 febbraio 2018

Grandi, B.: *Il rapporto di lavoro convenzionato con il SSN*, Giappichelli, Torino, 2013

Grossi, P.: *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili dell'uomo nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972

GUERINONI, E.: "Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo", *Contratti*, 1999, p. 999 ss.

HAZAN, M. e ZORZIT, D.: *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffré, Milano, 2013

HAZAN, M.: "Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)", *Danno resp.*, 2017, p. 75 ss.

KLESTA, L.: "La responsabilità medica in Francia: l'epilogo di un percorso movimentato?", *Nuova giur. civ. commentata*, 2013, II, p. 479 ss.

LANOTTE, A.: "L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?", *Foro it.*, 1999, I, c. 3338 ss.

LANZARA, O.: "Medical malpractice*: evoluzione o regresso?*", *comparazionedirittocivile.it*, ottobre 2017, p. 1 ss.

LEQUILLERIER, C.: "L'«ubérisation» de la santé", in *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 155 ss.

LO VOI, V.: "La responsabilità professionale del medico tra contratto e torto: spunti comparatistici", *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1053 ss.

MALOMO, A.: "Perdita della vita e riparazione integrale", *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 383 ss.

MALOMO, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2017

MANTOVANI, M.P.: "La responsabilità medica in Francia", *Annuario dir. comp.*, 2017, p. 885 ss.

MARUCCI, B.: *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2018

MASIERI, C.: "Novità in tema di responsabilità sanitaria", *Nuova giur. civ. commentata*, 2017, p. 752 ss.

MAZZAMUTO, S.: "Note in tema di responsabilità civile del medico", *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 501 ss.

MONTICELLI, S.: "Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24", in VOLPE, F. (a cura di): *La nuova responsabilità*

sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017), Zanichelli, Bologna, 2018, p. 147 ss.

Morlino, E.: "La responsabilità delle ASL per errore del medico", *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 673 ss.

Moscati, E.: "La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista", in Carpani, G. e Fares, G. (a cura di): *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017*, n. 24, Giappichelli, Torino, 2017, p. 149 ss.

Navarretta, E.: "L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1453 ss.

Nazzaro, A.C.: "Linee guida e indagine in concreto della colpevolezza del sanitario", *Corti fiorentine*, 2016, 3, p. 3 ss.

Nicolussi, A.: "Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico", *Danno resp.*, 2008, p. 871 ss.

Pace, A.: *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, e *Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992

Panebianco, M.: "*Jura humanitatis*, diritti umani e «nuovi» diritti fondamentali", *Jus*, 2000, p. 120 ss.

Pardolesi, R. e Simone, R.: "Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)", *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.

Pardolesi, R.: "Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria", *Danno resp.*, 2017, p. 261 ss.

Perlingieri, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Esi, Napoli, 2018

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972

Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.

Perlingieri, P.: "Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista al Prof. Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017) di F. Pedrini", *Stato*, 2017, 8, p. 187 ss.

Perlingieri, P.: "Conclusioni", in Valentino D. (a cura di): *La riforma del* code civil*: una prospettiva italo-francese*, Esi, Napoli, 2018, p. 235 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", (*Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss., e) in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, p. 441 ss.

Perlingieri, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006

Perlingieri, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 593 ss. e in *Studi in onore di Pasquale Stanzione*, Esi, Napoli, 2019, p. 283 ss.

Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1061 ss.

Perlingieri, P.: "La tutela giuridica della «integrità psichica» (A proposito delle psicoterapie)", (*Riv. trim.*, 1972, p. 763 ss., e ora) in Id.: *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 131 ss.

Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115 ss.

Pizzetti, F.G.: "La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale", *Giur. it.*, 2000, p. 740 ss.

Ponzanelli, G.: "L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle Assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive", *Nuova giur. civ. commentata*, 2013, p. 145 ss.

Ponzanelli, G.: "La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa", *Danno resp.*, 2016, p. 816 ss.

Ponzanelli, G.: "*Medical malpractice*: la legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.*, 2017, p. 356 ss.

PRIEST, G.L.: "The current insurance crisis and modern tort law", *Yale L. J.*, 1987, 96, p. 1524 ss.

PRINCIGALLI, A.M.: "La responsabilità medica: da un sistema flessibile a un sistema rigido", in *Comm. c.c.* diretto da E. Gabrielli, CARNEVALI, U. (a cura di): *Dei fatti illeciti*, sub *art. 2043 c.c.; art. 96 c.p.c.*, I, Utet, Torino, 2011, p. 462 ss.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: "L'obbligazione come rapporto complesso", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 910 ss.

PUCELLA, R.: "La responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base", *Nuova giur. civ. commentata*, 2015, I, p. 943 ss.

ROSSI, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiorn.*, V, Utet, Torino, 2010, p. 346 ss.

RUGGERI, A.: "La tutela multilivello dei diritti fondamentali tra esperienze di normazione e teorie costituzionali", *Pol. dir.*, 2007, p. 317 ss.

SAGE, W.M. e KERSH, R. (a cura di): *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, Cambridge University press, Cambridge, 2006

SALVI, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985

SALVI, C.: "Il paradosso della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 ss.

SANTANGELO, I.A.: "A tutela del medico convenzionato con l'unità sanitaria locale e l'àmbito di giurisdizione ordinaria", *Giur. merito*, 1993, p. 1294 ss.

SAVORANI, G.: "Il profilo giuridico del Medico di Medicina generale", https://www.scudomedico.it/index.php/2016/02/19/il-profilo-giuridico-del-medico-di-medicina generale-pt-1/

SCOGNAMIGLIO, C.: "Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria", *Corr. giur.*, 2017, p. 740 ss.

SICA, S., "*sub* art 1", § 1, in STANZIONE P., SICA, S. e MEOLI, B. (a cura di): *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Esi, Napoli, 2018, p. 1 ss.

SICA, S., e MEOLI, B.: "*sub* art. 7", in STANZIONE, P., SICA, S. e MEOLI, B. (a cura di): *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Esi, Napoli, 2018, p. 109 ss.

Stanzione, P., Sica, S. e Meoli, B. (a cura di): *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Esi, Napoli, 2018

Stanzione, P.: "Attività sanitaria e responsabilità civile", *Danno resp.*, 2003, p. 693 ss.

Studdert, D.M.: "Defensive Medicin Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment", 286 JAMA, 2609 (2005)

Thiene, A.: "La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione", *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, p. 343 ss.

Treves, R.: "Diritto e cultura", (1947), in Id., *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. Carrino, Prefazione di N. Bobbio, Esi, Napoli, 1993, p. 99 ss.

Treves, R.: "Il diritto come componente della cultura", (1979), in Id., *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. Carrino, Prefazione di N. Bobbio, Esi, Napoli, 1993, p. 197 ss.

Tullio, L.: "«Nuovi» profili della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria nella l. n. 24/2017", *Riv. giur. Molise Sannio*, 2017, 2, p. 112 ss.

Venosta, F.: "Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.

Visintini, G.: "Inadempimento e mora del debitore, *sub* artt. 1218-1222", in *Comm. c.c.* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffré, Milano, 2006

Visintini, G.: "La colpa medica nella responsabilità civile", *Contr. impr.*, 2015, p. 530 ss.

Zaccaria, A.: "*Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakt* (La resistibile ascesa del "contatto sociale")", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 7 ss.

Zaccaria, A.: "La "teoria" del "contatto sociale"", *Studium iuris*, 2018, p. 592 ss.

Zaccaria, A.: La natura della responsabilità per *culpa in contrahendo* secondo il punto di vista del gambero", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss.

Zana, M.: "Il doppio binario della responsabilità, tra contrattualità ed extracontrattualità. Le novità del disegno di legge Gelli", *Corti fiorentine*, 2016, 3, p. 19 ss.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento", *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 297 ss.

ZORZIT, D.: La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità "contrattuale" della ASL: nuove geometrie (e qualche perplessità)", *Danno resp.*, 2015, p. 794 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

EL TESTAMENTO Y LA FUTURA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: ALGUNAS REFLEXIONES*

THE WILL AND THE FUTURE REFORM OF THE CIVIL CODE ABOUT OF DISABILITY: SOME REFLECTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 346-373

* Trabajo realizado en el marco del Microcluster VCL/CAMPUS "Estudios de Derecho y empresa sobre Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law business studies on ICT)", resolución de la Convocatoria para la creación de Microcluster de Investigación (MCI) de 5 de mayo de 2011. Investigador responsable del Microcluster, Dr. D. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil. Departamento de Derecho civil. Universitat de València. Coordinadora desde abril de 2013, en la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández.

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011) indicaba la adaptación normativa del ordenamiento jurídico para cumplir con lo indicado en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que fue ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008). Es por ello que para realizar las modificaciones oportunas el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad afecta al Código civil en materia de sucesiones. En el presente trabajo se estudiará la reforma que afecta al testamento y la discapacidad, especialmente se atenderá a la capacidad para testar y ser testigo en el testamento, la forma del mismo, y el otorgamiento en el caso de personas con discapacidad visual, entre otras cuestiones como la utilización de medios mecánicos o electrónicos para su redacción, teniendo en cuenta las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) que pueden ser herramientas idóneas para la adaptación y accesibilidad en materia de discapacidad. Ello nos permitirá poder reflexionar sobre estas cuestiones y se intentará aportar alguna solución de aplicación en el ordenamiento jurídico español en los casos de discusión.

PALABRAS CLAVE: Testamento; reforma; Código civil; discapacidad; legislación.

ABSTRACT: *Law 26/2011, of 1 August, on the adaptation to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (BOE No. 184, of August 2, 2011) indicated the legal adaptation of the legal system to comply with the indicated in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006, and ratified by Spain on November 23, 2007 (BOE No. 96, of April 21, 2008). That is why, in order to carry out the appropriate modifications, the Draft Bill amending the civil and procedural legislation on disability matters affects the Civil Code in matters of succession. In the present work we will study the reform that affects the will and the disability, especially the capacity to test and be witnessed in the will, the form thereof, and the granting in the case of people with visual disability, among others. issues such as the use of mechanical or electronic means for its drafting, taking into account new information and communication technologies (ICTs) that can be suitable tools for adaptation and accessibility in the field of disability. This will allow us to reflect on these issues and will try to provide some solution of application in the Spanish legal system in cases of discussion.*

KEY WORDS: *Will; reform; Civil Code; disability; legislation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ADAPTACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: CONSIDERACIONES GENERALES.- III. LA FUTURA Y NECESARIA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTO Y DISCAPACIDAD.- IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)[1], en su art. 21, preceptúa la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de discapacidad, y el art. 26, respecto a la integración de las personas discapacitadas, indica que la Unión reconoce y respeta su derecho a beneficiarse de medidas para garantizar su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Posteriormente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York, fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), y se ratificó por nuestro país el 23 de noviembre de 2007[2]. Se recogían en los mismos los derechos de personas con discapacidad, y las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar los derechos de dichas personas. Se proclama como objetivo, en su art. 1, la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones iguales de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

En la letra e) de su Preámbulo manifiesta que el concepto de discapacidad es evolutivo:

"e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas

1 DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

2 BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

• Francisca Ramón Fernández
Profesora titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

El art. 4.1 de la citada Convención establecía literalmente que:

"Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad".

El art. 12.2 del mismo texto legal, establece que "los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"[3].

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2010: un compromiso renovado para una Europa sin barreras (COM/2010/0636 final) cuyo objetivo es capacitar a las personas con discapacidad para que disfruten de todos sus derechos. Se utilizará la legislación comunitaria vigente para protegerlas de la discriminación, y se aplicará una política activa para luchar contra ella. La Comisión prestará atención al impacto acumulativo de la discriminación que pueden sufrir las personas con discapacidad.

Tras la mencionada Convención, se promulgó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[4], así como el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre[5].

3 Como indica Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, p. 265, «los principios que enuncia la Convención (básicamente, el de la igualdad del art. 12, en sus diversas manifestaciones) no se interprete en un sentido literal, sino como conteniendo una cláusula de "en la medida de lo posible". Así, por ejemplo, el art. 12.2 habría que leerlo así: "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen, en la medida de lo posible, capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"».

4 BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

5 BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.

De acuerdo con los principios constitucionales, el art. 14 establece el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación, y corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la misma, y que sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica, cultural y social. Los poderes públicos, según indica el art. 49 de la Carta Magna, tienen obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, a las que les prestarán atención especializada y les ampararán para disfrutar de los derechos y deberes fundamentales[6].

Resulta imprescindible indicar que con posterioridad a la Ley 26/2011 y al Real Decreto 1276/2011, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[7] indicaba como uno de sus objetivos garantizar el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de personas, erradicando toda forma de discriminación, según lo indicado en los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Carta Magna y el Convenio Internacional aludido anteriormente.

El mencionado Real Decreto Legislativo 1/2013 define la discapacidad como la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con el resto (art. 2).

Pues bien, es preciso diferenciar distintos conceptos en el ámbito de la capacidad, discapacidad e incapacitación teniendo en cuenta lo indicado en el art.199 del CC al indicar que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley, y que conforme contempla el art. 200, son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. En este escenario nos encontramos con que la adaptación del CC español no se ha producido, y resulta necesario adaptar el ámbito sucesorio a este nuevo panorama legislativo que tenemos con la normativa internacional referida[8]. Nos proponemos, pues, estudiar la futura modificación del testamento en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en especial en relación a la capacidad de testar y ser testigo en el testamento, la forma

6 *Vid.* sobre ello: Pereña Vicente, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, 2016, pp. 3 y ss.

7 BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

8 García Rubio, Mª. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales Academia Matritense Notariado*, t. LVIII, 2017/2018, p. 143 y ss.

del mismo, y el otorgamiento en el caso de personas con discapacidad visual, así como la utilización de medios mecánicos o electrónicos para su redacción en relación a las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) que se puedan considerar como instrumentos útiles para a accesibilidad. Junto a ello, y de forma complementaria aludiremos a la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho civil.

II. ADAPTACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: CONSIDERACIONES GENERALES

La Observación General núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11º periodo de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014, establece que los Estados Partes estarán obligados a modificar o adaptar su normativa para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, con la salvedad de los supuestos en que impongan una carga desproporcionada o indebida[9]. El mencionado Comité recomendó a nuestro país que realizara una revisión legislativa para adaptarlo con la finalidad de que puedan dichas personas tomar decisiones con respeto a su autonomía, preferencia y voluntad.

Debemos mencionar la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad Jefatura del Estado[10].

9 *Vid*. la crítica a la misma realizada por Alemany, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 214, que afirma: «Constituye una grave error de la Convención, agudizado por la Observación, el tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, el haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales, abusando de la analogía con el género al tiempo que se ignora la tradicional analogía con la minoridad. Con el propósito legítimo de luchar contra discriminaciones que, sin lugar a dudas, sufren de modo especial las personas con discapacidad, se termina, sin embargo, desconsiderando totalmente los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad mental. La categoría apartada es la de "incapacidad" que, se diría, resulta un "insulto", lo cual solo puede ser concebido precisamente desde los prejuicios que se quieren combatir. La incapacidad está vinculada a la dificultad o imposibilidad para desempeñar una tarea y, en los contextos jurídicos, con la dificultad o imposibilidad para enfrentar la tarea de adoptar decisiones racionales (…)
Sabemos que, con frecuencia, a las personas con discapacidad física o sensorial se les ha tratado como incapaces sin serlo. Esto es una discriminación injustificada, una seria violación de derechos. Pero la vinculación entre discapacidad mental e intelectual e incapacidad no responde a un prejuicio del mismo modo puesto que, como veremos más adelante, hay una vinculación especial entre estos tipos de discapacidad y la noción de incapacidad. Finalmente, quisiera terminar señalando la paradoja de la representación en la que incurre el Comité constituido en su mayoría por personas discapacitadas, todas ellas físicas o sensoriales, que hablan en nombre de los discapacitados mentales quienes, a su juicio, deberían hablar en nombre propio».

10 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

La Ley 26/2011 introdujo sustanciales cambios en distinta normativa, con la finalidad de adaptarla al Convenio Internacional. En este sentido, podemos indicar que se afectaron las siguientes normas:

a) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[11] (actualmente derogada);

b) Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[12];

c) Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[13] (actualmente derogada);

d) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social[14];

e) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos[15];

f) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad[16];

g) 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[17];

h) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida[18];

i) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud[19];

11 BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.
12 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007.
13 BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.
14 BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.
15 BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.
16 BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.
17 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.
18 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.
19 BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003.

j) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias[20];

k) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público[21] (actualmente derogada);

l) Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil[22] (actualmente derogada);

m) Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo[23];

n) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro[24];

ñ) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal[25];

o) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico[26];

p) Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar[27];

r) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público[28] (actualmente derogada);

s) Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos[29] (actualmente derogada).

Por su parte, el Real Decreto 1276/2011 modificó las siguientes normas:

a) Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad;

b) Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con

20 BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.
21 BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.
22 BOE núm. 22, de 25 de enero de 1985.
23 BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998.
24 BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.
25 BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.
26 BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.
27 BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.
28 BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007.
29 BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social[30];

c) Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil[31];

d) Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear[32];

e) Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico[33];

f) Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres[34] (actualmente derogada);

g) Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado[35];

h) Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos[36] (actualmente derogada);

i) Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos[37] (disposición anulada);

j) Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión[38];

30 BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2007.
31 BOE núm. 105, de 1 de mayo de 1992.
32 BOE núm. 169, de 14 de julio de 2004.
33 BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2010.
34 BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000.
35 BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.
36 BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000.
37 BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 2006.
38 BOE núm. 225, de 20 de septiembre de 2005.

k) Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos[39] (disposición derogada).

Con posterioridad se promulgaron el referido anteriormente Real Decreto Legislativo 1/2013, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones[40], y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad[41].

Respecto a esta última modificación legislativa, debemos indicar que se complementó con la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018[42], derogada por la reciente Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019[43].

En este sentido, se estableció una modificación del art. 3, apartado 2, que quedaba redactado indicando que toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera. Por lo que quedaban eliminados los supuestos de incapacidad electoral que contemplaban los párrafos b) y c) del apartado 1 del art. 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

A raíz de problemas de interpretación del art, apartado 2, la Instrucción 7/2019 ha precisado que se deberá admitir por las Mesas Electorales el voto de cualquier persona que esté inscrita en el censo, y si tienen alguna discapacidad se podrán valer de algún acompañante, o medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de aquéllas. Si algún miembro de la Mesa electoral, interventor o apoderado considera que no se ha ejercido el voto de forma consciente, libre y voluntaria, lo hará constar en el acta, pero no impedirá que el voto se introduzca en la urna.

39 BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2004.

40 BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017.

41 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

42 BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2019.

43 BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2019.

III. LA FUTURA Y NECESARIA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTO Y DISCAPACIDAD

El testamento es un acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos o parte de sus bienes, conforme indica el art. 667 CC. El Decreto de 2 de junio de 1944 en su art. 143, establece que los testamentos y actos de última voluntad se rigen, en cuanto a forma, requisitos o solemnidades, por la normativa civil, siendo supletoria la normativa notarial.

Actualmente, en la regulación del CC se indica que están incapacitados para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663), y el art. 665 precisa que siempre que la persona incapacitada por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad para testar pretenda otorgarlo, el Notario designará dos facultativos que previamente lo reconozco, y lo autorizará cuando éstos respondan de su capacidad.

En el art. 685 indica que deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Por su parte, el art. 681 indica que no podrán ser testigos en los testamentos los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

En los casos de que se otorgue testamento por encontrarse el testador en inminente peligro de muerte, y en los casos de epidemia, sin la intervención del Notario, y ante testigos (cinco en el primer caso; tres en el segundo caso), éstos tendrán la obligación de procurar asegurarse de la capacidad del testador (arts. 685, 700 y 701).

En el caso del testamento abierto, el art. 697 expresa que al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos en el caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmarlo, y aunque pueda, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. En el supuesto de que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente soro, los testigos lo leerán en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con su voluntad manifestada previamente.

También deberán concurrir al otorgamiento los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado, como observa el art. 698.

El art. 708 prohíbe expresamente que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sean o no puedan leer.

No obstante lo anterior, debemos mencionar en este apartado la Ley 27/2007, indicando el derecho de libre opción de las mismas al aprendizaje, conocimiento

y uso de las lenguas de signos, y los diferentes medios de apoyo a la comunicación oral, con la finalidad de favorecer su inclusión.

En cuanto a la jurisprudencia, la muy reciente STS de 15 de marzo de 2018 (TOL6. 548.076)[44]. Ponente: Dª. María de los Ángeles Parra Lucán en la que se trataba de una persona con discapacidad intelectual y la impugnación de dos testamentos notariales que había otorgado (el primero antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero ya instado por el Ministerio Fiscal el procedimiento; el segundo, con posterioridad a la sentencia que sometió a curatela a la persona para realizar actos de disposición). Se indica que el art. 662 CC consagra el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción, por lo que no cabe basar la falta de capacidad para otorgar testamento ni por aplicación analógica ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

Entendió el Tribunal Supremo que: "la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar

(…) De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes".

Así las cosas, la más que necesaria adaptación de la regulación sucesoria común al Convenio Internacional y seguir la estela precedida por la normativa a la que hemos hecho puntual referencia, ha propiciado que se haya elaborado

44 La sentencia ha sido comentada por Páramo y De Santiago, C.: "Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018), *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208, 2018, pp. 49-54 y por García Herrera, V.: "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (sts 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad[45].

El Pleno del Comité Económico y Social emitió dictamen sobre el Anteproyecto, en su sesión ordinaria de 24 de octubre de 2018, en el que realizó las siguientes consideraciones sobre la modificación que afecta al ámbito sucesorio en relación con el testamento:

- La modificación de la redacción del art. 663 CC suprime la expresión de incapacidad y de falta de cabal juicio, y se redacta indicando la afectación de las facultades de discernimiento que impiden testar. De esta forma, no pueden testar, según la redacción propuesta, las personas que en el momento del otorgamiento tengan afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello.

Como indica la doctrina[46] con este cambio en la redacción y que afecta principalmente al concepto, ya que no es admisible una inhabilitación judicial que se produzca con anterioridad al otorgamiento del testamento, por lo que la capacidad para testar o no debe ser considerada en el momento en que se decida otorgar el acto de última voluntad, siendo el notario y facultativos, si fuera necesario, los competentes para ello. Es justamente en la misma sintonía que se ha pronunciado el TS en la sentencia referida de 2018, y que como manifestó el Alto Tribunal, en STS 14 febrero 2006[47] "tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia".

- La modificación del art. 665 CC que suprime la indicación de incapacitación por sentencia.

La nueva redacción propuesta del indicado precepto indica que: "Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo,

45 *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310. Sobre el mismo se han realizado distintos comentarios por parte de la doctrina: Escartín Ipiéns, J. A.: "Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 227-245. García Rubio, Mª. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.

46 García Rubio, Mª. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 175.

47 STS 14 febrero 2006 (TOL846.273). Citada por Verda y Beamonte, J. R. De: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 1, 2014, p. 42.

este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud".

Consideramos, como también ha puesto de manifiesto la doctrina, que no se altera con dicha redacción la igualdad de condiciones respecto al ejercicio de la capacidad de testar, sino que en el supuesto de que el Notario dudara fundadamente de la aptitud de una persona, bien porque considere que no está comprendiendo la transcendencia del acto, bien porque albergue dudas sobre el entendimiento de lo que se le esté indicando, con las consecuencias y efectos que conlleva, acuda a expertos que le indiquen la capacidad cognitiva del testador. El dictamen no es vinculante, y será el Notario el que en última instancia decida si tiene aptitud o no el testador. Ello nos lleva a indicar que no es lo mismo un testamento que tenga pocas dificultades, bien por no disponer de excesivos bienes, o bien por ser clara la designación de herederos y legitimarios; que un testamento muy complejo, que puede ser más difícil determinar la aptitud o bien tener más dudas fundadas el Notario de la comprensión de lo que se le manifiesta al testador. Se convierte, pues, en figura de apoyo el Notario para orientar y asesorar al testador[48].

- La modificación del art. 695 CC, respecto del testamento abierto, con la finalidad de reforzar los medios utilizables para asegurar el correcto entendimiento y expresión de la voluntad del testador ante el notario, con la finalidad de que puedan realizar dichos actos testamentarias todas las personas.

De esta forma, la redacción, en el testamento abierto, con el Anteproyecto mencionado permitiría que el testador:

a) Pueda expresar su voluntad de forma oral.

b) Pueda expresar su voluntad de forma escrita.

c) Pueda expresar su voluntad mediante cualquier medio técnico, material o humano.

48 García Rubio, Mª. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", cit., p. 176. La autora también alude a una situación especialmente compleja, cual es el caso de la revocación de testamento anterior en el caso de que una persona haya sido incapacitada judicialmente. Así, indica que: «Es muy importante en este punto reflexionar sobre los testamentos revocatorios de otros anteriores; no es infrecuente hoy en día el caso de personas que otorgaron en su día testamento y posteriormente fueron perdiendo parte de sus facultades volitivas o intelectuales, a pesar de lo cual, por razones muy diversas y a veces muy sólidas, saben que quieren revocar aquellas disposiciones *mortis causa* que en su día hicieron. Habiendo sido incapacitadas judicialmente, muchas de esas personas se están viendo privadas de la facultad de hacer un nuevo testamento revocatorio del anterior, situación que resulta a mi juicio totalmente inadmisible ya hoy y que en ningún caso puede tener cabida en el nuevo sistema».

d) Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

e) Si el testador tiene dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones que sean necesarias, y de que conoce que el testamento recoge de forma fiel su última voluntad.

Vemos que se centra la nueva redacción en las personas con discapacidades sensoriales (visuales y auditivas) y que se contemplan medidas e instrumentos de apoyo tecnológico para suplir la carencia que afecta a la persona que otorga testamento.

- La eliminación del apartado 2 del art. 697 CC, por considerar que resulta superfluo. Recordar que este precepto, en sede de testamento abierto, indica que al acto de otorgamiento deben concurrir dos testigos idóneos cuando el testador, aunque pueda firmar el testamento, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento. En este último caso fuera enteramente sordo, los testigos leerán en presencia del Notario el testamento y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

Esta supresión supone una reivindicación largamente solicitada por las personas con discapacidad, ya que era excesivamente restrictivo el precepto y no era ya comprensible con los nuevos avances tecnológicos.

- Respecto al testamento cerrado, se modifica el art. 706 CC para incorporar el soporte y firma electrónicos en su redacción. Se moderniza también este tipo testamentario para que puedan otorgarlo personas con discapacidad visual, con la utilización de medios adaptados a su deficiencia, con lo que queda afectada la redacción del art. 708 CC, que se propone el siguiente texto:

"No pueden hacer testamento cerrado los que no sepan o no puedan leer.

Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código".

De esta forma, se elimina la prohibición del otorgamiento del testamento cerrado a las personas ciegas.

De esta forma, se propone esta redacción para el art. 706.3 CC: "Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste

pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida".

- Se añade un párrafo al art. 709 CC para la presentación del testamento cerrado por personas ciegas o con discapacidad visual.

En este sentido, la redacción que se propone establece:

"Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1º. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el art. 706.

2º. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.

3º. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707 en lo que sea aplicable al caso.

Las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que le permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por él".

Supone un pleno reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad sensorial que puedan realizar el testamento cerrado, con las adaptaciones oportunas a sus circunstancias, dado que las TICs en la actualidad permiten suplir de forma eficaz las limitaciones que anteriormente suponían un hándicap insalvable.

- Se modifica el art. 742 CC y se actualiza respecto a las personas con alteraciones graves en su salud mental. Se propone la siguiente redacción del precepto: "El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez".

Por su parte, la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, en el Libro VI, De las Sucesiones, regula en los arts. 462-1 y ss. tanto la presunción de capacidad, la incapacidad para testar, el testamento otorgado antes de la pérdida de la capacidad, la intervención de facultativos, el momento para apreciar la capacidad, y los distintos tipos testamentarios, por lo que nos interesa al tema objeto de estudio, nos centraremos en el testamento ológrafo, abierto, y cerrado, en referencia a los requisitos de validez del primero, y la discapacidad para comunicarse verbalmente en el tercero, y dista de lo que hemos comentado sobre el Anteproyecto.

De esta propuesta de regulación vemos las siguientes indicaciones:

1. Pueden testar todos los que la Ley no se lo prohíba de forma expresa.

2. Están incapacitados para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento.

3. Aunque se haya modificado la capacidad, pueden otorgar testamento abierto siempre que se responda de aquélla dos facultativos designados por el Notario, que previamente la hayan reconocido.

4. El testamento ológrafo debe ser manuscrito por el testador, firmado por él, y expresada la fecha en que se otorga.

5. No pueden ser testigos en los testamentos los que no presente el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

6. El Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

7. En el testamento abierto, el testador expresará oralmente o por escrito su voluntad al Notario. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

El Notario hará constar que, a su juicio, el testador se encuentra con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

En el acto de otorgamiento deben concurrir dos testigos idóneos en el caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, y cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. En el caso de que el testador que no sepa o no pueda leer sea enteramente sordo, los testigos deben leer el testamento en presencia del Notario y declarar que coincide con la voluntad del testador.

8. Respecto al testamento cerrado, se indica que ha de ser escrito por el testador, de forma autógrafa o mediante medios técnicos, o por tercero por encargo suyo. Deberá expresarse el lugar y fecha. En el último caso que lo redacte un tercero a ruego del testador, se hará constar esa circunstancia e identificarse la persona, que firmará con el otorgante al final del testamento.

En el caso de que se redacte en soporte electrónico, deberá firmarse con firma electrónica reconocida.

Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando su identidad y la causa de la imposibilidad.

9. Se prohíbe que puedan otorgar testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

Se contempla la discapacidad para la comunicación verbal. Estas personas si saben escribir podrán otorgar testamento cerrado con las siguientes indicaciones:

a) El testamento ha de ser firmado por el testador. Se aplicarán los demás requisitos indicados del testamento cerrado.

b) Al hacer la presentación el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento expresando cómo está escrito y que está firmado por él.

c) A continuación de lo escrito por el testador, se extenderá el acta de otorgamiento, y el Notario dará fe de haberse cumplido lo anterior y lo dispuesto respecto de las solemnidades del testamento cerrado, en lo que sea aplicable al supuesto.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL

Como documento público notarial, el Notario dará fe de la identidad, capacidad y legitimación y que el consentimiento ha sido libremente prestado, ajustándose el otorgamiento a la legalidad y a la voluntad del otorgante.

En la actual regulación del testamento en la legislación de derecho civil común, arts. 662 y ss., se distingue el testamento común, que incluye el ológrafo, abierto o cerrado, y el especial que comprende el militar, marítimo y hecho en país extranjero. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) no han tenido su operatividad en el ámbito testamentario, ya que no se puede realizar

testamento online, ni a través de internet[49], ni con un formulario predeterminado. Es preciso realizarlo ajustándose a las formas preceptuadas por la legislación aplicable, teniendo en cuenta el principio de libertad de testar[50].

De ahí, que debamos considerar si el testamento, en cualquiera de sus modalidades, puede ser realizado y en qué condiciones por una persona con discapacidad. Es por ello que debemos atender a la capacidad para otorgar testamento y a las formalidades del mismo. Nos planteamos, por tanto, en el caso de obligatoriedad de la forma escrita, y de su puño y letra, con expresión del año, mes y día de otorgamiento, como es el caso del testamento ológrafo (art. 688 CC), por lo que en este caso no entran en aplicación las TICs[51]. En cuanto a la capacidad, se atiende para prestar el consentimiento a la edad, mayor de catorce años (art. 663 del CC), por lo que los menores de esa edad están incapacitados, y en el caso del ológrafo mayoría de edad, por lo que los menores de dicha edad también estarían incapacitados, pero si son mayores de catorce años podrían otorgar testamento excepto el ológrafo.

Es precisamente respecto del testamento ológrafo donde se plantea si una persona que tiene una discapacidad sensorial puede otorgarlo, pensemos en el caso de una persona que no oye ni habla y una persona que no puede ver. La doctrina se pronunció sobre esta situación[52]. Dado que el testamento ológrafo tiene que estar escrito todo él por el testador, por tanto, los que no puedan escribir, esa imposibilidad se convierte en incapacidad[53].

49 Ramón Fernández, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, p. 466.

50 Sobre ello, se puede consultar: Torres García, T. y García Rubio, Mª. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del testador*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014. En los casos de discapacidad sensorial, Moretón Sanz, Mª. F.: "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de «favor testamenti»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1848-1864; Amunátegui Rodríguez, C De: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, pp. 3-37.

51 *Vid.* sobre ello: Ramón Fernández, F.: "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, núm. 13, 2019, en prensa. Sobre la literatura jurídica acerca del testamento ológrafo y sus requisitos formales, se puede consultar, sin ánimo exhaustivo: Moretón Sanz, Mª. F.: "Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho común, foral catalán y navarro", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 2011, pp. 1043 y ss.; Hornero Méndez, C.: "El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre 2014 (RJ 2014, 6006), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 37, 2015, pp. 417-434; Romero Coloma, A. Mª.: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61-73.

52 Torres García, T. F.: "Comentario al artículo 688 Código civil", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo IX, vol. 1º.-A, Artículos 637 a 693 del Código civil (dir. M. Albaladejo), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 400 y ss.

53 Torres García, T. F.: "Comentario al artículo 688 Código civil", cit., p. 401.

No es pacífica la opinión jurídica especializada sobre si el ciego puede o no realizar el testamento ológrafo[54], así como los que por incapacidad psíquica no pueda escribir o ver lo que escribe o entenderlo, incluso con la utilización del sistema Braille, por no poderse recoger, siguiendo la redacción actual del texto civil, los rasgos propios de la escritura del testador, no pudiéndose reconocer como propio del testador (a pesar de las periciales) que es la voluntad propia del testador, ya que podría haber sido escrito con el sistema Braille por otra persona, y no es posible el cotejo pericial, ya que no es autógrafo[55].

En el ámbito foral, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del CC de Cataluña, relativo a las sucesiones[56] establece que están incapacitados para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 421-4).

Hace referencia a discapacidad sensorial en el art. 421-8 comprendido a quien sea ciego, sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otro motivo es sensorialmente discapacitado, se remite a lo indicado en la legislación notarial para dichos supuestos.

De esta forma, el art. 193.4 del Decreto de 2 de junio de 1944, indica que si alguno de los otorgantes fuera completamente sordo o mudo, deberá leerla (escritura) por sí mismo; en el caso de que ello no fuera posible por no poder o saber hacerlo será preciso que intervenga un intérprete designado al efecto por el otorgante que conozca el lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá también el documento. En el caso de que sea ciego, es bastante que preste la conformidad a la lectura que realice el notario[57].

El art. 421-9 regula la intervención de facultativos. En el caso de que el testador no está incapacitado judicialmente, debe apreciar su capacidad para testar el notario (art. 421-7), y si lo considera pertinente solicitar la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, certificarán que el testador en dicho momento de otorgar testamento tiene capacidad y lucidez para realizarlo.

En el caso de que esté incapacitado judicialmente el testador, puede otorgar testamento notarial en la forma de abierto en un intervalo lúcido siempre que dos facultativos aceptados por el notario certifiquen que el testador en el momento del otorgamiento tiene capacidad y lucidez para ello.

54 *Cfr.* Castán Pérez-Gómez, S.: "Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español", *Revista jurídica del notariado*, núm. 79, 2011, pp. 71 y ss.; Ruiz Morollón, F.: "Testamento del judicialmente incapacitado", *El notario del siglo XXI*, 19 de julio de 2018.

55 Espino Bermell, C.: "La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2016, pp. 44 y 45.

56 BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

57 *Cfr.* Ávila Álvarez, P.: *Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona, p. 47 y ss.

En los dos supuestos (no incapacitado y sí incapacitado judicialmente) los dos facultativos deben hacer constar su dictamen en el testamento y firmarlo con el notario, y los testigos, en los casos en que proceda.

En el testamento notarial no se precisa que intervengan testigos, excepto el supuesto de circunstancias especiales, considerándose como tal que el testador sea ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento (art. 421-10).

El art. 421-11 prohíbe que sean testigos en los testamentos a los sordos, ciegos y mudos que no puedan escribir.

El art. 421-14 prohíbe el otorgamiento de testamento cerrado a los ciegos y a los que no saben o no pueden leer.

Se contemplan, en la disposición adicional segunda, los medios para suplir la discapacidad sensorial. De esta forma, en los casos en que la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, lengua de signos, lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, lectura o escritura, en el otorgamiento de documentos notariales se aplicarán con los efectos previstos en los artículos anteriormente mencionados.

Indicar que se ha elaborado un Proyecto de Ley de modificación del CC catalán para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial[58] en relación al acto testamentario. De igual modo, se pretende unificar y sensibilizar el lenguaje para evitar discriminaciones, estigmatizaciones y hacerlo más inclusivo para las personas con discapacidad sensorial. Así, los términos de sordo, ciego o mudo, no se utilizarán por considerar que puede resultar estigmatizador, y se redactarán los preceptos con los términos de personas con discapacidad sensorial, visual o auditiva.

La modificación, en la línea de la Convención de Naciones Unidas, de 2006, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, afectará a cuatro preceptos del libro cuarto del CC de Catalunya, referente a las sucesiones.

De esta forma se permitiría que puedan ser testigos a las personas que sufran discapacidad auditiva o visual, ya que actualmente sólo podían serlo si eran capaces de escribir. También se abría la posibilidad de que pudieran otorgar testamento abierto sin necesidad de testigos, como hasta ahora precisan.

58 BOPC núm. 118, de 5 de julio de 2018.

El propósito inicial de protección a personas vulnerables, comprendiendo a las discapacitadas sensorialmente, de fraudes y abusos, queda en la actualidad superado con las TICs, ya que disponen de instrumentos y herramientas para poder garantizar su intimidad y seguridad de una forma adecuada[59] (por ejemplo, los lectores de pantalla, a través de programas de voz, o dispositivos para escribir en lenguaje Braille en el procesador, entre otras adaptaciones tecnológicas).

Las modificaciones son las siguientes[60]:

a) El art. 421-8 referente al testador con discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento. Se indica la aplicación de la normativa foral, y supletoriamente la legislación notarial.

b) El art. 421-10, apartado 2, que indica que no es preciso la intervención de testigos cuando el testador sea una persona con discapacidad sensorial. Así, excepto que concurran circunstancias especiales en el testador o que éste o el notario lo soliciten. Se consideran que concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento.

d) Se elimina la letra b) del apartado 2 del art. 421-11, por lo que las personas con discapacidad sensorial podrán intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento de un tercero.

e) Se modifica el art. 421-14, apartado 5, referente al testamento cerrado, y se elimina el término de ciego, permitiendo que las personas con discapacidad visual puedan otorgar un testamento cerrado igual que puede hacer otra persona. Sólo no podrán otorgar testamento cerrado los que no saben o no pueden leer.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia[61], establece como excepción, en su art. 184, que deben concurrir testigos para el otorgamiento del testamento abierto ordinario en los casos en que el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas[62], en el art. 413 precisa que no es necesario que intervengan testigos en el testamento notarial, salvo concurrencia

59 El Nacional: "Las personas con discapacidad sensorial podrán hacer testamento sin testigos", miércoles, 14 de noviembre de 2018.

60 El texto del Proyecto de Ley de modificación se encuentra en lengua catalana. La redacción que se presenta en el trabajo se debe a la traducción al castellano realizada por la autora.

61 BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

62 BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

de circunstancias especiales, siendo las mismas cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí.

En el caso de que el testador que no sabe o no puede leer sea totalmente sordo, los testigos leerán el testamento con el Notario presente y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador.

No podrán ser testigos en el testamento, según el art. 415, los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir.

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares[63], en cuyo art. 52 expresa que en los testamentos otorgados ante Notario no será necesario la presencia de testigos, excepto cuando el testador sea ciego o enteramente sordo.

Por último, no podemos dejar de mencionar el Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana, de Sucesiones, de 2009[64]. En el mismo se contemplaba en el supuesto del testamento abierto notarial (art. 33), que si la persona que quiere hacer este testamento no se puede expresar de forma oral o escrita, a causa de la discapacidad que sufra, se admitirá la concurrencia de una persona que interprete su voluntad mediante la utilización del lenguaje de signos.

Por lo que se refiere a la capacidad para testar, se recogía en los arts. 23 y 24. Se indicaba que eran incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tenían capacidad natural para emitir una declaración de voluntad válida en el momento de otorgar el testamento. El art. 24 contemplaba el testamento del incapacitado, y señalaba que se atenderá a lo que indique la sentencia de incapacitación, siendo válido el que se realice en un intervalo lúcido. En caso de duda de la capacidad natural por parte del notario, podría solicitar el dictamen de dos facultativos que confirmen la capacidad, debiendo firmar estos el testamento. En caso de discusión sobre la capacidad de testar, corresponderá la prueba de la incapacidad a quien la alegara.

V. CONCLUSIONES

El Derecho de sucesiones es especialmente sensible respecto de la capacidad para el otorgamiento del acto de última voluntad, ya que las disposiciones que se

63 BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

64 Sobre las formas testamentarias que se contemplaban, puede consultarse: Giménez Chornet, V. y Ramón Fernández, F.: "El testamento nuncupativo: del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana", *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 6, 2009, p. 1 y ss.

realizan tienen afectación en el ámbito patrimonial, y las personas con discapacidad se han visto limitadas de forma evidente en las prohibiciones contempladas en la normativa común y foral para el otorgamiento de testamento[65]. No hay que olvidar que las personas con discapacidad tienen, como indica la doctrina, naturalmente, plena capacidad jurídica, pero pueden adolecer de alguna dificulta para su ejercicio, para su capacidad de obrar[66].

La capacidad, discapacidad (física o intelectual)[67] e incapacitación[68] ha sido objeto de tratamiento y reforma en el texto legal aplicable[69], pero tras la Convención de Nueva York de 2006 el escenario es totalmente diferente al actual. La adaptación del Derecho privado en materia de discapacidad es una realidad que no se puede obviar, no sólo en el Derecho común, sino también en los territorios de Derecho foral. En dicho sentido, son muy loables las propuestas de reforma presentadas (habiéndose escuchado a distintos colectivos implicados)[70], para evitar discriminaciones y realizar la necesaria y precisa adaptación a la normativa internacional. Las TICs propician, además, esa adaptación, ya que las nuevas herramientas tecnológicas e informática suponen un instrumento idóneo para superar las dificultades de manifestación de la voluntad de las personas que sufran una discapacidad[71], evitando su discriminación de no poder otorgar determinado tipo de testamento cuando los avances tecnológicos ya propician que puedan utilizar los medios necesarios para ello. En este trabajo nos hemos ocupado del testamento, pero otras materias como la familia[72], y las relaciones contractuales deben también realizar la necesaria adaptación.

65 Castro-Girona Martínez, A.: "Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York", en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín; coord. por M.M. Herás Hernández), Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 165 y ss.

66 Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 6.

67 *Vid.:* Fernández Canales, C.: "Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual", *Revista Síndrome de Dow: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 137, 2018, pp. 38 y ss.

68 Verdera Izquierdo, B.: "La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento", *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 117-131.

69 Mesa Marrero, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017.

70 Torres García, T.: "Presentación", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 1-3.

71 Como advirtió en su momento Moretón Sanz, Mª. F.: "La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, p. 2880, «si los pronósticos electrónicos y legislativos aventurados se materializasen, habrá de serlo con las debidas garantías ya que solo con ellas se podrán superar recelos y suspicacias por lo que se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio».

72 *Cfr.* Ramón Fernández, F.: "Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de familia orientada a su protección", *Revista Internacional Consinter de Direito, Pulica*ção Oficial do Conselho Internacional de Estudos Comtemporâneos em Pós-Graduação. Efetividade do Direito, núm. 5, 2017, pp. 463-476. Respecto al Anteproyecto presentado al que nos hemos referido, se puede ver el Comentario respecto al ámbito de familia de Magariños Blanco, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 199-225.

BIBLIOGRAFÍA

Amunátegui Rodríguez, C. De: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, pp. 3-37.

Alemany, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.

Ávila Álvarez, P.: *Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona.

Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.

Castán Pérez-Gómez, S.: "Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español", *Revista jurídica del notariado*, núm. 79, 2011, pp. 71-130.

Castro-Girona Martínez, A.: "Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York", en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. por M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín; coord. por M.M. Herás Hernández), Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 165-182.

Escartín Ipiéns, J. A.: "Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 227-245.

Espino Bermell, C.: "La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2016, pp. 7-53.

Fernández Canales, C.: "Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual", *Revista Síndrome de Dow: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 137, 2018, pp. 38-51.

García Herrera, V.: "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (sts 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

García Rubio, Mª. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.

García Rubio, Mª. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 173-197.

García Rubio, Mª. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales Academia Matritense Notariado*, t. LVIII, 2017/2018, p. 143-191.

Giménez Chornet, V. y Ramón Fernández, F.: "El testamento nuncupativo: del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana", *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 6, 2009, pp. 1-9.

Hornero Méndez, C.: "El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre 2014 (RJ 2014, 6006), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 37, 2015, pp. 417-434.

Magariños Blanco, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 199-225.

Mesa Marrero, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciale*s, Bosch, Barcelona, 2017.

Moretón Sanz, Mª. F.: "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de "favor testamenti"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1848-1864.

Moretón Sanz, Mª. F.: "Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho común, foral catalán y navarro", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 2011, pp. 1043 -1214.

Moretón Sanz, Mª. F.: "La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de "mano propia" como requisito de validez", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2857-2882.

Páramo y De Santiago, C.: "Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018), *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208, 2018 pp. 49-54.

Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 5-28.

Pereña Vicente, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, 2016, pp. 3-40.

Ramón Fernández, F.: "Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de familia orientada a su protección", *Revista Internacional Consinter de Direito, Pulica*ção Oficial do Conselho Internacional de Estudos Comtemporâneos em Pós-Graduação. Efetividade do Direito, núm. 5, 2017, pp. 463-476.

Ramón Fernández, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pp. 454-471.

Ramón Fernández, F.: "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, núm. 13, 2019, en prensa.

Romero Coloma, A. Mª.: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61-73.

Ruiz Morollón, F.: "Testamento del judicialmente incapacitado", *El notario del siglo XXI*, 19 de julio de 2018.

Torres García, T.: "Comentario al artículo 688 Código civil", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo IX, vol. 1º.-A, Artículos 637 a 693 del Código civil (dir. M. Albaladejo), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pp. 383-441.

Torres García, T.: "Presentación", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 1-3.

Torres García, T. y García Rubio, Mª. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del testador*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

Verda y Beamonte, J. R., De: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 1, 2014, pp. 35-42.

Verdera Izquierdo, B.: "La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento", *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 117-131.

Otros recursos

Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana, de Sucesiones, de 2009.

Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Revista de Derecho civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310.

Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 2014.

Comité Económico y Social (Pleno). *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 24 de octubre de 2018.

El Nacional: "Las personas con discapacidad sensorial podrán hacer testamento sin testigos", miércoles, 14 de noviembre de 2018.

Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, 2018.

Proyecto de Ley de modificación del Código Civil catalán para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. BOPC núm. 118, de 5 de julio de 2018.

REFLEXIONES SOBRE LA CONSERVACIÓN O SUPRESIÓN DE LA CUOTA LEGITIMA EN LA FUTURA REFORMA DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL*

REFLECTIONS ON THE CONSERVATION OR SUPPRESSION OF THE COMPULSORY SHARE IN THE FUTURE REFORM OF SUCCESSIONS OF THE CIVIL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 374-413

* Este trabajo ha sido cofinanciado gracias a la colaboración del Programa Operativo FEDER Aragón 2014-2020, "Construyendo Europa desde Aragón". Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Código de Referencia S07_17D.

Rafael
BERNAD
MAINAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Ante una eventual reforma del Código civil en materia de sucesiones cobra interés la libertad o la limitación para disponer de los bienes mortis causa, aspecto que entronca con el de la libertad de testar, respecto del cual se plantea si esta debe operar en sentido absoluto, o debe restringirse a través de un sistema de legítimas, más o menos amplio. Se pretende abordar el dilema tomando en consideración diversos factores, como la procedencia o no de una institución jurídica de honda raigambre histórica en la sociedad actual; las tendencias legislativas predominantes en el ámbito del derecho foral y del derecho comparado; el parecer de la jurisprudencia; la aparición de nuevas situaciones en la realidad de nuestros días; o, incluso, la posibilidad de recurrir a otras instituciones jurídicas, ya para suplantarla, ya para completarla.

PALABRAS CLAVE: Libertad de testar; legítima; derecho foral; derecho comparado; reforma del código civil.

ABSTRACT: *Before an eventual reform of the Civil Code in the matter of inheritance, the liberty or the limitation to dispose of the mortis causa goods is of interest, aspect that connects with that of the freedom to test, with respect to which it is posed if this should operate in an absolute sense, or it must be restricted through a system of legitimate, more or less broad. It is intended to address the dilemma taking into consideration various factors, such as the origin or not of a legal institution with deep historical roots in today's society; the predominant legislative tendencies in the area of statutory law and comparative law; the opinion of the jurisprudence; the appearance of new situations in the reality of our days; or, even, the possibility of resorting to other legal institutions, either to impersonate it or to complete it.*

KEY WORDS: *Of make a will; compulsory share; regional law; comparative law; reform of the civil code.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.- III. ARGUMENTOS EN UN SENTIDO Y EN OTRO.- IV. PANORAMA GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO.- V. NUESTRA OPINIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

El derecho civil patrimonial se integra principalmente por las reglas relativas a los bienes, obligaciones y contratos, y sucesiones, al margen de que algunos aspectos del derecho de familia, mas no otros, puedan también adscribirse al ámbito patrimonial.

Algunas instituciones jurídicas propias del derecho civil patrimonial están estrechamente imbricadas, tal como sucede, por ejemplo, con la propiedad y la sucesión mortis causa, dado que, a través de la segunda, se asegura la transmisión y continuidad de la primera, con todo lo que ello implica desde un plano sociológico y económico, amén del estrictamente jurídico.

Precisamente, uno de los tópicos que siempre ha suscitado interés al mismo tiempo que polémica es el concerniente a la libertad o la limitación para disponer de los bienes mortis causa, problema que entronca directamente con el de la libertad de testar, respecto del cual se plantea, a su vez, si esta debe operar en sentido absoluto, o bien debe restringirse a través de un sistema de legítimas, más o menos amplio.

La diatriba subsiste en la actualidad y no obstante haber transcurrido varios siglos del debate, buena parte de los argumentos que en su día se esgrimieron de un lado y de otro pueden ser traídos a colación en pleno siglo XXI.

De ahí que lo que pretendemos abordar aquí es el dilema en torno al mantenimiento o supresión de la figura ante una eventual e hipotética reforma de nuestro Código civil, para lo cual tomaremos en consideración diversos factores a la hora de realizar un pronunciamiento, entre los cuales destacaremos la procedencia o no de una institución jurídica de honda raigambre histórica en la sociedad actual; las tendencias legislativas predominantes en el ámbito del derecho foral y del derecho comparado; el parecer establecido por la jurisprudencia; la aparición de nuevas situaciones en la realidad que nos circunda que recomendarían

• Rafael Bernad Mainar
Profesor Contratado Doctor. Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge. Correo electrónico: rbernad@usj.es

reconsiderar su formulación; así como también la posibilidad de recurrir al auxilio de otras instituciones jurídicas, bien sea para suplantar la legítima, o bien para complementarla.

Todo ello encaminado a tomar un posicionamiento frente al reto que representa una eventual reforma del Código civil en materia de sucesiones, premisa esta que hace resurgir, entre otros tópicos y discusiones, el tratamiento de la institución jurídica de la legítima por lo que al derecho sucesorio se refiere, no sólo circunscrito a la polémica sobre su subsistencia o supresión, sino, fundamentalmente, con miras a replantear su posible actualización mediante una reformulación más acorde con los nuevos tiempos y las nuevas situaciones que emergen de un contexto social caracterizado por el incremento de una población cada vez más longeva que requiere mecanismos tuitivos en aras de la protección de los intereses en juego, más aun cuando la condición de vulnerabilidad a la que se exponen ciertos sectores de la población puede poner en entredicho el respeto a unos valores reputados de orden público, cuya inobservancia pudiera irrogar graves perjuicios, tanto a los individuos y a la familia en particular, cuanto a la sociedad en general.

II. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA[1]

El Derecho primitivo romano consagra abiertamente en la Ley de las XII Tablas una libertad de testar casi ilimitada[2]. Incluso bien avanzada la época republicana, en una clara manifestación de consolidación del principio de libertad testamentaria, el testador podía instituir heredero a cualquier persona dotada de la *testamenti factio passiva*, así como desheredar a los herederos sui. En este sentido, la jurisprudencia de la época republicana va a incentivar la libertad del testador al convertir el testamento en un acto jurídico complejo, en el cual no sólo se incluye la ineludible institución de heredero, sino que también tienen acogida instrumentos sucesorios tales como las sustituciones hereditarias, los legados, los fideicomisos, el nombramiento de tutor, e, incluso, la liberación o manumisión de esclavos. Durante la época del Principado el principio de libertad de testar no sólo se consolida, sino que también se intensifica, toda vez que, siguiendo la tendencia generalizada observada por el Derecho privado romano hacia su espiritualización y flexibilización, el testador se verá despojado de las formalidades

1 Un estudio histórico de la legítima romana y la reserva familiar germánica en Bernad Mainar, R.: "De la legítima romana a la reserva familiar germánica", *RIDROM* núm. 14, 2015, pp. 1-63.

2 Al respecto, Tabla V, 4 y 5 de la Ley decemviral que proclama la regla "*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*".
Aun así, surgen dudas sobre si la libertad del testador en las XII Tablas fue completa o sufrió alguna restricción, tal como afirma Margadant, G.F.: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª ed., 6ª reimpresión, Esfinge, Naucalpán, México, 2007, p. 485.

que anteriormente tenía que observar para disponer de su patrimonio mortis causa.

No obstante la consagración del principio de libertad de testar en Roma, paulatina y progresivamente van a ir apareciendo una serie de limitaciones, tanto en el ámbito de los legados, como en el de la facultad de desheredar, hasta el punto de gestar la consolidación de una tercera modalidad de sucesión, la legítima o contra el testamento[3], que completará la nómina constituida inicialmente por la sucesión testada y la legal o intestada. En efecto, la legítima romana surge con base en el deber ético (*officium pietatis*) que recae sobre el paterfamilias de proteger a los parientes más próximos frente al riesgo de ser preteridos. Será el derecho pretorio el que comienza a reconocer tal figura y la transformará en un deber de carácter legal, consumando la conversión de una legítima formal en una legítima real. Por fin, la legislación justinianea (Novelas 18 y 115) reafirmará la institución, conservando algunos de sus precedentes legislativos, e introduciendo novedades significativas en aspectos tales como su cuantía, los beneficiarios –legitimarios-y las justas causas para desheredar.

La legítima romana, en cuanto a ascendientes y descendientes, constituyó una *pars hereditatis*, puesto que se prohibía la preterición o desheredación entre ellos, sin que se debiera entender satisfecha porque se les hubiera dejado en el testamento la *portio debita* por cualquier otro concepto (legado, donación, o fideicomiso). Con relación al resto de legitimarios, que sí podían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título (heredero, legatario, donatario o fideicomisario), la legítima pudo ser considerada más bien como *pars* o *quota bonorum*, de manera que se otorga a los legitimarios la titularidad sobre una parte de la herencia preestablecida.

A su vez, la reserva familiar germánica es una consecuencia de la concurrencia de varios factores ligados con principios consuetudinarios propios del Derecho germánico: el derecho hereditario emana del parentesco, de los vínculos de sangre; la prohibición de testar; la afección del derecho hereditario al cumplimiento de deberes familiares y políticos; la copropiedad familiar.

Tras la convivencia de los bárbaros con los romanos, aquellos adoptan el testamento como instrumento de ejecución de mandas pías y benéficas, circunstancia que, unida a la visión de la copropiedad familiar germánica, hará surgir la figura de la reserva familiar con la finalidad de conservar para la familia una porción considerable de los bienes inmuebles propios a favor de los hijos y, en defecto de estos, de los parientes de la línea de procedencia de los bienes, según

3 Un resumen sobre la legítima romana, García Bernardo Landeta, A.: *La legítima en el Código Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, pp. 166, 167.

el viejo adagio "*paterna paternis, materna maternis*". Constituye una *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia que se debe en propiedad y libre de cargas.

A veces esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos y, para limitar este poder absoluto con el que contaba el padre de familia, se acudió a la legítima romana, de tal manera que ambas figuras coexistieron y se influyeron recíprocamente.

Por tanto, el fundamento de la reserva familiar germánica era preservar la unidad o la hidalguía de la familia sobre la base de la primogenitura[4], razón por la cual se admitió el nombramiento de heredero en forma contractual para fijar la jefatura en la posición de la familia, siendo ocupada por lo general por el primogénito. A través de la reserva familiar se pretende limitar las liberalidades mortis causa, puesto que, sólo por excepción, algunas de las costumbres medievales limitaron los actos gratuitos inter vivos. A tales fines, el patrimonio tomado en cuenta era el que el *de cuius* dejaba al momento de su muerte. No obstante, para contar con el derecho a la reserva era indispensable ser heredero, de tal manera que quien renunciaba a la herencia carecía de este beneficio. Tal presupuesto configuraba la institución de la reserva familiar en una parte de la herencia (*pars hereditatis*), que debía ser atribuida en propiedad y libre de cargas. En efecto, por su través se alude a una parte de la herencia sustraída de la facultad de disposición mortis causa del *de cuius*, esto es, una herencia abintestato, una transmisión hereditaria *ex lege*, emanada de la costumbre, cuya composición no podía modificarse mediante testamento.

El Derecho feudal fue precisando la institución, si bien presentará variedades locales, sobre todo en lo que concierne al quantum (desde las cuatro quintas partes, hasta los dos tercios del total de los bienes inmuebles propios del causante)[5], de tal manera que serán de libre disposición para el causante, además del resto de los bienes inmuebles propios excluidos de la reserva (un cuarto o un tercio, según el uso local), todos los bienes inmuebles adquiridos y todos los bienes muebles.

Por lo que atañe a la reserva germánica, constituye una *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia que se debe en propiedad y libre de cargas, es decir, quien perteneciera al linaje tendría derecho a la reserva en caso de aceptar la sucesión e, incluso, quedaría obligado por las deudas del difunto más allá de lo que recibiera (ultra vires), por lo que el reservatario es un verdadero heredero sobre la cuota que le corresponde de los bienes relictos, sin que sobre la misma el

4 Hermanos Mazeaud, H.; J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Cuarta, vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1965, p. 233.

5 Lepointe, M.G.: *Les successions dans l´Ancien Droit*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945, pp. 159, 160, 190, 191, 238-240, 246, 247.

testador pueda establecer gravámenes ni condiciones que la limiten para defraudar su finalidad.

La reserva familiar germánica no sólo pretendía alcanzar la igualdad relativa entre los coherederos protegiéndolos contra las liberalidades recibidas por uno de ellos excedentes de la parte de libre disposición (el quinto de los bienes propios), sino que, además, su objetivo era lograr la igualdad absoluta[6], toda vez que, a través de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada, se fijaba imperativamente la parte correspondiente a cada coheredero, de tal manera que el causante no podía desconocerla ni siquiera mejorando a uno de ellos mediante una liberalidad, aun cuando fuera con cargo a su porción disponible. Frente a ello, la legítima romana pretende evitar que la herencia pueda ser distribuida por el testador sin limitación alguna, con la consiguiente preterición de ciertos parientes allegados al causante.

Vemos, pues, que el proceso histórico de la legítima romana y la reserva familiar germánica, tras el período de mutua y recíproca influencia enriquecedora, concluye con la fusión de ambas[7] y el surgimiento de un *tertium genus*, fruto de la suma de las dos, que constituye el exponente de la legítima presente en el Code francés, el cual sirvió de modelo para otros muchos ordenamientos jurídicos. Así es, la legítima moderna es incorporada al Código civil francés (artículos 913-930) y, en puridad, representa una fusión equilibrada entre la original legítima romana y la reserva familiar germánica, dos tradiciones históricas[8] cuyo resultado híbrido se ha erigido en modelo legislativo para la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de la familia romanística del Derecho.

Así pues, aunque la legítima romana y la reserva germánica parten de dos polos opuestos, en ambas instituciones, ya evolucionadas, se observa un elemento común: ser una verdadera restricción a la voluntad del testador, ya que por medio de ambas se pretende proteger a los parientes más próximos con relación a la herencia familiar. A pesar de ser numerosos los aspectos que las distinguen (origen, beneficiarios, título, fundamento, cuantía, objeto, contenido, naturaleza jurídica, finalidad, ámbito de aplicación y proyección) y, tras un período de mutua y recíproca influencia enriquecedora, culmina la fusión de ambas y el surgimiento de un *tertium genus* incorporado al Código civil francés (artículos 913-930), que representa un equilibrio entre la original legítima romana y la consuetudinaria reserva familiar germánica.

6 Josserand, L.: *Derecho civil*, Tomo III, vol. III, EJEA, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1951, p. 269; Hermanos Mazeaud, H.; J.: *Lecciones,* cit., p. 232.

7 Pérez Serrano, N.: *Dictámenes t. I. Derecho Civil*, Dossat S.A, Madrid, 1965, p. 461; Polacco, V.: *De las sucesiones*, EJEA, Buenos Aires, 1982, pp. 293 y 294; Josserand, L.: *Derecho,* cit., p. 269.

8 Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas. Reservas. Parte Primera, La legítima (función y estructura", *Instituciones de Derecho Privado* (coord. J.F. Delgado de Miguel), Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 44-48.

El pueblo visigodo, claramente romanizado, aplicó la libertad de testar establecida en el derecho romano posclásico (*Codex Theodosianus*), razón que llevará al Rey Chindasvinto a tratar de paliar los abusos de tan amplia libertad mediante una ley (*Dum inlicita*)[9] que lograra conciliar el sistema de amplia libertad de testar de los hispanorromanos con la sucesión forzosa germánica conocida y aplicada por los visigodos.

A medida que la Reconquista avanza durante la Alta Edad Media el sistema legitimario experimenta un proceso de germanización[10], en cuya virtud el legitimario lo era *ope legis* y heredaba toda la herencia, de la cual solo podía detraerse como mandas el quinto (1/5) y la mejora, tendencia que se mantendrá tanto en el Fuero Juzgo (versión romanceada del *Liber ludiciorum*)[11], como en el Fuero Real[12], de tal manera que el testador gozará de la facultad de disponer del quinto (1/5), así como de mejorar a cualquiera de los hijos con un tercio (1/3) de los cuatro quintos (4/5), si bien no se permite la acumulación en un mismo descendiente del tercio (1/3) de mejora y el quinto (1/5) de libre disposición. Las Partidas[13] recogieron el influjo del derecho romano en sede de preterición, desheredación y legítimas, incluyendo la acción de complemento, si bien al regir más como derecho supletorio que como ley vigente, no llegaron a influir en lo que a la cuantía de la legítima de los descendientes se refiere, que siguió manteniendo la cuota visigoda. Al influjo del derecho romano y canónico habrá que sumar en esta materia el del derecho real y el del *ius commune*, con el consiguiente tinte romanístico de la figura, que se evidencia posteriormente en las Leyes de Toro[14], resultado de una evolución histórica impregnada, tanto de derecho romano como germánico, al incorporar este último al sistema legitimario la mejora de origen germánico, según la cual el testador podía mejorar a uno o varios de sus legitimarios,

9 Una de las 99 leyes dictadas por Chindasvinto que se reproducirán en el *Liber ludiciorum* (ley 1, título IV, libro IV), en que se establece la legítima de los cuatro quintos (4/5) para los descendientes, así como el décimo (1/10) de mejora, que fue elevado a un tercio (1/3) por el Rey Ervigio. Ya en aquella época se plantearía si la cuantía destinada a la mejora (1/10; 1/3) se computaba de la cuota legítima (4/5) o del total del haber hereditario (5/5).
No existía legítima para los ascendientes, aun cuando eran llamados a la sucesión intestada en defecto de descendientes legítimos.

10 Así se constata, por ejemplo, en algunas prácticas como la cuota pro anima en los diplomas astures y leoneses; la observancia de la copropiedad familiar germánica (Wartrech); la imposición de la figura de la colación en el Fuero de Cuenca; la prohibición establecida a los hijos en el Fuero de Zamora de vender en vida de sus padres los bienes que estos les hubieran donado. Al respecto, Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral* t. VI, vol. 2º, Reus, Madrid, 1979, pp. 500, 501.

11 Ley 1, Título V, Libro IV.

12 Ley 9 y 10, Título V, Libro III.

13 Ley 18, Título I, Partida VI. En su virtud, se concede un tercio (1/3) de reserva del haber hereditario si concurren cuatro o menos legitimarios; un medio (1/2), de concurrir más de cuatro hijos o descendientes legítimos; y un tercio (1/3) a favor de los ascendientes, en defecto de descendientes.

14 Las Leyes de Toro (Ley 27) restauran el sistema de los quintos (5/5) de origen visigodo, de tal manera que se establece la legítima de los cuatro quintos (4/5) en favor de los descendientes, y de un quinto (1/5) de libre disposición, con la posibilidad de mejorar en un tercio (1/3) dentro de los cuatro quintos (4/5). A su vez, a falta de descendientes, la legítima de dos tercios (2/3) corresponde a los ascendientes.

siempre que respetara la legítima corta entre ellos[15]: "La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue regulador de la medida. El Derecho romano, en su fase justinianea, explicó su naturaleza"[16].

Así pues, el esquema legitimario de la visigoda Ley *Dum Inlicita*, mantenido en el Fuero Juzgo, Fuero Real y las Leyes de Toro (no en las Partidas) se conservará por más de mil doscientos años hasta la promulgación del Código Civil en 1889.

Ante la existencia de los mayorazgos propios de la Edad Media y el Ancien Régime se planteará en pleno siglo XVI, bajo los efluvios del iusnaturalismo cristiano, si el reconocimiento del sistema de legítimas podría sustentarse en el Derecho natural[17] como verdadero antídoto a la discriminación e injusticia que los mayorazgos y el sistema feudal habían propiciado.

Ya en época codificadora, tenemos que destacar el Proyecto de Código Civil de 1851 (Proyecto García Goyena o isabelino)[18], que en materia de legítimas incluye a los descendientes y ascendientes legítimos como herederos forzosos: su cuantía en el caso de descendientes es de cuatro quintos (4/5) o dos tercios (2/3), según concurrieran dos o más descendientes, o uno solo, respectivamente; en tanto que la de los ascendientes, a falta de descendientes, era de dos tercios (2/3) o de la mitad (1/2), según concurrieran dos o más, o uno solo, respectivamente. Como sabemos, el Proyecto, dado su carácter unitario y afrancesado[19], no gozaría de buena acogida, lo que propiciaría el fracaso de la iniciativa, un desenlace que, entre otras razones, se debería a la diatriba suscitada y alimentada al calor de la discusión mantenida al respecto entre el derecho foral, más proclive al principio de libertad de testar, y el derecho común, partidario de conservar el sistema de legítimas, sin perjuicio de reconocer algunas variantes en cuanto a su extensión.

Tras este revés, la codificación civil española deberá esperar hasta 1880 cuando, a instancias del Ministro de Gracia y Justicia del momento, D. Saturnino Álvarez

15 De Barrón Armiches, P.: *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs Ed., Barcelona, 2001, p. 321.

16 Vallet de Goytisolo, J.B.: *Apuntes de derecho sucesorio*, 1ª parte, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955, p. 19. Una matización del principio, Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones legales", cit., p. 61.

17 Castán Tobeñas, J.: *Derecho*, cit., p. 486.

18 Este fue uno de los puntos de fricción que acompañaría al Proyecto de Código Civil de 1851, presentado por Florencio García Goyena. En efecto, (Libro III, título 1, capítulo 6, sección 1.): "*Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un artículo constitucional (…) Opino, por lo tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la absoluta libertad de los padres, según los Fueros, y el señalamiento de la legítima, según las leyes de Castilla, debemos decidirnos por las segundas*", en García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Impr. Sociedad tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, en http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilT1.pdf (consultado con fecha 15/03/2019).

19 Baro Pazos, J.: *La Codificación del Derecho Civil en España*, 1808-1889, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 18.

Bugallal, se reorganiza la Comisión General de Codificación[20] a fin de proceder a la elaboración de un Código Civil, si bien no será hasta 1885 cuando, merced a la actuación del Ministro D. Francisco Silvela, se propone realizar un Proyecto de Ley de Bases para elaborar un Código Civil, que se plasmará con éxito en la Ley de Bases de 1888, a la sazón embrión del futuro Código Civil[21].

Precisamente, con anterioridad a la promulgación de nuestro Código civil de 1889, cuando se aborda la confección de la Ley de Bases, ya se evidenciaron dos grupos netamente diferenciados en torno a la institución jurídica de la legítima: uno favorable a su inserción y regulación en el futuro cuerpo legal, encabezado por el ilustre jurista Manuel Alonso Martínez[22], y otro que se mostró reacio a su incorporación y, en aras de la implantación del principio de la libertad de testar, se manifestó partidario de su erradicación del Código civil, liderado por Gumersindo de Azcárate y Menéndez[23].

Finalmente, con la promulgación del Código civil se da carta de naturaleza al criterio de dividir el haber hereditario en tres partes iguales[24]: legítima estricta de los hijos, mejora, y cuota de libre disposición. Además, se reduce la legítima de los ascendientes a la mitad del haber hereditario; se asigna una cuota a los hijos naturales reconocidos; y se introduce la legítima del cónyuge viudo traducida en un derecho de usufructo. Las reformas del Código civil de 1958 y 1970 modifican respectivamente lo atinente a los beneficiarios y las cuantías de la legítima; la de 13 de mayo de 1981 adapta las sucesiones, entre ellas lo atiente a la sucesión forzosa, a los dictados del texto constitucional de 1978, fundamentalmente por lo que al principio de igualdad concierne, tanto en lo atinente a la igualdad de sexos entre el hombre y la mujer, cuanto en lo relativo a la igualdad de los hijos ante la ley, al margen de su carácter matrimonial o extramatrimonial; la Ley 41/2003 (18 de noviembre), a los fines de dar cabida también en cuanto a la legítima a la necesidad de proteger desde el punto de vista patrimonial a las personas con discapacidad; la Ley 15/2005 (8 de julio), en la medida que se modifican algunos aspectos en

20 En virtud del R.D. de 2 de febrero de 1880 se reorganiza la Comisión, añadiendo un vocal por cada una de las regiones forales, y con el fin de agilizar los proyectos al eliminar su revisión y aprobación por el pleno. Al respecto, Laso Gaite, J.F.: *Crónica de la Codificación en España. El procedimiento civil*, Reimp. Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1999, p. 132.

21 Sánchez Román, F.: *La Codificación Civil en España*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1890, p. 43.

22 El argumento decisivo esgrimido por el jurista para conservar la legítima era que "no es justo y bueno en sí, un sistema que permita enriquecer a un extraño a expensas de la familia". Al respecto, Vallet de Goytisolo, J.B.: "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho Civil.* 1967, pp. 14-16.

23 En pro de la libertad de testar el referido jurista señala que dicha libertad "robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto sobre la elección del heredero o en la distribución de la herencia, estimula la cooperación y el esfuerzo de los hijos, conserva la familia evitando la liquidación, mantiene el espíritu y las tradiciones familiares, es escuela de cumplimiento de los deberes familiares, de los que se inviste el heredero", Vallet de Goytisolo, J.B.: "Significado", cit., pp. 14-16.

24 Sobre las modificaciones introducidas por el Código civil en sede de legítimas, Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones", cit., pp. 61 y ss.

materia de separación y divorcio que inciden en la regulación de la legítima; y, por fin, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2017 (28 de junio), que incide en algunos preceptos[25] relacionados con la sucesión forzosa del cónyuge viudo y el pago de la porción hereditaria en casos especiales.

III. ARGUMENTOS EN UN SENTIDO Y EN OTRO

Al hilo de la institución jurídica de la porción legítima se ha entablado una interesante y enconada polémica[26] en torno a si resulta más conveniente un sistema en el que rija una amplia libertad del *de cuius* para disponer de sus bienes, o bien es preferible que el ordenamiento jurídico imponga que una parte de los bienes del causante deban destinarse a los parientes más próximos, principalmente a los descendientes, estableciéndose en este caso una limitación a la libre disposición mortis causa de los bienes por parte de su titular (extensible también a la libertad de donar)[27]. Lo que se está barajando en esta disquisición, entre otros aspectos, es la vinculación de la sucesión con la institución familiar[28] que, bajo esta consideración y no obstante la superación en nuestros días de su concepción más tradicional, entiende la necesidad de hacer prevalecer la familia como institución básica de la sociedad sobre el plano meramente individual del sucesor.

Ello nos lleva de antemano a recalcar el distinto contexto sociológico de la familia existente en la época codificadora respecto del que rige en la actualidad[29], toda vez que en nuestros días la familia no se ciñe exclusivamente a un modelo clásico cuyo eje es el matrimonio; ya ni siquiera cuenta generalizadamente con el sostén de la economía agrícola, ganadera, artesanal, ni basada en la actividad industrial de carácter doméstico; sin olvidar que, fruto de los progresos derivados del bienestar y el aumento de la calidad de vida, la edad de las personas tiende a prolongarse mucho más en el tiempo hasta el punto de que la longevidad de la población constituye una de las señas de identidad que preside la sociedad de los países desarrollados.

Todas estas razones ya justificarían sobradamente la necesidad de una reforma legislativa al efecto en el Código civil español, tal como se ha venido realizando en la legislación comparada de nuestro entorno, al igual que en las legislaciones forales que conforman el crisol jurídico español.

25 Artículos 834, 835 y 843 del Código civil, respectivamente.

26 Vallet de Goytisolo, J.B.: "Significado", cit., pp. 11 y ss.

27 Castán Tobeñas, J.: *Derecho*, cit., pp. 485 y ss.

28 Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de derecho civil. Tomo V: sucesiones*, 4ª. ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 311.

29 Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos*, cit., p. 311.

Por lo que se refiere a los argumentos que se han presentado tradicionalmente en contra de la legítima y, por ende, en favor de la libertad absoluta de testar se esgrimen, principalmente, los siguientes[30]:

Se alegan derechos fundamentales en su defensa[31], como el principio de la libertad que es, a su vez, presupuesto básico del derecho de propiedad, en la medida que transciende de la vida del propietario –post mortem-; incluso se esgrime el derecho al desarrollo de la personalidad del individuo, a los fines de cumplir post mortem, según su criterio, con los deberes que ha asumido en vida.

En todo caso y, a título de reflexión sobre la absoluta libertad de testar y disponer, hemos de reconocer que la invocación sistemática al principio de la libertad constituye un argumento lábil, viscoso, dado su carácter inmensurable, hasta el punto de convertirse en una suerte de comodín, un adminículo que sirve para todo, de tal manera que los fines que por su través hipotéticamente se alcanzan, se pueden fácilmente invocar al mismo tiempo para justificar prácticamente todo lo contrario.

También se aducen razones de índole familiar[32], tales como el ejercicio de la autoridad y potestad paterna (hoy, evidentemente, extensible a la materna); la necesidad de que el jefe de la familia sea autónomo en el cumplimiento de unos deberes cuyo ámbito sólo él puede apreciar certeramente; el hecho de que los posibles abusos que se pudieran cometer en el seno familiar con relación a los parientes más próximos son casos aislados, que no pueden justificar el recorte del derecho a la libertad; la superación actual de la vieja concepción de la unidad familiar, que justificaba la necesidad de conservar el patrimonio de la familia como premisa inexcusable de su continuación, un trasunto de épocas pasadas y civilizaciones primitivas; e, incluso, desde una perspectiva sociológica y ética, la consideración de que, cuanto más grado de moralidad impregna una sociedad, menor es la regulación que debe existir. Así pues, la libertad de testar robustecería la autoridad familiar, estimularía la cooperación y el esfuerzo de los hijos, y contribuiría a mantener el espíritu y las tradiciones de la familia.

Otro factor que se arguye en pro de la libertad de testar es el de la utilidad social y económica[33], en la medida que evita pleitos entre los herederos, al mismo

30 Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones", cit., pp. 31 y ss.

31 En virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE) de 19 de abril de 2005 (Drucksache 16/8954), la legítima de los descendientes constituye un valor protegido constitucionalmente del que no se puede privar a los beneficiarios con base en los artículos 14, 1 y 6, 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Grundgesetz).

32 Castán Tobeñas, J.: *Derecho*, cit., pp. 487, 488.

33 De la Esperanza Rodríguez, A.: "Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión", *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. 1, La Coruña, Colegio Notarial de la Coruña, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002, p. 1103.

tiempo que erradica el riesgo de la excesiva fragmentación de la propiedad, partiendo de la premisa de la superación del concepto de la comunidad familiar; a su vez, la pretendida libertad del *de cuius* constituye un espaldarazo al fomento del trabajo y el ahorro por parte de aquel, dado que, gozará de la libertad suficiente para disponer mortis causa de sus bienes, asignándoles el destino que tuviera conveniente. Con ello se garantiza la conservación del patrimonio de la familia, ya que mediante el ejercicio de esta libertad se puede implantar el sistema de heredero único, que ayuda a evitar la excesiva fragmentación del patrimonio familiar, sobre todo si cuenta con reducidas dimensiones.

En un plano jurídico, se recela de una pretendida igualdad algebraica y matemática que sobre el papel aportaría el sistema de legítimas; más aún cuando en el seno familiar no hay razón para para aplicar la reciprocidad conmutativa de las prestaciones –do ut des-, toda vez que el derecho de alimentos cumpliría una función similar a la de la legítima[34]. Sobre la base de este argumento se invocaría un pretendido interés económico colectivo familiar prevalente al principio de igualdad como valedor del sistema legitimario.

A mayor abundamiento se traen también a colación para hacer valer la libertad del causante otros principios y valores de carácter extrajurídicos[35], tales como la honestidad, la utilidad, y el respeto al orden público.

Distintos son los argumentos que abogan por el mantenimiento de la legítima, entre los cuales podemos destacar los que siguen a continuación:

Se abandera también el propio respeto a la libertad del testador, en la medida que, merced a la legitima, el testador puede hacer uso de su libertad al favorecer a sus parientes más próximos, argumento este que, en una primera impresión, supone una paradoja en sí misma considerada, dado que en principio la legítima constituye un freno a la libertad absoluta. Bajo esta perspectiva y con miras a superar la aparente contradicción podríamos decir que el sistema legitimario tendería a reconducir y orientar la libertad del causante[36] para después de sus días en lo que atañe a su patrimonio.

También se alegan razones derivadas de la paternidad y maternidad, rayanas con el derecho natural[37], de tal modo que por su través los padres podrían exceder la atribución que por derecho de alimentos les corresponde a sus descendientes. Por ello se reivindica la legítima recurriendo a la lógica y la naturaleza de las cosas, al

34 Costa, J.: "Conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas", en *La Libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, vol. 1º, Guara editorial, Zaragoza, 1981, pp. 495 y ss.

35 Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones", cit., pp. 34, 35.

36 Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones", cit., p. 35.

37 Castán Tobeñas, J.: *Derecho*, cit., p. 490.

ser entendida como la expresión de la continuación de los parientes más próximos respecto de lo que les pertenece; o invocando que, por medio de ella, se propicia la exclusión de la codicia a cargo de los extraños a la herencia. La existencia misma de la familia y las relaciones familiares o parafamiliares que de ella surgen se abandera como uno de los estandartes del sistema legitimario, sobre la base de un pretendido vínculo preexistente entre el *de cuius* y los legitimarios, que emanaría de una relación espontánea. Por tal razón, se trae a colación la existencia de una copropiedad virtual entre los bienes de la familia[38] que aconsejaría la necesidad de conservación del patrimonio familiar.

Se afirma en pro de las legítimas el papel que presta el sistema legitimario en la conformación del derecho de propiedad[39], aun reconociendo que este derecho cuenta con otras y numerosas modalidades de configuración.

A su vez se esgrime el atentado contra el principio de igualdad, y la consiguiente rémora que ello representa para la unidad de la familia, pues, a su amparo, podrían cometerse abusos e injusticias entre los hermanos que se dilucidarían muy probablemente ante los tribunales[40]. Y es que por muy aislados que fueran estos abusos, su sola consideración ya constituye un elemento digno de consideración[41] a los fines de pronunciarse a favor del sistema legitimario. Se contrarresta esta afirmación arguyendo que la igualdad de derecho no se compadece con "la igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria", al no existir principio de justicia alguno que la legitime.

Incluso y, a mayor abundamiento, se invocan otras razones de distinta naturaleza a favor del sistema de legítimas[42].

En todo caso, la posición doctrinal favorable al sistema legitimario no resulta exento de críticas, puesto que el pretendido fundamento familiar que lo cobija, no siempre debe empoderar la noción de utilidad, más aún cuando se hace a costa de restringir la libertad.

38 Castán Tobeñas, J.: *Derecho*, cit., p. 490.

39 Cimbali, E.: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1893, pp. 135 y ss.

40 "La naturaleza –declama Alonso Martínez- ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos". A esto contesta Vallet de Goytisolo, si bien refiriéndose a un tipo particular de familia y patrimonio, que esta igualdad aritmética entre los hijos es injusta, pues "es puramente cuantitativa, sin matices cualitativos. Si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los del padre para educar y colocar a los demás hermanos, no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y las tierras que éste trabajó y de las que marcharon los demás, que sólo trabajaron para sí, y, tal vez, gracias a carrera estudiada o un oficio aprendido con el esfuerzo y el sacrificio económico de la casa", en Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos*, cit., p. 310.

41 Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones", cit., p. 34.

42 Costa, J.: "Conferencia", cit., p. 501.

IV. PANORAMA GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

A partir de un análisis, tanto de la legislación foral existente en nuestro país, que se ha visto reformada en los últimos tiempos como consecuencia de las competencias de conservación, modificación y desarrollo que el artículo 149, 1, 8 de la CE a tribuye a estos territorios (Aragón, Galicia, Navarra, Baleares, País Vasco, Cataluña), cuanto de las modificaciones habidas en las legislaciones europeas y latinoamericanas, podemos obtener una idea más aproximada de cuáles son las tendencias actuales sobre la materia, lo que nos permitirá tener una información más completa a la hora de emitir un juicio y presentar nuestra opinión.

Veamos lo anteriormente señalado en cada uno de los territorios con Derecho foral a través de sus particularidades:

Aragón. Por medio del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas se reproduce, entre otros textos legislativos, la regulación de la institución de la legítima de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte en sus artículos 171 y siguientes[43]. En efecto, en los artículos 486 y siguientes del nuevo texto legal se reduce la legítima colectiva a favor de los descendientes a la mitad del caudal hereditario, que puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo y, de no haberse distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal. Precisamente, en virtud del artículo 488, son reputados legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes, si bien no tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a su legítima.

Resulta evidente que la legítima no se configura como *pars hereditatis*, pues los herederos pueden recibir lo que les reste para cubrir su legítima colectiva como herederos o legatarios, sin precisar que ninguno de ellos sea instituido heredero. Así pues, en la medida que para cubrir el faltante de la legítima colectiva, una vez computadas las donaciones imputables en ella, debe atribuirse en bienes relictos, no resultaría suficiente a tal fin la mera atribución de un mero derecho de crédito –p*ars valoris*-, por infringir el deber de su cumplimiento en bienes relictos, razón por la cual la legítima se configura como *pars bonorum*, lo que se confirma claramente cuando el artículo 487 del CDFA, en sede de títulos de atribución,

43 Serrano García, J.A.: "La legítima en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVI, IFC, Zaragoza, 2010, pp. 67-134.

prescribe que la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo y que la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir heredero a un extraño, de forma clara y explícita.

Sin embargo, en otra serie de casos distintos y, a título excepcional, la legítima abandona su esencia de *pars bonorum* y se torna un mero derecho de crédito (*pars valoris*)[44]. Así sucede, por ejemplo, a la hora de practicar la reducción, si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de bienes que no admitan cómoda división, supuesto en el que ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan y, a falta de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, quedará para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico (artículo 496, 3 CDFA); o en el cumplimiento de reducción de liberalidades sobre bienes relictos hechas en favor de no descendientes, que no podrá afectar al cónyuge viudo (artículo 497, 3 CDFA); y en las consecuencias de la preterición no intencional, pues el legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél, porción que se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico (artículo 508, 1 CDFA).

Galicia. Respecto a Galicia, aun cuando la Compilación del Derecho especial de Galicia de 1963 sólo regulaba algunas instituciones (foros, subforos y otros gravámenes; compañía familiar; aparcería; derecho de labrar y poseer; y algunas formas especiales de comunidad), la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia regula en el Capítulo V del Título X las legítimas (artículos 238 y ss.)[45].

En su virtud, se reputan legitimarios los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y el cónyuge viudo no separado legalmente, o de hecho, teniendo en cuenta que, a pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudiaran el llamamiento legitimario, así como sus descendientes hacen número para el cálculo de las legítimas (artículos 238 y 239). Se observa, pues, que los padres o ascendientes no son considerados legitimarios en la sucesión de sus descendientes.

44 Brun Aragüés, J. J.: "Intangibilidad cuantitativa de la legítima", en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel 2005*, Zaragoza, 2006, pp. 411-417.

45 Carballo Fidalgo, M.: "La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia", *Actualidad Civil* núm. 4, 2001, pp. 1558-1578; "La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José María Lete del Río* (coord. M.P. García Rubio), Madrid, 2009, pp. 139-164.

Constituye la legítima de los descendientes, en virtud del artículo 243 de la Ley, la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

En cuanto al cónyuge viudo, los artículos 253 y 254 disponen que, si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario; y si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital.

En la media que, según prescribe el artículo 240 de la Ley, los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley; que el artículo 255 permite que el causante podrá satisfacer la legítima del cónyuge viudo atribuyéndole por cualquier título, en usufructo o propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión; y, por fin, que el artículo 249, 1 niega al legitimario toda acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor, podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la legítima gallega es *pars valoris*, esto es, un derecho de crédito frente a los herederos.

Navarra. La Ley Foral 5/1987, de 1 abril, modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra de 1973 y, aun cuando mantiene la versión original de la Ley 267 respecto al concepto de legítima, sin embargo, la Ley 268 presenta alguna reforma[46]: así es, en testamento y pactos sucesorios deberán ser instituidos en la legítima foral los hijos matrimoniales, los no matrimoniales y los adoptados con adopción plena y, en defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo[47]. La institución en la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva, institución que no será necesaria cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les atribuyera cualquier liberalidad a título mortis causa, o los hubiere desheredado por justa causa, o cuando ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél, o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima. Serán justas causas de desheredación las comprendidas en los artículos 852 y 853 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, que ahora se extiende al otro miembro de la pareja estable reconocida por ley, sobre

46 Hualde Manso, V.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 791 y ss.

47 De Barrón Arniches, P.: "La legítima y el pacto *de non sucedendo* en el Derecho foral de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 223-232.

todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento[48].

Baleares. Una de las novedades que introduce el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, es que se presenta una normativa diferente en lo relativo a la condición de legitimarios, la cuantía y la naturaleza jurídica de la porción legítima para las Islas de Mallorca y Menorca, por un lado, y las Islas de Ibiza y Formentera, por otro[49].

En efecto, en Mallorca y Menorca son legitimarios, con arreglo al artículo 41 de la Compilación reformada, los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; en su defecto, los padres, por naturaleza o adopción; y el cónyuge viudo que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto. Sin embargo, en Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no es legitimario, según señala el artículo 79, toda vez que solamente son legitimarios los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; y, en defecto de los anteriores, los padres, por naturaleza y adopción.

48 Ley 253. El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.
Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley.
Ley personal. El usufructo de fidelidad se dará en favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de su fallecimiento.
Inalienabilidad. Este derecho es inalienable; no obstante, los nudopropietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo.
Renuncia. Es válida la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad otorgada en escritura pública, antes o después del matrimonio.
(La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en su artículo 11, 1 señala modificaciones en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: Se añade un segundo párrafo a la Ley 253 con la siguiente redacción: Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley).
Ley 255. Extensión. El usufructo se extiende a los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectos a llamamiento, reversión o restitución, con excepción de los siguientes: Bienes excluidos
1. Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario.
2. Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.
3. Los bienes que el cónyuge premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de fidelidad.
4. Los bienes que hubieren sido objeto de donación mortis casusa.
5. Los legados piadosos o para entierro y funerales.
6. Los legados para dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a datar.
7. Y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado.

49 Polo Arévalo, E.M.: "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad", *RIDROM* (*on line*). 10-2013, ISSN 1989-1970, 2013, pp. 357-361.

A tenor de los artículos 42, 43 y 45[50] de la Compilación, en Mallorca y Menorca constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos[51], la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número; en defecto de los anteriores, constituye la legítima de los progenitores la cuarta parte del haber hereditario; y en lo que respecta al cónyuge viudo, concurriendo con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario, en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios y, en los demás supuestos, el usufructo universal. No obstante, en Ibiza y Formentera, tal como prescribe el artículo 79 del texto legal referido, la legítima de los descendientes coincide en cuantía con la de Mallorca y Menorca (la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excediesen de este número); en tanto que con relación a cuantía de la legítima de los padres se remite al Código civil (artículos 809 y 810, 1), siempre que ello no contradiga lo preceptuado en este Capítulo, razón por la cual su legítima se cifra en la mitad del haber hereditario de sus hijos y descendientes.

Por fin, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la legítima, mientras que en Mallorca y Menorca, según establecen los artículos 48 y 47, respectivamente, de la Compilación, se configura como *pars bonorum*, puesto que la legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario, debe ser pagada en bienes de la herencia y puede ser atribuida por el testador en virtud de cualquier título; sin embargo, en Ibiza y Formentera se torna *pars valoris bonorum*, es decir, un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios, pagadero con bienes que conformen el caudal relicto, tal como resulta del artículo 81 y siguientes de la propia Compilación.

País Vasco. Tras la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCPV), queda derogada la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Álava de 1959 y se establece una nueva regulación sobre el particular. Más tarde la Ley 5/2015, de 25 de julio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), actualmente en vigor, deroga la Ley precitada de 1992 y su reforma posterior de 1999.

50 Artículo afectado por la Reforma de la Compilación de 1990 (Ley 7/2017, de 3 de agosto):
"1. El cónyuge que, al morir el consorte, no se encuentre separado legalmente, ni se hayan iniciado, por parte de ninguno de los cónyuges, los trámites regulados a tal efecto en la legislación civil del Estado, será legitimario en la sucesión de este.
2. Si entre los cónyuges separados ha habido una reconciliación debidamente acreditada, el superviviente conservará sus derechos.
3. En concurrencia con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios, y, en los otros supuestos, el usufructo universal".

51 No obstante, el artículo 44 de la Compilación, aplicable solamente a Mallorca y Menorca, declara que "los hijos adoptivos y sus descendientes no serán legitimarios en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza, ni éstos en la de aquéllos, salvo en el supuesto de que un consorte adopte al hijo por naturaleza de otro, el cual tendrá, juntamente con el adoptante derecho a legítima. En este supuesto el hijo adoptivo y sus descendientes serán legitimarios en la sucesión del padre por naturaleza o ascendiente".

En efecto, en el territorio donde está vigente el Fuero de Ayala[52] rige el principio de plena libertad de testar, según prescribe el artículo 89 de la LDCV, compatible con la figura del usufructo poderoso del artículo 91 y ss. de la LDCV.

En el resto del territorio vasco donde no rige el Fuero de Ayala, según los artículos 47 y siguientes de la Ley de 2015, la sucesión forzosa[53], sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere a los hijos y descendientes en cualquier grado. A tenor del artículo 48 de la LDCV se configura como una porción del caudal neto relicto a pagar con los bienes del mismo (*pars valoris bonorum*), no obstante lo cual, el testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.

La legítima de los hijos o descendientes se halla constituida por un tercio del caudal hereditario, a tenor de lo establecido en el artículo 49 de la LDCV, sin olvidar el carácter de legitimario del cónyuge viudo o miembros supérstite de la pareja de hecho por lo que respecta a su cuota usufructuaria (la mitrad del haber total del causante si concurriera con descendientes y, en defecto de estos, dicha cuota se eleva a los dos tercios de los bienes, de conformidad a lo establecido en el artículo 52 de la LDCV, que concreta el reconocimiento como legitimario que le atribuía en su cuota usufructuaria el mencionado artículo 47 de la LDCV.

Por lo que se refiere a la ordenación sucesoria del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa[54], el artículo 96 de la LDCV remite a las normas de la LDCV, sin perjuicio de las formas, instituciones y principios tradicionales de dicho territorio histórico.

Cataluña. La nueva regulación sobre el particular, concretamente, el Título V, Capítulo I de la Ley 10/2008, de 10 de julio, en el Libro IV del Código civil de Cataluña, sobre las sucesiones[55], en su artículo 451-1 establece que la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante

52 Fuero cuyo origen data del siglo XIV cuyo ámbito territorial se extiende a los municipios de Amurrio, Okondo y Aiara Mendieta, así como a los pueblos de Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, pertenecientes al municipio de Artziniega.

53 Al respecto, Galicia Aizpúrua, G.H.: *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Valencia, 2002.

54 Con relación al caserío guipuzcoano, Fernández-Sancho Tahoces, A.S.: "La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipúzcoa", *Iura Vasconiae*, 2009, pp. 849-891; Lander Fernándezernándeze, N.: "El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones* (coords. J.L. Gimeno y Gómez-Lafuente y e. Rajoy Brey), t. 2, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1305-1356; Sanz de Hoyos, C.: La transmisión sucesoria del caserío en Guipúzcoa, en *Derechos civiles de España* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Martínez-Simancas), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 473-513.

55 Simón Moreno, H.: "XXI Jornadas Jurídicas. La Codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 1, 2000, pp. 377-380.

un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma. Es tomada en consideración como *pars valoris* o derecho de crédito frente a los herederos. En el mismo precepto (451-3) son reputados legitimarios todos los hijos del causante y, en su defecto, los progenitores y la cuantía de la legítima es la cuarta parte (451-5). Para determinar el importe de las legítimas individuales, hacen número el legitimario que sea heredero, el que ha renunciado a la misma, el desheredado justamente y el declarado indigno de suceder, pero no lo hacen ni el premuerto ni el ausente, salvo que sean representados por sus descendientes (451-6).

Así pues, tras un recorrido por el Derecho civil español y foral, si bien algunos territorios implantan el principio de plena libertad de testar (Navarra y parte del País Vasco, donde rige el Fuero de Ayala), hay que constatar que en la mayoría de ellos se admite y reconoce la institución jurídica de la legítima:

a) Aun cuando en algunos ordenamientos se reputan legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge viudo (Código civil español, Mallorca y Menorca, País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala), ya no estamos ante una regla tan general como hemos podido comprobar en el análisis comparado anterior, puesto que algunas legislaciones forales incluyen particularidades: en efecto, en Cataluña, en las islas más pequeñas de Baleares (Ibiza y Formentera), el cónyuge viudo no es tenido por legitimario; en Aragón, solo son legitimarios los descendientes; en tanto que en Galicia, son legitimarios los hijos y descendientes, así como el cónyuge viudo, en calidad de usufructuario, pero no los ascendientes. Vemos, pues, más disparidad y particularismo en las legislaciones forales a la hora de establecer quiénes cuentan con la cualidad de legitimarios.

b) Respecto al quantum de la porción legítima, también observamos una situación más equilibrada: mientras que algunas legislaciones reconocen una cuota variable de porción legítima (Código civil español; Baleares), otras, por el contrario, mantienen una porción fija (Cataluña, Aragón, Galicia y el País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala).

c) En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota legítima y, no sin poner de manifiesto el debate doctrinal que la materia arroja, constatamos una diversidad más que notoria. En efecto, el Código civil español mantiene la concepción tradicional de la legítima como *pars hereditatis*, si bien con reservas, al poderse reputar también como *pars bonorum*. Sin embargo, en el resto de las legislaciones, la variedad sobre el particular es lo más destacable: ya por entender que constituye un derecho de crédito frente a la herencia –*pars valoris*- (Cataluña, Galicia), ya por admitirse como una porción de bienes –*pars bonorum*- (Aragón, Mallorca y Menorca), o ya, finalmente, por considerarse como un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios

–*pars valoris bonorum*- (Ibiza y Formentera, y en el País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala).

Una vez analizados los derechos forales, realizamos también un recorrido por el Derecho comparado europeo y latinoamericano:

Francia. El Código civil francés consuma la fusión de la legítima romana y la reserva familiar germánica, hasta el punto que la llamada legítima adquiere los caracteres de la reserva germánica[56]. No obstante lo afirmado, podemos sostener que, aun así, tanto se aleja de la legítima romana (pues se atribuye a los ascendientes y a los descendientes; por su atribución colectiva a todos los legitimarios, y no individualmente a cada uno de ellos), como se aleja de la reserva germánica (ya que solo se atribuye a los herederos en línea recta; recae sobre todos los bienes de la herencia indistintamente; protege frente a las disposiciones de última voluntad y a las donaciones realizadas por el difunto; e, incluso, varía su monto en función del número de hijos y de la concurrencia o no de ascendientes)[57]. Todo ello permite concluir que el Código francés representa una transacción entre las diversas instituciones tradicionales francesas y el nuevo Derecho revolucionario, lo que llevará a conciliar, por un lado, el principio de libertad de testar y, por otro, la protección en la sucesión de los derechos pertenecientes a la línea recta.

La Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2007)[58] constituye una reforma importante del Código civil en sede de sucesiones y liberalidades, de tal manera que modifica la regulación sobre la materia. Tras la reforma de 2006, sólo son legitimarios los descendientes y el cónyuge en una porción que, en el caso de los descendientes, mantiene un monto variable dependiente del número que concurra en la sucesión, siguiendo el criterio de versiones anteriores (a mayor número de hijos, mayor cuota legítima y, por ende, menor la cuota disponible): la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo; dos tercios, si deja dos hijos; y tres cuartos, si deja tres o más; y que, en el caso del cónyuge, a falta de descendientes, es de una cuarta parte del caudal hereditario.

Italia. En Italia, el sistema adoptado por el Codice civile de 1865 incluye una cuota legítima invariable[59], con independencia del número de herederos: de concurrir hijos o descendientes, el testador no puede disponer más de la mitad de sus bienes; de no dejar hijos o descendientes, pero sí ascendientes, podía disponer

56 Pérez Serrano, N.: *Dictámenes*, cit., p. 461.

57 Aubry, C y Rau, C.: *Cours de Droit civil francais*, 5ª ed., t. 11ª, Marchal et Billard, Paris, pp. 14 y 15.

58 Martínez Martínez, M.: "Recientes reformas del Derecho de sucesiones en Derecho francés", *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, en http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=405 (consultado con fecha 4/04/2019).

59 Polacco, V.: *De las sucesiones*, cit., pp. 289 y ss.

de los dos tercios de la herencia (artículos 805 y 807); además, el cónyuge supérstite contaba con el derecho a una legítima en usufructo (artículos 812-814).

El Código civil de 1942[60] en sus artículos 536 y siguientes concibe la porción legítima, no como una cuota de la herencia, sino como *pars bonorum*, es decir, como un valor económico, siendo irrelevante que los legitimarios lo obtengan en calidad de herederos, o como simples legatarios o donatarios.

Son legitimarios el cónyuge; los hijos legítimos (a los que se equiparan los adoptivos) y naturales, respecto de los cuales opera el derecho de representación para los descendientes de unos y otros; y los ascendientes legítimos[61].

La cuota legítima que corresponde a los legitimarios, ahora variable, es la que sigue: para los hijos legítimos y naturales, la mitad o los dos tercios de la herencia, según sobreviva un solo hijo o más de un hijo, respectivamente; para los ascendientes legítimos, en defecto de los anteriores, un tercio de la herencia, que se dividirá por mitad entre la línea paterna y materna; respecto del cónyuge no separado por sentencia firme, si concurre en solitario, la mitad del patrimonio.

En el supuesto de que se produzca el concurso entre ellos, habrá que distinguir los siguientes supuestos: si concurre el cónyuge y un hijo, un tercio para cada uno; si concurre con más de un hijo, la mitad para los hijos y un cuarto para el cónyuge; de concurrir el cónyuge con ascendientes legítimos, el cónyuge cuenta con la mitad, en tanto que los ascendientes tienen la reserva de un cuarto, divisible este por mitad entre la línea paterna y materna.

Todo ello, al margen de otros derechos reservados al cónyuge[62], a tenor de lo establecido en los artículos 540, 2 y 548 del Codice civile, en cuya virtud, tiene también a su favor los derechos reales de habitación sobre la casa usada como residencia familiar y el uso de los muebles que la integran, ya sea ésta propiedad del causante o común de ambos, teniendo en cuenta que el cónyuge cuya separación no haya sido decretada por una sentencia definitiva tiene los mismos derechos de herencia que los cónyuges no separados, si bien el cónyuge que hubiera ocasionado la causa de la sentencia firme de separación sólo tendrá derecho a una pensión vitalicia si, en el momento de la apertura de la sucesión, estaba disfrutando de alimentos a expensas del cónyuge fallecido, pensión que deberá ser proporcional al patrimonio hereditario, calidad y número de herederos legítimos, pero que, en ningún caso, podrá superar la cuantía de la prestación alimenticia existente al tiempo de la apertura de la sucesión.

60 AA.VV. (Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli): *Diritto Civile*, 4, *Le successioni a causa di norte*. UTET, Torino, 1997, pp. 233 y ss.

61 Gazzoni, F.: *Manuale di Diritto Privato*, 8ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Roma, 2000, pp. 463-464.

62 AA.VV. (Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli): *Diritto*, cit., pp. 242-243.

Alemania. La recepción del Derecho justinianeo en Alemania se produce en calidad de Derecho común, con la influencia propia del Iusnaturalismo que se introduce a través del ALR prusiano y el ABGB austriaco[63], lo que configura la legítima como una pretensión sobre el valor de la herencia, esto es, un derecho de crédito –*pars valoris*- del legitimario frente a los herederos testamentarios consistente en una parte de la porción que por sucesión legal le correspondía. El BGB sigue ese espíritu, sobre la base de los Códigos prusiano y austríaco[64], si bien limita la libertad de disposición del causante a la cuota no reservada a sus herederos, esto es, a la cuota libre; así como restringe la relación de legitimarios, al excluir a los hermanos del difunto y reducir el beneficio en la línea ascendente a los padres.

Así pues, son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge viudo (parágrafo 2303, 1)[65], de tal manera que si son excluidos de la herencia tienen derecho a reclamar su legítima en calidad de acreedores, que no de herederos, puesto que la legítima no deriva de la institución de heredero, salvo que otra cosa se disponga. El monto es fijo, la mitad de lo que les correspondería en la sucesión legal o intestada (parágrafo 2303, 1), a diferencia del criterio justinianeo de cuota variable.

La reforma de mínimos habida sobre la materia[66] en 2010[67] no modifica la naturaleza de la institución jurídica (*pars valoris*); no cuestiona el fundamento de la figura; mantiene su cuantía, así como los legitimarios (descendientes, padre, cónyuge). Sin embargo, respeta el tenor de la Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19/04/2015, según la cual la legítima de los descendientes constituye un valor protegido constitucionalmente, sobre la base de los artículos 14,1,I y 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Grundgesetz), con base en los principios de la solidaridad familiar y de protección a la familia[68], unos principios que, sin extenderlos el Tribunal Constitucional, se hacen valer por el legislador alemán para mantener la legítima de los padres y del cónyuge.

Suiza. El Código civil suizo de 1907 amplía considerablemente en los artículos 470 y 471 el ámbito de los herederos forzosos[69], pues incluye a los descendientes, los padres, hermanos y al cónyuge supérstite. La cuantía de la legítima resulta

63 Wesenberg, G.; Wesener G.: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 135 y ss.

64 Ennecerus-Kipp-Wolff: *Tratado de Derecho civil,* t. V., *Derecho de Sucesiones I*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 78.

65 Eiranova Encinas, E.: *Código civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 615 y ss.

66 Arroyo i Amayuelas, E.: *La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania*, Indret, Barcelona, enero 2010, pp. 4, 5.

67 Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción (Gesetz zur Änderung des Erb - und Verjährungsrechts), de 24/09/2004, con fecha de entrada en vigor de 1/01/2010.

68 Arroyo i Amayuelas, E.: *La reforma*, cit., p. 6.

69 Colin, A. y Capitant, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, 2ª ed., Reus, Madrid, 1949, p. 503.

variable, sin tener en cuenta el número de legitimarios, sino más bien la vinculación familiar de estos con el de cuius: en efecto, representa las ¾ de su derecho a la herencia para los descendientes; la ½ para los padres; la ¼ para los hermanos; y con relación al cónyuge supérstite, si concurre con otros herederos legales, la legítima consistirá en todos sus derechos de herencia en propiedad, y de la ½ de ese derecho, si el heredero fuera único.

Varias reformas han modificado la versión original señalada[70]: por un lado, la Ley Federal de 5 de octubre de 1984 (en vigor desde el 1 de enero de 1988), que suprime la referencia a los hermanos como legitimarios en el artículo 470; y, por otro, la Ley de 18 de junio de 2004 (en vigor desde el 1° de enero de 2007) sobre la pareja de hecho registrada entre personas del mismo sexo, que incorpora a la relación de legitimarios la pareja de hecho sobreviviente registrada, en situación de igualdad respecto a la del cónyuge sobreviviente, de manera que a ambos se les concede una cuota legítima de la mitad de sus derechos en la sucesión legal, según lo prescrito, respectivamente, en los artículos 470 y 471 del ZGB.

Austria. En virtud de la reforma practicada sobre la materia en el país transalpino en 2015 (entra en vigor en 2017)[71], son legitimarios los hijos y sus descendientes por derecho de representación, así como también el cónyuge del causante, perdiendo tal carácter de los ascendientes, sobre la base de que en el caso de longevidad de estos y sobreviven a sus descendientes, por regla general, su patrimonio es superior al *de cuius*.

Portugal. El Código luso en su versión original de 1867 sólo incluyó entre los herederos legitimarios a los descendientes y ascendientes[72], con una cuota legítima de las dos terceras partes de la sucesión cuando el difunto dejara descendientes o padres, y la mitad, en el caso de concurrir otros ascendientes distintos de los padres (artículos 1784, 1786 y 1787).

El nuevo de Código de 1967, que deroga el anterior, regula la sucesión legitimaria en los artículos 2156-2167. Esta materia, como muchas otras, fue adaptada a la Constitución portuguesa de 1976 a través del Decreto-Ley 496/77, de 25 de noviembre, que introduce modificaciones al Código civil, lo que se traduce en un fortalecimiento de la posición jurídica del cónyuge sobreviviente

70 Información obtenida en la página web de la Confédération suisse, http://www.admin.ch (consultado con fecha 26/03/2019).

71 Christianl, G.: *La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales*, Congreso Internacional Presente y futuro del Derecho de sucesiones: las legítimas y la libertad de testar (dir. F. Capilla Roncero; M. Espejo Lerdo de Tejada; F.J. Aranguren Urriza), Sevilla, noviembre-diciembre, 2017.

72 Colin, A. y Capitant, H.: *Curso*, cit., p. 502.

al ser incluido dentro de los legitimarios[73], puesto que se mantiene la redacción original en cuanto a la legítima de los descendientes o ascendientes, por separado.

Parte de la consideración de que la legítima constituye una porción de bienes de la que no puede disponer el testador por estar destinada legalmente a los herederos legitimarios, esto es, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, según el orden y las reglas establecidas en la sucesión legal. En tal virtud, la legítima se configura como una parte de la herencia –*pars hereditatis*- y los legitimarios son reputados como herederos.

Por lo que se refiere a la cuantía de la porción legítima de la que goza el cónyuge, hay que distinguir varias situaciones: si concurre en solitario, ni con descendientes ni con ascendientes, la cuantía es la mitad de la herencia; si concurre con hijos, la legítima conjunta para ambos –cónyuge e hijos- son las dos terceras partes de la herencia; la misma porción conjunta que cuando concurre con ascendientes.

En cuanto a la porción legitima de los descendientes, en defecto de cónyuge supérstite, será de la mitad o dos tercios de la herencia, según exista un solo hijo o más de un hijo, respectivamente. Si se trata de descendientes de segundo grado y siguientes, cuentan con la porción que le correspondería a su ascendiente, con fijación de la poción de cada uno según las reglas de la sucesión intestada.

Por fin, si el causante carece de descendientes y cónyuge, la legítima de los ascendientes es de la mitad o un tercio de la herencia, conforme son llamados los padres o los ascendientes de segundo grado y siguientes.

Holanda. En Holanda se ha abandonado la tradicional figura de la reserva francesa y se ha pasado al modelo de legítima alemana, como un derecho de crédito –*pars valoris*- y tiende a una disminución importante de los derechos de los legitimarios[74]: únicamente los descendientes del fallecido (hijos o, si estos ya han fallecido, sus hijos) tienen derecho a la legítima, en tanto que el cónyuge y los ascendientes no tienen derecho a la legítima. El monto de la legítima equivale a la mitad de la herencia (artículo 4:64 del Código Civil, BW, 1994)[75].

Bélgica. Con motivo de la "Loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette

73 La información sobre el Código civil portugués ha sido obtenida en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjG__X5qqDhAhUTAWMBHZAiDOAQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.igac.gov.pt%2Fdocuments%2F20178%2F358682%2FC%25C3%25B3digo%2BCivil.pdf%2F2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991&usg=AOvVaw2vwfB2Pnlug5s925VPsWJP (consultado con fecha 26 de marzo de 2019).

74 Información obtenida en http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/1544-legitima-material-y-legitima-formal-0-9796865787167909 (consultado con fecha 26/03/2019).

75 Información obtenida en https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-nl-es.do#toc_3 (consultado con fecha 26/03/2019).

matière" (31/07/2017)[76], se modifican algunos preceptos del Código Civil belga, entre los cuales destacamos respectivamente por afectar a la materia aquí tratada los artículos 913, 915bis y 916, en cuya virtud se limitan las liberalidades, ya por actos inter vivos, ya por testamento a la mitad de la masa hereditaria, en el caso de que el causante dejara a su muerte uno o varios hijos, entendiendo por tales los descendientes de cualquier grado, si bien en el caso de sustitución por representación solo se contarán en la parte de quien sustituyeran; tanto el viudo como el conviviente supérstite cuenta con el derecho al usufructo de la mitad de la masa hereditaria; en defecto de uno y otros, las liberalidades por actos inter vivos o testamentarias podrán comprender la totalidad de los bienes. Así pues, fruto de esta reforma señalada, los ascendientes pierden el carácter de legitimarios.

Common law. De manera generalizada se puede afirmar que en los ordenamientos jurídicos adscritos a la familia anglosajona del derecho (principalmente Inglaterra, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda) no existe la institución jurídica de la legítima, en aras de la consagración del principio de libertad de disposición mortis causa[77]. Como salvedad se pueden citar los casos de Escocia[78], Irlanda[79], Jersey, o la isla de Man[80], que sí la reconocen.

Aun así, el derecho anglosajón reconoce una provisión alimenticia denominada "family provision"[81], una institución jurídica similar al derecho de alimentos del derecho continental o civil law.

En el ámbito latinoamericano, tal como vamos a poder comprobar, frente a algunos ordenamientos jurídicos que ignoran la institución de la legítima (México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá) y lo compensan con el reconocimiento de un derecho de alimentos a ciertos parientes próximos, otros adoptan el sistema de cuota variable, ya en función del número de legitimarios, de la categoría de los legitimarios, o de ambos factores al unísono (Chile, Argentina, Colombia), en tanto que los hay de cuota fija (Venezuela y Brasil).

Chile. El Código civil de Chile de Andrés Bello consagra en el artículo 1181 que la legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas

76 Información obtenida en http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm (consultado con fecha 27/03/2019).

77 Parra Lucán, M.A.: Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 13. 2009, p. 487.

78 Barrio Gallardo, A.: *La evolución de la libertad de testar en el Common law inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 199, 200.

79 Rentería Arocena, A.: "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 726, 2011, p. 2100.

80 Ybarra Bores, A.: "La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2015, p. 227.

81 Barrio Gallardo, A.: *El common law en la actualidad: un ejercicio de prospectiva*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 291; Rentería Arocena, A.: "La libertad", cit., pp. 2095 y ss.

personas llamadas legitimarios, de tal manera que los legitimarios son por consiguiente herederos, lo que convierte a la porción legítima en *pars hereditatis* y no en *pars bonorum*.

Tras la Ley 19585 de 13 de octubre de 1998 que modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación[82], el artículo 1182 prescribe que son herederos legitimarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes, y el cónyuge sobreviviente. Sin embargo, no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del Artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que, por culpa suya, haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal. El inciso final del artículo 203 señala que "sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante".

En virtud del artículo 1183, los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada; y el artículo 1184 preceptúa que la mitad de los bienes se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada, de modo que lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. A tal efecto, habrá que distinguir, puesto que, no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio; por el contrario, habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes se dividirá en cuatro partes, dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas, otra cuarta parte, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y la otra cuarta, de la que ha podido disponer a su arbitrio.

Vemos, pues, que el Código chileno adopta el sistema previsto en el Proyecto de Código civil español de 1851, conocido como García Goyena, en el que, junto a la legítima rigurosa, se contempla el derecho a mejorar a uno o más de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, sean o no legitimarios, una cuota de mejora cifrada en la cuarta parte de la herencia.

82 Una información de la mencionada reforma legal obtenida en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf (consultado con fecha 27/032019).

Colombia. El Código civil de Colombia[83], siguiendo el modelo del Código Andrés Bello, define en su artículo 1239 la legítima como la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios, los cuales son, por consiguiente, herederos. Vemos, pues, que la legítima se erige en *pars hereditatis* o parte de la herencia, y los legitimarios son reputados herederos.

El artículo 1240 en su versión original consideraba legitimarios a los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima; los ascendientes legítimos; los hijos naturales personalmente, o representados por su descendencia legítima; y los padres naturales. Este precepto resulta subrogado por el artículo 9 de la Ley 29 de 1982, que origina un nuevo texto en cuya virtud son legitimarios los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; los ascendientes; los padres adoptantes[84]; los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. Así pues, el cónyuge no es legitimario en el Derecho colombiano, no obstante cuente con el derecho a una asignación forzosa consistente en la porción conyugal[85] cuando carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

A su vez, el artículo 1241 señala que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada[86]; el artículo 1242, modificado por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936[87], establece que la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigurosa.

83 Valencia Zea, A.: *Derecho civil*, VI, *De las Sucesiones*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1980, pp. 322 y ss.

84 Numeral 3° declarado exequible por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-831-06 de 11 de octubre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Información obtenida en http://www.oas.org/dil (consultado 04/04/2019).

85 Así lo establece el artículo 1226 del Código civil y se desarrolla en los artículos 1230-1238.

86 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-641-00 del 31 de mayo de 2000 de Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Información obtenida en http://www.oas.org/dil (consultado 04/04/2019).

87 Texto original del artículo 1242 del Código Civil: "La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1016, y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa.
No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.
Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio". Artículo declarado exequible, excepto la palabra "legítimos" tachada declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-105-94 del 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, razón por la cual es tachado inexequible el último párrafo del mencionado artículo. Información obtenida en http://www.oas.org/dil (consultado 04/04/2019).

De no haber descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio; y habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras[88] con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios; y la otra cuarta parte de la que ha podido disponer a su arbitrio.

Argentina. En el caso de Argentina, el artículo 3591 del Código Civil de 1869 definía la legítima de los herederos forzosos como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. Vélez Sarsfield sigue en este punto el criterio adoptado por el Código civil francés, razón por la cual se configura como parte de la herencia (*pars hereditatis*), lo que atribuye al legitimario la condición de heredero.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015) mantiene la misma naturaleza de la legítima y reputa legitimarios en el artículo 2444 a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. El artículo 2445 regula el monto de las porciones legítimas: de los descendientes, dos tercios; de los ascendientes, un medio; y la del cónyuge, un medio. En el artículo 2446 se contempla el supuesto de concurrencia de legitimarios, de tal suerte que, si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas, mientras que, si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor.

Venezuela. Por lo que respecta a Venezuela[89], la legítima constituye una parte alícuota del patrimonio del causante –*pars hereditatis*-, no un legado ni un derecho de crédito a favor del legitimario –*pars bonorum*-, lo que convierte al legitimario en un heredero del causante. Son herederos legitimarios los descendientes, ascendientes y el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes. La cuantía de la porción legítima es fija (la mitad de los respectivos derechos de estos en la sucesión intestada), con aplicación de las reglas de esta sucesión en cuanto al orden de suceder, el concurso entre varios de ellos, exclusión y derecho de representación, a tenor de lo previsto en los artículos 883 y 884 del Código civil.

Brasil. En Brasil, el Código Civil de 1916 estableció como herederos necesarios, con exclusión del cónyuge y de los parientes colaterales, solamente a los

88 Valencia Zea, A.: *Derecho*, cit., pp. 329 y ss.

89 López Herrera, F.: *Derecho de Sucesiones*, t. I. Publicaciones UCAB, Caracas, 2003, pp. 259 y ss.

descendientes y, en su defecto, a los ascendientes, a quienes atribuye como porción legítima la mitad de los bienes de la herencia (artículos 1721-1725)[90].

Tras la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 2002, se une a la nómina de herederos necesarios, junto a los descendientes y ascendientes, el cónyuge, tal como se establece en los artículos 1845-1850. Pertenece a los herederos necesarios, de pleno derecho, la mitad de los bienes de la herencia, que constituye la legítima.

México. El Código de 1870, claramente influido por el Código civil francés y el Proyecto de Código civil español de García Goyena, regulaba profusamente la porción legítima a favor de herederos en línea recta –descendientes y ascendientes-, hasta el punto que le dedicaba treinta y seis artículos (3640 y ss.)[91]. Sin embargo, el Código de 1884, no sin polémicos debates, adopta el principio de libertad absoluta de testar y la consiguiente supresión de la institución de la legítima sobre la base del ensanche de la libertad individual y el complemento necesario al derecho de propiedad, según lo establecido en el artículo 3242, con el único límite de la obligación de dejar alimentos a los ascendientes, al cónyuge supérstite y a los descendientes.

Tras la revolución de inicios del siglo XX acaecida en México, surge un nuevo Código civil, hijo del movimiento revolucionario. En su seno se mantiene la supresión de la legítima, eso sí, bajo otros argumentos, puesto que, por un lado, el principio de la autonomía de la voluntad deja paso al de "sujeción de la actividad humana a los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social creados por la división del trabajo y la comunidad de necesidades"[92]; y, por otro, el derecho de propiedad pierde su versión individualista y casi absoluta del Derecho romano para presentarse con un tinte más progresista, como un medio para cumplir una función social a la que está ineludiblemente llamado.

Así pues, y a modo de conclusión, tras el examen de varios ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romanística del Derecho, si bien los hay que no reconocen la institución de la legítima y tratan de compensar su falta con derechos alimenticios (así, por ejemplo, los países centroamericanos y México), la mayoría de ellos la contemplan, premisa a partir de la cual nos podemos hacer algunas consideraciones:

90 De Barros Monteiro, W.: *Curso de Direito Civil*, vol. 6°, *Direito des Succesões*, Saraiva, Sao Paulo, 1971, pp. 199 y ss.

91 Porción que varía para los hijos en función de categoría: 4/5 partes para la descendencia legítima o legitimada; 2/3 partes para los hijos naturales; la ½ para los hijos espurios. Al respecto, González, M. R.: *Estudios sobre la historia del Código civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos núm. 12, UNAM, México, 1981.

92 Pazis, H.: *La* portio legitima: *origen romano y problemas de interpretación a la luz de principios modernos*, Seminario de Derecho Romano, XXXV Aniversario, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2007, p 292, en http://cdigital.uv.mx/handle/123456789/39117 (consultado con fecha 06/04/2019).

a) Existe una coincidencia bastante generalizada en las personas que cuentan con derecho a la legítima (descendientes, ascendientes y cónyuge), aun cuando en algún caso –Colombia- el cónyuge no es legitimario, y en otros –Suiza, Alemania, Bélgica- la figura también se extiende a los miembros de la pareja de hecho. La progresiva incorporación del cónyuge viudo a la cualidad de legitimario ha sido una tendencia bastante generalizada. En algunos casos, los ascendientes dejan de serlo (Francia, Alemania, Austria, Holanda, Bélgica).

b) Respecto al quantum de la porción legítima, mientras que la mayoría de los ordenamientos analizados cuentan con una cuota variable (Francia, Italia, Suiza, Portugal, Chile, Colombia), hay otros, los menos, que admiten una legítima de cuota fija (Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Argentina y Venezuela).

c) En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota legítima y, sin perjuicio de las discusiones doctrinales que al respecto se presentan, la mayoría de las regulaciones abordadas la reputan como *pars hereditatis* o parte de la herencia, otorgando al legitimario la condición de heredero (Suiza, Portugal, Chile, Argentina, Colombia, Venezuela, Bélgica), en tanto que, a título excepcional, constituye ya un derecho de crédito o *pars valoris* (caso de Alemania, Austria, Holanda), ya un valor económico, siendo irrelevante que los legitimarios lo obtengan en calidad de herederos, o como simples legatarios o donatarios, esto es, se considera una *pars bonorum* (Italia).

De todo lo anterior, podemos concluir que se observa una tendencia dirigida a la reducción del monto de la legítima, que no a su supresión, más aún si enarbolamos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán que consagra la legítima de los descendientes como un derecho fundamental sobre la base de los principios de solidaridad familiar y protección a la familia.

V. NUESTRA OPINIÓN

En la media que nos hallamos ante una discusión de vieja data, constatamos que se trata de una polémica de viva actualidad, más aún cuando la reforma del derecho de sucesiones en nuestro Código civil se avizora en el horizonte. Prueba de lo afirmado, podemos señalar que en el seno de la Comisión General de Codificación existen dos grupos parejos en número y bien delineados en uno y otro sentido. Con el fin de aportar algunas luces a la diatriba doctrinal con miras a lograr una solución *de lege ferenda*, proponemos tomar en consideración las siguientes reflexiones:

1. A la hora de abordar el tema aquí debatido tenemos que partir de una premisa indispensable, y para ello debemos encajar debidamente el fin que se

pretende alcanzar con la implantación[93], bien del sistema de libertad absoluta de testar, bien del sistema legitimario, respectivamente.

2. Debemos tener en cuenta ineludiblemente los profundos cambios sociológicos, económicos, culturales y jurídicos producidos desde la promulgación del Código civil, que permiten corroborar el desfase existente en torno a la regulación de las legítimas en este cuerpo legal[94]. Todas estas novedades exigen una nueva concepción del derecho sucesorio que permita acometer la reforma de su normativa, incluido también el sistema legitimario, en el que vuelve a resurgir el eterno debate entre mantener la legítima como límite a la facultad de disposición del propietario sobre sus bienes, con requisitos y modulaciones o, por el contrario, proponer de forma categórica su total desaparición.

3. A su vez son elementos dignos de tener en cuenta a los efectos de determinar y configurar la porción legítima en la sucesión la posición del legitimario, el cálculo de la masa hereditaria, así como la relación con las demás partes de la herencia[95], elementos claramente interrelacionados.

4. Con carácter generalizado las tendencias legislativas se orientan hacia una reducción de la legítima, pero no a su total supresión, lo cual hemos de considerarlo como un indicio más que significativo, a mi juicio, fundado en el temor, la prudencia o la inseguridad[96].

En todo caso, tanto en países del Common Law, como en el territorio español, Navarra y la tierra de Ayala, rige la libertad de testar, sin que ello signifique ni haya ocasionado ningún tipo de alarma social al respecto. En abono de esta amplia libertad se arguye que el testador actúa siempre con libertad de conciencia y a sabiendas de su actuación y pensamiento, de tal suerte que, si en su disposición mortis causa excluye a sus parientes más próximos, lo hará en virtud de fundadas razones para hacerlo.

5. No nos parece razón suficiente para excluir el sistema de legítimas el hecho de que en la mayor parte de los casos los legitimarios cuando heredan tienen su vida resuelta y, en muchas ocasiones, cuentan con mayor patrimonio incluso que su causante, no hay razón de ser legítima. Al margen de la posición económica y de la edad de los legitimarios, la razón de ser de la legítima hunde sus raíces en consideraciones de tipo antropológico, ético, filosófico y de justicia, por su conexión intrínseca con la idea de familia. Conforme al actual artículo 815 del Código Civil la legítima constituye un deber, al margen de cuál sea su título, en

93 Castán Tobeñas, J.: *Derecho*, cit., p. 491.

94 Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos*, cit., p. 311.

95 Bermejo Pumar, M.M.: "Atribuciones", cit., pp. 36-38.

96 Parra Lucán, M.A.: "Legítimas", cit., p. 487.

favor de determinadas personas, con la particularidad de que en el Derecho común la mejorar permite tanto la elección de personas dentro de un círculo mayor, cuanto de elección del título que lo sea.

6. No entendemos como términos excluyentes la noción de libertad y la existencia de la legítima, pues la libertad da cobertura a la existencia de normas, lo cual justificaría la determinación *ex lege* de una porción hereditaria con destino a ciertas personas en aras de contrarrestar y neutralizar cualquier atisbo de arbitrariedad.

7. Así pues, nos pronunciamos afirmativamente a favor de la legítima, si bien abogando por la conciliación con la libertad para configurarla. En esa línea de trabajo proponemos las siguientes recomendaciones:

a) Observancia de los principios de solidaridad familiar y protección a la familia, en sintonía con la posición del tribunal Constitucional alemán.

b) Establecimiento de un máximo y un mínimo para fijar la porción legítima. Con relación al mínimo, se alega que bastaría un mero derecho de alimentos (algunos solo lo reconocen en el caso de indigencia), pues por su través se satisfaría la misma necesidad de prestar la solidaridad. Sin embargo, en nuestra opinión, ello es cuestionable, toda vez que de ningún modo representaría la misma cuantía, y ello podría infligir una quiebra del principio de protección familiar.

c) Dado que en muchas ocasiones el patrimonio individual se integra en su mayor parte por la vivienda familiar como principal activo, aconsejaríamos su exclusión de la porción legítima, puesto que, de no ser así, surgen graves problemas de distribución, imputación y pago de la legítima.

VI. CONCLUSIONES

1. Uno de los tópicos por antonomasia que ha suscitado la polémica es el concerniente a la libertad o la limitación para disponer de los bienes mortis causa, respecto del cual se plantea si debe operar la libertad de testar en sentido absoluto, o bien debe restringirse a través de un sistema de legítimas, con mayor o menor amplitud. Una diatriba que subsiste en la actualidad a pesar de haber transcurrido varios siglos del debate, y que en pleno siglo XXI se hace más que necesaria ante la eventual reforma del Código civil sobre la materia.

2. En esta disquisición se baraja, entre otros aspectos, la vinculación de la sucesión con la institución familiar, esto es la necesidad de hacer prevalecer la familia como institución básica de la sociedad sobre el plano meramente individual del sucesor. Y en esta consideración debemos recalcar el contexto sociológico de

la familia en la actualidad, que no se ciñe exclusivamente al modelo clásico cuyo eje es el matrimonio; que ni siquiera cuenta con el sostén de la economía agrícola, ganadera, artesanal, ni basada en la actividad industrial de carácter doméstico; y que, fruto de los progresos derivados del bienestar, la longevidad de la población constituye una de las señas de identidad que preside la sociedad de los países desarrollados. Razones que justificarían una reforma legislativa del Código civil español, tal como se ha venido realizando en la legislación comparada y en las legislaciones forales que conforman el crisol jurídico español.

3. Tras un recorrido por el Derecho civil foral, algunos territorios implantan el principio de plena libertad de testar (Navarra y parte del País Vasco, donde rige el Fuero de Ayala); sin embargo, hay que constatar que en la mayoría de ellos se admite la institución jurídica de la legítima. Se detecta más disparidad y particularismo a la hora de establecer quiénes son legitimarios y respecto al quantum de la porción legítima, observamos una situación más equilibrada, puesto que mientras algunas legislaciones reconocen una cuota variable (Baleares), otras, por el contrario, mantienen una porción fija (Cataluña, Aragón, Galicia y el País Vasco donde no rige el Fuero de Ayala).

4. Fuera de España, asistimos a la progresiva incorporación del cónyuge viudo a la cualidad de legitimario como tendencia bastante generalizada. En algunos casos, los ascendientes dejan de serlo (Francia, Alemania, Austria, Holanda, Bélgica). Respecto al quantum de la porción legítima, mientras que la mayoría de los ordenamientos analizados cuentan con una cuota variable (Francia, Italia, Suiza, Portugal, Chile, Colombia), hay otros, los menos, que admiten una legítima de cuota fija (Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Argentina y Venezuela).

5. Existe tendencia a reducir el monto de la legítima, pero no a su supresión. Al respecto es digno de mención el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán que consagra la legítima de los descendientes como un derecho fundamental con base en los principios de solidaridad familiar y protección a la familia.

6. Nos pronunciamos a favor de la legítima, si bien realizamos algunas recomendaciones: el respeto a los principios de solidaridad familiar y protección a la familia; la fijación de un máximo y un mínimo en la porción legítima, sin que baste, a nuestro juicio un mero derecho e alimentos en cuanto al mínimo exigible; y la exclusión de la vivienda familiar de la porción legítima ante los graves problemas que ello acarrea en torno a la distribución, imputación y pago de la legítima.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo i Amayuelas, E.: *La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania*, Indret, Barcelona, 2010.

Aubry, C.; Rau, C.: *Cours de Droit civil francais*, 5ª ed., t. 11º, Marchal et Billard, Paris, 1919.

aa.vv. (coord. M.G. Altava Lavall): *Lecciones de Derecho Comparado*, Universitas, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2003.

aa.vv. (Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli): *Diritto Civile*, 4, *Le successioni a causa di norte*, UTET, Torino, 1997, pp. 233 y ss.

Baro Pazos, j.: *La Codificación del Derecho Civil en España*, 1808-1889, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

Barrio Gallardo, A.: *La evolución de la libertad de testar en el Common law inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011.

Barrio Gallardo, A.: *El common law en la actualidad: un ejercicio de prospectiva*, Dykinson, Madrid, 2012.

Bermejo Pumar, M.M.: *Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas. Reservas. Parte Primera. La legítima (función y estructura)*, Instituciones de Derecho Privado (coord. J.F. Delgado de Miguel), Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 17 y ss.

Bernad Mainar, R.: "De la legítima romana a la reserva familiar germánica", *RIDROM* núm. 14, 2015, pp. 1-63.

Brun Aragües, J.J.: "Intangibilidad cuantitativa de la legítima", *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel 2005*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006. pp. 411-417.

Carballo Fidalgo, M.: "La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia", *Actualidad Civil* núm. 4, 2001, pp. 1558-1578.

Carballo Fidalgo, M.: "La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José María Lete del Río* (coord. M.P. García Rubio), Madrid, 2009, pp. 139-164.

Castan Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 2º, Reus, Madrid, 1979.

Cimbali, E.: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1893.

Colin, A.; Capitant, H.: *Curso elemental de Derecho civil* t. VII, 2ª ed., Reus, Madrid, 1949.

Costa, J.: "Conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas", *La Libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Guara editorial, Zaragoza, 1981.

De Barrron Arniches, P.: "La legítima y el pacto *de non sucedendo* en el Derecho foral de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 223-232.

De Barrron Arniches, P.: *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs Ed., Barcelona, 2001.

De Barros Monteiro, W.: *Curso de Direito Civil*, vol. 6°, *Direito des Succesões,* Saraiva, Sao Paulo, 1971.

Eiranova Encinas, E.: *Código civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

Ennecerus-Kipp-Wolff: *Tratado de Derecho civil,* t. V, *Derecho de Sucesiones I*, Barcelona, Bosch, 1976.

Fernández-Sancho Tahoces, A.S.: "La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipúzcoa", *Iura Vasconiae*, 2009, pp. 849-891.

Galicia Azpurua, G.H.: "La sucesión forzosa en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de sucesiones* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera), vol. 2, Thomson Reuters España, 2011, pp. 2173-2232.

García Bernardo Landeta, A.: *La legítima en el Código Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

Garcia Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Impr. Sociedad tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

Gazzoni, F.: *Manuale di Diritto Privato*, 8ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Roma, 2000.

González, M. R.: *Estudios sobre la historia del Código civil en México durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, núm. 12, UNAM, México, 1981.

Hualde Manso, V.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 791 y ss.

Josserand, L. *Derecho civil*, t. III, vol. III, EJEA, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1951.

Lacruz Berdejo, J.L.*: Elementos de derecho civil*, t. V. *Sucesiones*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

Lander Fernández, N.: "El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco", en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones* (coords. J.L. Gimeno y Gómez-Lafuente y E. Rajoy Brey), t. 2, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1305-1356.

Laso Gaite, J.F.: *Crónica de la Codificación en España*, *El procedimiento civil*, Reimp. Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1999.

Lepointe, M.G.: *Les successions dans l'Ancien Droit*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945.

López Herrera, F.: *Derecho de Sucesiones I*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2003.

Margadant, G.F.: *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea* 26ª ed., 6ª reimpr., Esfinge, Naucalpán, México, 2007.

Martínez Martínez, M.: Recientes reformas del Derecho de sucesiones en Derecho francés, *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, en http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=405 (consultado con fecha 4/04/2019).

Mazeaud, H.; L.: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1965.

Parra Lucán, M.A.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.

Pazis, H.: *La* portio legitima: *origen romano y problemas de interpretación a la luz de principios modernos*, Seminario de Derecho Romano, XXXV Aniversario, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2007, en http://cdigital.uv.mx/handle/123456789/39117 (consultado con fecha 06/04/2019).

Pereña Vicente, M.: "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, Madrid, 2003, pp. 2855-2878.

Perez Serrano, N.: *Dictámenes*, t. I, Derecho Civil, Dossat S.A, Madrid, 1965.

Polacco, V.: *De las sucesiones*, EJEA, Buenos Aires, 1982.

Polo Arevalo, E.M.: "Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad", *RIDROM (on line).* 10-2013, Universidad de Castilla La Mancha, 2013, pp. 331-376.

Rentería Arocena, A.: "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 726, 2011, p. 2095-2128.

Sanchez Roman, F.: *La Codificación Civil en España*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1890.

Sanz de Hoyos, C.: La transmisión sucesoria del caserío en Guipúzcoa, *Derechos civiles de España* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Martínez-Simancas), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 473-513.

Serrano Garcia, J.A.: "La legítima en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés* núm. XVI, IFC, Zaragoza, 2010, pp. 67-134.

Simón Moreno, H.: "XXI Jornadas Jurídicas. La Codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código civil", *Anuario de Derecho Civil* vol. 64, núm. 1. 2000, pp. 377-380.

Valencia Zea, A.: *Derecho civil. VI. De las Sucesiones*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1980.

Vallet de Goytisolo, J.B.: *Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar*, ADC, 1967, pp. 3 y ss.

Wesenberg, G.; Wesener, G.: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y Europa*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

Ybarra Bores, A.: La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 226-254.

LA COLLAZIONE: CARATTERI GENERALI, (ALCUNI) ASPETTI CRITICI E PROFILI EVOLUTIVI

THE "COLLAZIONE": GENERAL TERMS, (SOME) CRITICAL ASPECTS AND EVOLUTIONARY PROFILES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 414-475

Giuseppe
GAROFALO

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de febrero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Il saggio analizza i caratteri generali dell'istituto dalla collazione. Muovendo dall'indagine del fondamento dell'art. 737 c.c. e dalla circoscrizione dell'ambito oggettivo e soggettivo di operatività, si esaminano alcuni espetti controversi: i rapporti con la divisione, la dispensa ad opera del de cuis, la collazione volontaria, mettendo il luce la necessità di una rilettura assiologica della relativa disciplina.

PALABRAS CLAVE: Collazione; divisione; dispensa; autonomia; interpretazione; applicazione

ABSTRACT: *The essay investigates the general characteristics of the Italian "collazione". It starts from the analysis of the foundation of the art. 737 Italian civil code, the main rule: delineating its objective and subjective spheres of operations, some controversial aspects, such as the relationship between "collazione" and division, the dispensation from "collazione", the "collazione volontaria", are examined, highlighting the need for an axiological re-reading of the relative discipline.*

KEY WORDS: *Collazione; division; dispensation, autonomy, interpretation; application.*

SUMARIO.- I. RICOSTRUZIONE STORICA: CENNI MINIMI.- II. NOZIONE E RATIO DELL'ISTITUTO.- III. LA NATURA GIURIDICA DELLA COLLAZIONE.- IV. I RAPPORTI CON LA DIVISIONE E IL PROBLEMA DELLA NECESSITÀ DI UN RELICTUM.- V. COLLAZIONE E ISTITUTI AFFINI.- VI. AMBITO SOGGETTIVO.- VII. AMBITO OGGETTIVO.- VIII. LA DISPENSA DALLA COLLAZIONE E LA REVOCA DELLA DISPENSA.- IX. LA COLLAZIONE VOLONTARIA NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE.

I. RICOSTRUZIONE STORICA: CENNI MINIMI

La disciplina della collazione nacque nel diritto romano classico in conseguenza della concessione ai figli emancipati della successione *ab intestato* (*sine tabulis* e *contra tabulas*) a mezzo della *bonorum possessio unde liberi*.

Essa, com'è noto, nelle due diverse forme della *collatio bonorum* e della *collatio dotis*, si pose quale rimedio per superare l'ineguaglianza tra i figli *in potestate* (*sui heredes*) e figli *emancipati*, da una parte, e tra fratelli e sorelle in caso di figlie dotate, dall'altra.

I figli in potestà, in quanto tali privi di capacità patrimoniale, non potendo acquistare e ritenere *iure proprio*, ma ricadendo i loro acquisti nel patrimonio del *pater familias*[1], si trovarono a subire una disparità di trattamento rispetto agli emancipati: gli acquisti compiuti dai *sui* prima della morte del padre, infatti, rientrando nella massa ereditaria, venivano divisi, a differenza di quelli propri degli emancipati, tra quest'ultimi e i *sui*.

Una siffatta disparità patrimoniale si registrava anche riguardo alla figlia coniugata la quale, ebbe da sola ad avvantaggiarsi – a discapito degli altri figli – della dote conseguita per effetto dello scioglimento del matrimonio.

Tale squilibrio venne meno allorché, con la *collatio bonorum*, da un lato, e con la *collatio dotis*, dall'altro, il pretore impose – pena la *denegatio*[2] – ai figli emancipati di conferire quanto acquistato in proprio, e alla figlia (ancora *in potestate* alla morte

1 *Cfr.*, sul punto, Guarino, A.: *Collatio Bonorum*, Roma, 1937, p. 11 ss.

2 Si trattava della negazione dei mezzi giudiziari spettanti ai *bonorum possessores*.

• Giuseppe Garofalo
Dottorando di ricerca presso la Lumsa di Palermo, Correo electrónico: g.garofalo@lumsa.it

del pater familias[3]) il conferimento dei beni dotali restituitile dal marito in seguito al *divortium*[4].

La prima vera anticipazione dell'attuale disciplina della collazione si ebbe, tuttavia, con la *collatio descendentium*, sorta in epoca giustinianea, ed in virtù della quale fu previsto l'obbligo tra coeredi discendenti (senza alcuna distinzione) di conferire alla massa ereditaria, prima dello scioglimento della comunione, tutti beni (liberalità, dote, ecc…) ricevuti in vita dal *de cuius*, allo scopo di evitare la sperequazione che si sarebbe altrimenti prodotta per effetto delle liberalità ricevute dall'ascendente[5].

L'istituto, sopravvissuto nel diritto intermedio[6] e riadattato nelle legislazioni moderne[7], trovò cittadinanza nel codice albertino che "pur ponendosi sulla scia del codice napoleonico, preferito alla tradizione del diritto comune cui invece aveva fatto ritorno il codice civile austriaco" scelse di "limitare l'obbligo collatizio ai figli e ai discendenti dell'ereditando (art. 1067 codice albertino; conf. art. 989 codice dello stato di Parma), escludendolo, però, quanto all'oggetto per i legati"[8].

Il codice Pisanelli del 1865 (artt. 1001 ss.), in sostanziale continuità con il codice civile sabaudo, circoscrisse la collazione alle sole donazioni fatte ai figli o discendenti, facendo salva la diversa volontà del donante e precisando che l'eventuale dispensa avrebbe legittimato il figlio o il discendente a ritenere la donazione nei limiti della quota disponibile, restando "l'eccedente […] soggetto a collazione" (art. 1002).

3 Nessun problema invece si poneva con riguardo alla figlia emancipata, giacché costei era tenuta alla *collatio bonorum*, onde già in questa sede avrebbe dovuto ottemperare all'obbligo di conferimento al momento della restituzione della dote.

4 Nella specie, in entrambi i casi, il conferimento veniva garantito mediante la prestazione di tante *cautiones* quanti erano i *sui*, con le quali si assumeva l'impegno verso gli altri discendenti dell'ereditando di trasferire loro la quota dei beni dotali una volta che questi le fossero stati restituiti, in modo da assicurare l'eguaglianza di trattamento tra fratelli e sorelle; di norma la *collatio dotis* doveva avvenire contestualmente alla *datio bonorum possessionis*, ma se la figlia avesse ottenuto la *bonorum possessio* prima di *dotem conferre*, il pretore, finché essa non avesse ottemperato, le avrebbe denegato le azioni e gli altri rimedi giudiziari a lei spettanti quale *bonorum possessor*. Sul tema, v. Longo, G.E.: "Collazione" (dir. rom.), *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 314. Nel senso che la cauzione dovesse essere prestata ai *sui heredes* e non alla massa ereditaria, v. Arangio Ruiz, V.: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, p. 540.

5 Sanfilippo, C.: *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Manelli, 2002, p. 360. Il conferimento "coinvolgeva ogni forma di donazione ispirata non già dall'intento dell'ascendente di favorire in maniera definitiva un discendente a scapito degli altri, bensì dalla volontà palese di fornire un valido aiuto patrimoniale al discendente, che si fosse trovato in uno stato particolare di bisogno, per date circostanze, come quelle della milizia o del matrimonio; donazioni, cioè, che il de cuius avrebbe verosimilmente fatto anche agli altri discendenti solo che si fossero trovati nelle medesime situazioni, e che sostanzialmente si risolvevano in una forma anticipata di successione", così, Morelli, M.R.: *La comunione e la divisione ereditaria*, *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1998, II, p. 376.

6 Vismara, G.: "Collazione" (dir. interm.), *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 323.

7 Nel diritto consuetudinario francese, ad esempio, la collazione venne estesa anche ai legati, ed il *code Napoléon*, di seguito "obbligò qualunque coerede succedesse ab intestato, alla collazione, in natura o per imputazione, di tutte le donazioni (dirette e indirette), e dei legati, ad eccezione (ma in ogni caso entro i limiti della disponibile) delle attribuzioni fatte con dispensa della collazione e di quelle fatte a titolo di prelegato oltre la quota del coerede", in questi termini, Albanese, A.: *Della collazione. Del pagamento dei debiti (artt. 737-756)*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, p. 6.

8 Abanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 7.

Il chiamato, poi, sempre nel rispetto della disponibile, avrebbe potuto "ritenere la donazione, o domandare il legato a lui fatto" non potendo però "ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima" (art. 1003).

Così delineata, la disciplina, pressoché immutata, venne di seguito trasposta negli odierni artt. 737-751 c.c.

II. NOZIONE E *RATIO* DELL'ISTITUTO

Per collazione, dal latino "*colligere*", ovvero "raccogliere", s'intende l'atto mediante il quale determinati soggetti, che hanno accettato l'eredità, conferiscono (*rectius*: sono tenuti a conferire) alla massa ereditaria le liberalità ricevute in vita dal defunto[9].

L'art. 737, c. 1, c.c. dispone che "i figli e i loro discendenti ed il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati". Al secondo comma si precisa, tuttavia, che "la dispensa da collazione non produce effetto se non nei limiti della quota disponibile"[10].

Il conferimento, qualora si tratti di bene immobile, deve farsi o per imputazione, ossia imputando il valore del bene donato alla propria quota, oppure in natura, cioè rendendo il bene in natura, a scelta del soggetto tenuto al conferimento stesso.

Nonostante la dottrina si sia a lungo interrogata circa la *ratio* sulla quale poggia l'istituto in discorso e malgrado la lunga e travagliata elaborazione della relativa disciplina, permangono dubbi in ordine al fondamento "di per sé controverso"[11] della collazione, tanto che qualche autore, ritenendo che la stessa "non trov[i] alcuna giustificazione razionale sufficiente", giunge a dubitare dell'utilità di mantenere in vita l'istituto[12].

9 Si vedrà più avanti che il donatario può optare anche per l'imputazione del valore del bene ricevuto.

10 Per un'analisi dettagliata delle questioni che la norma pone, v. Siclari, R.: *Art. 737*, Perlingieri, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II, Napoli, 2010, p. 668 ss.; Ciatti, A.: "La collazione", Calvo-Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, II, 2013, p. 1381 ss.; Migliaccio, E.: "Collazione, imputazione e preterizione divisoria", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 86 ss.

11 Così, Perlingieri, G.: "La collazione per imputazione e il criterio di stima 'al tempo dell'aperta successione'. La collazione d'azienda", *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 85; ben si comprenderà nel prosieguo della trattazione il rilievo secondo cui l'argomento in esame è "tra i più difficili ed intricati che vi siano in materia di successione", Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 423.

12 Così, Ciatti, A.: *Della collazione*, *Comm. Gabrielli*, 3, Torino, 2010, p. 209. Si veda anche, Forchielli, P.: "Collazione", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 58; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, *Tratt. Vassalli*, XII, 5, 1980, p. 273; Carnevali, U.: "Collazione", *Dig.*, II, Torino, 1988, p. 472; Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, cit., p. 431; Palazzo, A.: *Le successioni*, *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1996, p. 984; Albanese, A.:, *La collazione*, *Tratt. Bonilini*, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, 2009, p. 420 ss.

Di là da tali radicali conclusioni, appare in questa sede utile ripercorrere, seppur in breve, le diverse teorie sviluppatesi sul punto, non foss'altro perché, come si evincerà nel prosieguo, l'adesione ad un'impostazione, piuttosto che ad un'altra, conduce sul piano operativo a conclusioni diametralmente opposte.

Si pensi, ad esempio, all'ammissibilità della c.d. dispensa implicita: se si ritiene che il fondamento della collazione sia da rintracciare nella presunta volontà del defunto, si riterrà che "l'obbligo di conferimento viene meno ogni qualvolta sia possibile presumere una diversa intenzione, come accadrebbe in tutte le circostanze inconciliabili con la volontà di uguaglianza [...]"[13]. Viceversa, chi ravvisa la ratio della norma nella tutela dell'interesse familiare, esclude che si possa configurare una dispensa tacita, sul presupposto che la diversa volontà del donante, seppur ammessa dalla legge, debba essere, in ossequio ad una tutela effettiva[14], manifestata esplicitamente[15].

Tradizionalmente sono state cinque le teorie avvicendatesi (e tra di esse influenzatesi) nel tentativo di individuare la ragione giustificatrice della collazione ereditaria, prediligendo ora il profilo soggettivo, ora quello oggettivo.

Come accennato, la prima e più risalente impostazione, che ha tuttavia avuto ampia diffusione in tempi recenti[16], presumendo che il donante abbia eguale considerazione dei soggetti tenuti alla collazione, individua – in termini soggettivi – il fondamento dell'istituto nella volontà implicita del *de cuius* di anticipare nei confronti di taluni di questi la successione[17].

La donazione fatta al discendente o al coniuge, dunque, assumendo i connotati di un'anticipata successione, evita di tradursi, operando la collazione, in un ingiusto vantaggio per il donatario.

È comunque fatta salva la possibilità per il donante di vincere la presunzione di eguaglianza dispensando il donatario tanto dalla collazione, esonerandolo

13 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 29.

14 Sul tema dell'effettività della tutela è utile il rinvio a Carapezza Figlia, G.-Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", Perlingieri, G.-Fachechi, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, *Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche* "Jean Monnet" *dell'Università degli Studi della Campania* Luigi Vanvitelli, Napoli, 2017.

15 Cicu, A.: *La divisione ereditaria*, Milano, 1946, p. 158.

16 L'osservazione è di Deplano, S.: "La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia del disponente", *Dir. succ. fam.*, Napoli, 2016, p. 413.

17 Polacco, V.: *Delle successioni*, Milano-Roma, 1937, p. 352 ss.; Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 730; Id., *Dei prelevamenti di cui all'art. 725 c.c.*, *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 648; Abello, L.: "Contributo alla teoria della collazione, (La presunzione della volontà del defunto nelle successioni testamentarie in ordine alla collazione)", *Giur. it.*, 1896, IV, p. 388; Piola, E.: "Successione, Rapporti giuridici tra coeredi", *Noviss. Dig. It.*, XXII, Torino, 1902, p. 518; Azzariti, G.: *La divisione*, *Tratt. Rescigno*, VI, 2, Torino, 1997, p. 431; De Ruggero, R.-Maroi, F.: *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina, 1950, p. 1453.

dal conferimento, quanto dall'imputazione *ex se*, escludendo che il lascito sia computato sulla quota di riserva (art. 564 c.c.).

Al riguardo si è però obiettato che gli effetti *de quibus* sono indubbiamente conseguenza della volontà della legge: se l'ipotetica volontà del *de cuius* fosse realmente a fondamento dell'istituto, infatti, la collazione avrebbe natura presuntiva e, dunque, potrebbe essere superata dalla prova del fatto che la volontà del defunto fosse contraria al suo operare[18].

Del resto, essendo soggetta a collazione qualsiasi donazione[19], appare arduo sostenere che tutte, indistintamente, siano realizzate a scopo successorio, tanto più se si considera che il *de cuius* ben può attribuire liberalità a soggetti (nipote o coniuge anziano) solo di rado chiamati a succedere. Senza contare, poi, che "se davvero la donazione fosse un anticipo dell'eredità, essa dovrebbe venir meno con la rinuncia all'eredità stessa"[20]. Può osservarsi, invece, che con la rinuncia il donatario, lungi dal perdere il bene donato, non è più tenuto al conferimento e l'atto liberale si consolida[21]. Peraltro, seguendo questa linea interpretativa, la collazione sarebbe inibita tutte le volte che il testatore lasci al donatario una quota inferiore rispetto agli altri coeredi, dovendosi da ciò inferire che al "bilanciamento patrimoniale tra coniuge e discendenti abbia già provveduto il de cuius"[22], onde "l'intervento suppletivo della legge non ha più ragion d'essere"[23].

Una seconda tesi, suffragata ciclicamente da talune pronunce di legittimità[24] – declinando in termini oggettivi l'orientamento appena riferito – tende ad assegnare a fondamento della collazione il principio dell'eguaglianza di trattamento che la legge, interpretando la volontà tipica del defunto, reputerebbe voluta dal medesimo fra i suoi discendenti[25].

18 Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, *(artt. 713-768)*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, p. 351; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 270 ss.; Forchielli, P.: *La collazione*, Padova, 1960, p. 346 ss.; Casulli, V.R.: "Fondamento, funzione e struttura della collazione: l'avocazione allo stato dei beni donati", *Foro it*., I, 1971, c. 2354; Pacifici Mazzoni, E.: *Delle successioni. Istituzioni di diritto civile italiano*, VI, 2, Torino, 1827, p. 258.

19 V., *infra*, § VII.

20 Bilò, G.: "Della collazione", *Codice delle successioni* e *donazioni*, Sesta, M. (a cura di): Milano, 2011, p. 1736; Si veda, anche, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 47.

21 Resta in ogni caso salva l'azione di riduzione in caso di lesione della quota riservata all'erede dalla legge.

22 Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1736.

23 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 47.

24 Cass., 6 dicembre 1971, n. 3540, *Dir. giur*., 1973, p. 311; Cass., 27 gennaio 1995, n. 989, *Riv. not*., 1996, II, p. 876; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1159, *Giur. it*., 1995, "Divisione"; Cass., 24 febbraio 2000, n. 2093, *Giur. it*., 2000, I, 1, p. 1253; Cass., 22 marzo 2001, n. 4130, *Foro it*., 2001, c. 2533 ss.; Cass., 18 luglio 2005, n. 15131, cit.; Cass., 23 ottobre 2008, n. 25646, *Rep. Foro it*., 2008, "Divisione", n. 29.

25 Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 183; Casulli, V.R.: "Collazione delle donazioni", *Noviss. dig. it*., Torino, 1959, vol. III, p. 453 ss.; D'onofrio, P.: *Della divisione*, *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1941, p. 686 ss.; Degni, G.: "Imputazione e collazione", *Noviss. Dig. It*., Torino, 1899, p. 900; Mellucci, P.: *Trattato teorico pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, Torino, 1880, p. 43; Andrini, M.C.: "La collazione", Rescigno, P. (a cura di): *Successioni e donazioni*, II, Padova, 1994, p. 124; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 719; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p.

L'indirizzo, anche nell'adeguata prospettiva di eguaglianza relativa, non è andato esente da critiche.

Appare, innanzitutto, inaccettabile, si afferma, l'idea che i beni donati finiscano per essere intesi come beni ereditari (a tale conclusione, infatti, conduce l'impostazione in esame, dal momento che tutto il *donatum* confluisce nell'asse ereditario): la comunione sui beni donati si instaura, invero, non tra tutti i successibili, ma solo tra taluni soggetti interessati dalla collazione (discendenti e coniuge); inoltre evidentemente errato sarebbe continuare a considerare il bene donato come ereditario anche quando il donatario abbia fatto proprio il lascito rinunciando all'eredità[26].

In secondo luogo, il principio di uguaglianza sul quale poggia detta tesi passa, a ben vedere, in secondo piano nell'ipotesi in cui il coerede donatario sia chiamato (in caso di successione anche parzialmente testamentaria) per una minore quota rispetto agli altri, giacché la posizione deteriore di costui per volontà del *de cuius*, si aggrava per effetto della collazione[27].

Infine, oltre a collidere con la finalità perequative dell'istituto tanto la dispensa[28] quanto la rinuncia all'eredità (posto che sul piano effettuale entrambi strumenti alterano l'equilibrio presunto), la logica dell'equiparazione mal si concilia con la diseguale posizione assunta del coniuge rispetto ai figli all'indomani della generale riforma del diritto di famiglia[29].

368 ss.; Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 730; Ranelletti, E.: *Massa ereditaria*, Milano, 1908, p. 25; Piola, E.: *Successione. Rapporti giuridici tra coeredi*, cit., p. 518; Pacifici Mazzoni, E.: *Delle successioni*, cit., p. 258; Degni, F.: *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte*, III, Padova, 1937, p. 262; De Ruggiero, R.- Maroi, F.: *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina, 1950, p. 1453. In tempi meno risalenti sembra allinearsi alla posizione in commento anche Azzariti, G.: "Dei prelevamenti di cui all'art. 725 cod. civ.", *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 648.

26 Salvo ritenere, in contrasto con l'art. 520 c.c., l'ammissibilità di una rinuncia parziale all'eredità, per la quale si veda, Perlingieri, G.: "L'acquisto dell'eredità", Calvo, R.- Perlingieri, G. (a cura di): *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. 335.

27 Siclari, R.: *La collazione*, Aa. Vv., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, Padova, 2010, p. 264; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 364; Forchielli, P.: *La collazione*, Padova, 1960, p. 364; Gazzara, G.: "Collazione", *Enc. dir.*, 1960, VII, p. 331.

28 È utile rilevare, sul punto, che la disciplina in commento non prevede quale presupposto di operatività la parità di quote, ma di contro rimane una libera scelta del tastatore (da qui l'intangibilità dell'autonomia testamentaria) che, se lo riterrà opportuno potrà attribuire a ciascuno dei coeredi una porzione determinata senza alcun vincolo derivante dall'operatività della collazione, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 37.

29 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 38, il quale rileva che "l'asserita parità di trattamento alla base della collazione dovrebbe presupporre, allo stato attuale, una tendenziale omogeneità tra posizioni successorie di figli e coniuge; ma a confutare detto presupposto basti, da un lato, la considerazione che per certi aspetti il coniuge è patrimonialmente avvantaggiato rispetto i figli [cfr. Corte cost., 20 gennaio 2006, n. 15, reperibile su *www.giurcost.org*], dall'altro, il riferimento alla successione legittima, da cui emerge invece un perdurante favore per i figli […]".

In breve, dunque, pur se la disciplina in esame tende a garantire la proporzionalità[30], non sempre l'effetto della collazione è quello di determinare la parificazione tra gli eredi.

Muove dall'asserita esistenza di un'eguale aspettativa di ciascun membro della famiglia sul patrimonio del *de cuius*, quell'orientamento dogmatico che pone quale base razionale della collazione l'esistenza della c.d. comproprietà familiare.

Le donazioni, in vista dell'apertura della successione del donante, assumerebbero efficacia provvisoria e strumentale alla tutela della comunione patrimoniale familiare (cui sarebbero estranei gli ascendenti) e si concretizzerebbero, alla morte dell'ereditando, in un eguale diritto di partecipazione sull'asse ereditario[31].

È stato, tuttavia, rilevato che nel nostro ordinamento non può darsi alcuna comproprietà ereditaria prima dell'apertura della successione, giacché titolare esclusivo del suo patrimonio è il proprietario[32]; a tutto concedere l'unica aspettativa ravvisabile potrebbe essere quella sulla quota di riserva, peraltro incerta nel suo concreto ammontare considerata la libertà del *de cuius* nella gestione del proprio patrimonio.

Ed allora, come puntualmente osservato, "la formula 'comproprietà familiare' può al più assumere valore sociale e morale ispirato all'obbligo che ha il *de cuius* di provvedere in vita e *post mortem* al bisogni del coniuge e dei figli"[33].

Volge invece lo sguardo agli altri coeredi non donatari la tesi che individua il fondamento della collazione nell'interesse superiore della famiglia[34].

30 Nel contesto italo-comunitario, detto principio assume una valenza non soltanto "*orizzontale*", ma anche "*verticale*". In quest'ultimo caso esso è preordinato a conformare l'autonomia negoziale nella sua stagione fisiologica, *cfr.* Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti", Id.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 443 ss.; Perlingieri, G.: "*L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*", Napoli, 2013, p. 144 ss.

31 Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 427; Lusignoli, A.: "*Sul fondamento della collazione*", *Arch. giur.*, 1893, p. 129.

32 Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 357; Gazzara, G.: *Collazione*, cit., p. 331.

33 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 719.

34 Santoro Passarelli, F.: "Vocazione legale e testamentaria", *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196 ss.; Id.: *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, 10, p. 43; Cicu, A. *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1961, p. 513; Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 149. Per l'idea secondo la quale la successione troverebbe il suo fondamento nella tutela della famiglia come istituto di importanza sociale e nella rilevanza sociale della relazione di appartenenza del *de cuius* e dei successibili allo stesso gruppo familiare, v. Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte Generale*, Napoli, 1977, p. 171; Cicu, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, p. 144; Rescigno, P.: *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 148; Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 149; Grassetti, L.C.: *Delle successioni legittime*, *Comm. D'Amelio-Finzi*, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, 1941, p. 332; Santoro Passarelli, F.: *Vocazione legale e testamentaria*, cit., p. 197; Mengoni, L.: *Delle successioni legittime*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 9; Bianca, C.M.: *Diritto Civile. 2.2. Le successioni*, Milano, 2015, p. 393 ss.; Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 1966, p. 161; Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 49.

Tale impostazione – di fatto in continuità con la precedente – se per un verso tende a sovrapporre, quanto alla finalità perseguita, l'istituto in esame alla successione necessaria, deputata sì essa alla salvaguardia del patrimonio familiare[35], per altro verso va incontro all'obiezione che se la legge avesse inteso tutelare l'interesse familiare *de quo*, avrebbe di certo approntato una disciplina inderogabile e non dispositiva, come invece è, indiscutibilmente, quella di cui agli artt. 737 ss., c.c.[36].

Inoltre, si tenga conto del fatto che se già in passato, a rimarcare la debolezza di tale ricostruzione, si evidenziava l'evanescenza del concetto di "superiore interesse familiare"[37], ancor di più oggi il predetto concetto mal si presta ad assurgere a ratio della collazione, considerato che le nozioni di famiglia e di interesse familiare – legate non più dall'inseparabilità, ma dalla coesione sociale – vanno di guisa rilette al cospetto di relazioni, oggi ben più complesse, e del fenomeno delle c.d. famiglie ricomposte (*melius*, allargate), che impongono di far riferimento ad una solidarietà plurifamiliare[38].

Ciò posto, di là dalle riserve dommatiche sopra evidenziate, occorre prendere atto del fatto che la giurisprudenza, con una certa costanza, assegna alla collazione la funzione di garantire l'equilibrio e la parità di trattamento tra coeredi, sì da non "alterare il rapporto di valore tra le rispettive quote, da determinarsi in relazione alla misura del diritto di ciascun condividente, sulla base della sommatoria del *relictum* e del *donatum* al momento dell'apertura della successione"[39].

La collazione, pertanto, allo scopo or ora detto, "trova il suo fondamento nella presunzione (conforme alla ricorrente valutazione sociale) che il *de cuius*, facendo in vita donazioni ai figli ed al coniuge, abbia semplicemente voluto compiere delle

35 Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria*, cit., 1934, 149; Gazzara, G.: *Collazione*, cit., 334; Cicu, A.: *Successione per causa di morte*, cit., 514.

36 Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 270; Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 208; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 39; Forchielli, P. *Collazione*, cit., 1; Visalli, N.: *La collazione*, Padova, 1988, p. 12; Caredda, V.: "Collazione volontaria: ammissibilità e limiti", *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 608 s.

37 Casulli, V.R.: "Collazioni delle donazioni", cit., p. 457.

38 Perlingieri P.-Barba V.- Perlingieri, G., Perlingieri P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 1099; in senso analogo, citate dagli Autori, Corte cost., 26 maggio 1989, n. 301, *www.giurcost.org* e Corte cost., 14 aprile 1980, n. 45, *ivi*; della stessa opinione sembra Amadio, G.: "Comunione e coeredità (Sul presupposto della collazione)", *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari*, 2000, p. 72, il quale è dell'avviso che "l'operatività dell'istituto non può più essere attribuita a priori a vantaggio dell'unico gruppo familiare di cui il *de cuius* era parte; i soggetti coinvolti nel fenomeno collatizio ben potrebbero su un piano assiologico e pregiuridico, non essere legati da un rapporto familiare".

39 Trib. Arezzo, 1 febbraio 2018, n. 128, *Banca dati Ius Explorer*, 2018; *cfr.* anche, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2299, *ivi*, la quale ha affermato che "la *ratio* e la funzione dell'istituto della collazione è garantire la *par condicio* degli eredi: così, la valutazione dei beni conferiti in natura o per imputazione alla massa ereditaria va fatta con riferimento al valore dei beni stessi all'apertura della successione. È, quindi, illegittima, e va pertanto riformata, la sentenza di merito con cui, accertato il decesso del privato senza relativo testamento, venga effettuata l'imputazione secondo il valore dei beni al momento della donazione e non al momento dell'apertura della successione".

attribuzioni patrimoniali gratuite in anticipo sulla futura successione'"[40], tese a non alterare il rapporto di proporzionalità tra le quote[41].

Si badi, però – pur in accordo con l'opinione della giurisprudenza – che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, imperniata sulla necessaria ragionevolezza delle disposizioni ordinamentali rispetto al dato costituzionale, è d'obbligo per l'interprete vagliare l'operatività delle disposizioni in discorso, rispetto alle peculiarità del singolo caso concreto, senza mai trascurare le conseguenze pratiche alle quali il dettato normativo può condurre[42]; ne discende che, in ossequio alla protezione costituzionale riservata alla volontà del *de cuius*, tutte le volte che si evinca l'inequivocabile volontà divisoria di quest'ultimo, l'operatività della collazione dovrà escludersi[43].

III. LA NATURA GIURIDICA DELLA COLLAZIONE

Per la rilevanza pratica, di cui a breve si dirà, appare oltremodo utile indagare circa la natura giuridica dell'istituto in esame.

Il cuore del problema risiede nell'individuare se lo spostamento patrimoniale, cagionato dalla collazione dal coerede-donatario agli altri coeredi (*rectius*: il conferimento), sia da intendere come effetto automatico *ex lege* (effetto reale), ovvero se esso determini il sorgere di un'obbligazione per il cui adempimento occorre uno specifico atto di trasferimento (effetto personale).

40 Cass., 27 gennaio 1995, n. 989, *Giur. it.*, I, 1, 1996, p. 269, con nota di De Michel, *Il fondamento della collazione e la dispensa di cui all'art. 737 c.c.*, *Riv. Notar.*, 1996, p. 876. Cfr., Cass., 6 dicembre 1971, n. 3540, cit., secondo cui *"la collazione ha lo scopo di assicurare la corrispondenza e la proporzione fra le quote astratte ai coeredi e la consistenza effettiva dei cespiti loro assegnati, in guisa da evitare che, per effetto delle liberalità poste in essere in vita dal* de cuius*, essi conseguano in definitiva più o meno di quanto è loro dovuto, in funzione dell'entità delle rispettive quote"*; Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, *Foro it.*, 1997, I, c. 8 ss.; Cass., 4 agosto 1982, n. 4381, *Rep. Foro it.*, "Successione ereditaria", n. 71 e Cass., 18 luglio 2005, n. 15131, *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass., 23 ottobre 2008, n. 25646, *Rep. Foro it.*, 2008, "Divisione", n. 29.

41 In altre parole, la collazione "realizza l'equilibrio e la parità di trattamento fra i coeredi, obbligando quelli che hanno già ricevuto (per donazione diretta o indiretta) a conferire agli altri quanto percepito", così, Perlingieri, P.-Marinaro, G.-Barba, V.- Perlingieri, G.: Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1194; Zaccaria, A.: "La collazione delle partecipazioni sociali diverse dalle azioni", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 418; Cipriani, N.: "Collazione del denaro e illegittimità dell'art. 751 c.c.", *ivi*, 2013, p. 3; Perlingieri, G.: "La collazione per imputazione", cit., p. 89; Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2003, p. 332 ss.; Carnevali, U.: *Collazione*, cit., p. 472; Forchielli, P.: *Collazione*, cit., 1 ss.; tale orientamento è affermato da giurisprudenza costante, v., in particolare, Cass., 23 ottobre 2008, n. 25646, cit.; Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, *Riv. not.*, 2007, 1, p. 194; Cass., 18 luglio 2005, n. 15131, cit.; Cass., 27 gennaio 1995, n. 989, *Giur. it.*, 1996, I, p. 269; Cass., 6 dicembre 1971, n. 3540, cit.

42 Perlingieri, G.: "La collazione per imputazione", cit., p. 89. Sul principio di ragionevolezza, v. Id.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; v. anche, Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* Napoli, 1982, *passim*; con riferimento più specifico alla tutela risarcitoria, Id.: "L'art. 2059 uno e bino", *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775 ss., nonché, in termini generali, Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*.

43 V., *infra*, §§ IV-VIII-IX. *Cfr.* Deplano, S.: "La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia del disponente", *Dir. succ. fam.*, cit., p. 424. In giurisprudenza, si rinviene l'intento di assegnare rilevanza assiologica alla volontà del *de cuius* in Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, cit. e Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit.

Nel primo senso, una parte della dottrina ha sostenuto che all'apertura della successione opererebbe la risoluzione *ex lege* della donazione con efficacia *ex nunc*, sicché il bene donato, o il suo valore in caso di collazione per imputazione, rientrerebbe istantaneamente nella massa[44].

La dottrina maggioritaria[45], invero, suffragata dalla costante giurisprudenza[46], scorge nella locuzione *"devono conferire"* la natura obbligatoria della collazione, osservando, tra l'altro, che l'effetto automatico, di cui discorre la tesi contraria, non può operare allorché si debba procedere all'accertamento del valore dei beni nei casi di collazione per imputazione necessaria[47].

Si è però opposto – ed in ciò risiede un limite di cui hanno fatto ammissione gli stessi fautori dell'esaminanda teoria[48] – che se di obbligo si trattasse "gli altri coeredi dovrebbero poter conseguire la condanna ad eseguire il conferimento o il risarcimento del danno"[49].

Nonostante tali rilievi, occorre rilevare che tra gli interpreti si è via via consolidata la tesi della natura obbligatoria della collazione.

La più recente giurisprudenza ha, infatti, ribadito, dando seguito ad un orientamento più risalente, che "L'obbligo della collazione sorge automaticamente e i beni donati in vita dal '*de cuius*' devono essere conferiti indipendentemente da una espressa richiesta, essendo sufficiente, a tal fine, la proposizione della domanda di accertamento della lesione della quota di legittima e di riduzione e la menzione in essa dell'esistenza di determinati beni facenti parte dell'asse ereditario da ricostruire"[50].

---

44 Cariota Ferrara, L.: "In tema di collazione", *Dir. giur.*, 1977, p. 482 ss.; Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 537 ss.; Barbero, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 975; Andreoli, G.: *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942, p. 28 ss.; parla di effetto *opes legis* al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 737 c.c., Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., 212; Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 191;

45 Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 315; Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, cit., p. 489; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., 368, p. 383 ss.; Carusi, P.: *Le divisioni*, Torino, 1978, p. 186; Polacco, V.: *Delle successioni*, cit., p. 347 ss.; Chironi, G.P.: *Della collazione secondo la legge romana ed il Codice Civile*, Cagliari, 1881, p. 342; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 720; Melucci, P.: *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, Torino, 1880, p. 257 ss.; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 57 ss.

46 Cass., 1 febbraio 1995, n. 1159, cit.

47 Ci si riferisce alle ipotesi di collazione di immobili alienati o ipotecati, in merito alle quali v. Trib. Roma, 28 febbraio 2003, *Giur. merito*, 2003, p. 1155, ha affermato che per effetto del conferimento del bene in natura, lo stesso "diviene proprietà comune dei coeredi, mentre in caso di imputazione, il donatario conserverà la proprietà del bene imputato ed i coeredi potranno prelevare in anticipo dal relitto una quantità di beni di valore corrispondente a quello oggetto di imputazione".

48 Parla di obbligo sprovvisto di sanzione, Andrini, M.C.: *La collazione*, cit., p. 133; *cfr.* anche, Gazzara, G.: *Collazione*, cit., p. 345 e Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 555.

49 Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 210; così, anche, Cariota Ferrara, L.: "In tema di collazione", cit., p. 681.

50 Cass., 6 aprile 2018, n. 8510, *Banca dati Ius Explorer*, 2018; v., al riguardo, Cass., 18 luglio 2005, n. 15131, cit.; nello stesso senso, Trib. Arezzo, 1 febbraio 2018, n. 128, cit., secondo cui "i beni donati devono essere conferiti anche in mancanza di una specifica domanda in tal senso da parte dei condividenti".

Peraltro, pur non potendosi parlare di azione di collazione in senso proprio, costituendo quest'ultima solamente "una fase della divisone"[51], è ipotizzabile che il coerede controinteressato possa all'uopo formulare un'*actio interrogatoria*, richiedendo la fissazione di un termine – in analogia con quanto previsto dall'art. 481 c.c. – per l'esercizio della facoltà di scelta[52]. Così come, nel caso in cui, invece, s'intenda l'imputazione come concreto riversamento di denaro nell'asse, l'"azione" potrebbe qualificarsi come condannatoria, mentre nell'ipotesi di collazione di denaro – come pure sostenuto – qualora l'asse fosse dotato di liquidità, il giudice potrebbe limitarsi a dichiarare la compensazione tra le reciproche poste *ex* art. 751 c.c.[53].

Infine, va dato atto che la giurisprudenza, già in passato, aveva evidenziato che la collazione "tendendo a consentire, in sede di divisione, la determinazione delle quote dei coeredi senza che venga alterato il trattamento spettante a ciascuno di essi, partecipa della imprescrittibilità che la legge prevede per l'azione di divisione tra coeredi e, pertanto, i suoi effetti non possono essere paralizzati dall'eccezione di usucapione del donatario, giacché la collazione opera *ex nunc* e il donatario almeno fino a quando non si verifichino i suoi effetti, non esercita sulla cosa un potere di fatto suscettibile di dar luogo ad un acquisto del diritto di proprietà a titolo originario con decorso del tempi, bensì la piena titolarità del diritto sul bene donato"[54].

Chiarita dunque in termini di obbligazione la natura della collazione, occorre chiedersi, in primo luogo, che natura abbia, a sua volta, detto obbligo e, in secondo luogo, quale sia la sua fonte.

Quanto al primo profilo, quando, come di regola avviene, la collazione si attuerà per imputazione, ci si troverà in presenza di un'obbligazione restitutoria semplice, avente ad oggetto un debito pecuniario, che si tradurrà, da ultimo, in un limite per il donatario, nella misura in cui costui potrà prelevare una minor parte dal *relictum*[55]; laddove, invece, la scelta della modalità di attuazione è rimessa al coerede, ossia quando oggetto della donazione sia stato un bene immobile non

51 *Cfr.* Cass., 21 maggio 2015, n. 10478, *Banca dati Ius Explorer*, 2018.

52 Andrini, M.C.: *La collazione*, cit., p. 135. Si osserva, poi che la richiesta deve intendersi finalizzata alla fissazione di un termine per l'esercizio della facoltà di scelta sulle modalità di conferimento, laddove l'attuazione stessa della collazione è un obbligo senza necessità di intervento giudiziale, così, Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte Generale*, cit., p. 483; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 64. Sull'*actio interrogatoria*, v. Perlingieri, G.: *L'acquisto dell'eredità*, Calvo, R.- Perlingieri. G. (a cura di): *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. 317.

53 Andreoli, G.: *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, cit., 68. *Contra*, Cass., 23 novembre 2006, n. 24866, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, secondo cui, "In presenza di donazioni di diversi importi di danaro fatte in vita dal *de cuius* ad alcuni degli eredi, va effettuata la collazione ereditaria delle somme rispettivamente ricevute, senza che possa operarsi tra gli stessi una sorta di compensazione, dovendosi evitare disparità di trattamento tra tutti i coeredi".

54 Cass., 2 febbraio 1979, n. 726, *www.italgiure.it*.

55 Parla di "operazione fittizia", Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 63.

gravato da garanzie reali e che ancora gli appartenga, si configura, ad avviso della dottrina maggioritaria, un'obbligazione facoltativa[56].

L'attendibilità di tale ricostruzione è avvalora dal fatto che ai sensi dell'art. 744 c.c. non è soggetta a collazione la cosa perita per causa non imputabile al donatario: se si trattasse, infatti, come pure sostenuto, di obbligazione alternativa il donatario non sarebbe (come, di fatto, è) liberato dall'obbligo, residuando la possibilità del conferimento per imputazione[57].

Venendo, infine, alla fonte dell'obbligazione *ex collatione*, la dottrina maggioritaria parla di prelegato *ex lege* anomalo, evidenziando che il relativo obbligo non si pone a favore di uno dei coeredi ed a carico di tutta l'eredità (art. 661 c.c.), bensì a favore e a carico di tutti i coeredi che rientrano nelle categorie indicate dalla norma perché disposto non dalla volontà del *de cuius*, ma per legge[58].

Chi ragiona in questi termini muove dalla considerazione che l'obbligo di conferimento rappresenta un effetto patrimoniale determinato dalla legge tra coeredi accettanti e si risolve nella nascita di un nuovo diritto, che non esisteva in capo al *de cuius*. Poiché, tuttavia, i soggetti (attivi e passivi), coinvolti nella collazione devono essere necessariamente coeredi, non potranno all'evidenza trovare applicazione quelle regole che sono tipiche manifestazioni del principio di autonomia del legato rispetto all'eredità (artt. 521, comma 2, 490, n. 2, 676, comma 2, 677, comma 2, c.c.) [59].

Non condivide questa ricostruzione, invece, quella parte della dottrina che, pur apprezzandone la valenza descrittiva, considera il riferimento al prelegato *ex lege* "inaccettabile e forier[o] di incomprensioni"; si osserva al riguardo che nella collazione "il conferimento grava soltanto sul coerede donatario che vi è tenuto con il suo patrimonio, mentre il prelegato è a carico di tutti i coeredi e grava sul patrimonio ereditario"[60].

56 Polacco, V.: *Delle successioni*, cit., p. 203; Melucci, P.: *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, cit., p. 267 ss.; Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, cit., p. 492; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 720, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 63; Carusi, P.: *Le divisioni*, cit., p. 190; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 421; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, p. 608; Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1739; così, anche, Perlingieri, P.-Marinaro, G.-Barba, V.- Perlingieri, G.: Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1194. Per la distinzione tra obbligazioni alternative e con facoltà alternative, Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 613.

57 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 64.

58 Forchielli, P.: *Collazione*, cit., pp. 2-3 ss.; Idem, p. 416; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 429; Andreoli, G.: *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, cit., p. 180; Messineo, F.: "Gli errori di una critica", *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 454.

59 Così, Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 721;

60 Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 210; Gazzara, G.: *Collazione*, cit., p. 344; Visalli, N.: *La collazione*, cit., p. 65.

Ciò che è certo, ad ogni modo, è che l'obbligatorietà che caratterizza il fenomeno collatizio non postula, come si potrebbe essere indotti a pensare, il venir meno *ex tunc* dell'atto liberale, ma gli effetti si produrranno dal momento dell'apertura della successione (*ex nunc*).

Di conseguenza, spiegando la collazione del bene donato i suoi effetti *inter partes*, i terzi faranno salvi gli eventuali diritti acquisiti sul bene stesso.

Se quanto detto è indubbio avuto riguardo agli immobili alienati o ipotecati, per i quali, *ex* art. 746, comma 2, c.c., la collazione "si fa soltanto con l'imputazione", controverso è, invece, se i terzi possano conseguire anche la salvezza di diritti alieni rispetto alla proprietà o all'ipoteca[61].

IV. I RAPPORTI CON LA DIVISIONE E IL PROBLEMA DELLA NECESSITÀ DI UN *RELICTUM*

Tra le questioni interpretative aperte attinenti l'istituto analisi che continuano ad animare la dialettica dottrinale-giurisprudenziale, si annovera quella concernente l'operatività o meno delle norme sulla collazione in mancanza di comunione ereditaria[62].

La *quaestio*, che interessa, a monte, il rapporto intercorrente tra la collazione e la divisione, si concretizza, a valle, nel seguente quesito: la collazione opera anche quando, avendo in *de cuius* disposto in vita di tutti le sue sostanze, manchi un *relictum*?

È evidente che in assenza di una comunione, non potrà procedersi ad alcuna divisione.

Il punto, allora, è se le donazioni fatte in vita dall'ereditando ai coeredi tenuti alla collazione, possano da sole costituire quel *minimum* necessario sì da procedere alla divisione.

In accordo ad una prima impostazione, presupposto imprescindibile della collazione sarebbe la sussistenza di beni relitti: giacché l'istituto della collazione è finalizzato ad accrescere la massa ereditaria da dividere tra i coeredi, quest'ultima, anche se di consistenza modesta, deve pur sempre sussistere.

61 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 65.

62 Siclari, R.: "Della collazione", cit., p. 672; Gialanella, V.: "Della collazione", *Art. 737*, Perlingieri, G.-Carapezza Figlia, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Aggiornamento, Napoli, 2016, p. 301.

In questo senso si registrano anche alcuni arresti più recenti, ove si afferma che "nella '*divisio inter liberos*' è escluso che possa trovare applicazione l'istituto della collazione, considerato che lo stesso, essendo diretto ad accrescere la massa che deve effettivamente dividersi tra gli eredi, può operare soltanto nei rapporti in cui tra i coeredi si instauri una comunione; il che non si verifica nella divisione suddetta, con la quale il testatore abbia già provveduto, a propria discrezione, tenendo conto dei bisogni e delle attitudini di ciascun erede, a determinare le quote loro spettanti, che (fatto salvo il rispetto delle riserve in favore dei legittimari), possono essere anche disuguali"[63].

Così come, il medesimo principio, sembra potersi ricavare da una ancor più recente pronuncia della Suprema Corte la quale, nel ritenere la necessità del conferimento a prescindere da un'espressa domanda, "essendo sufficiente a tal fine la domanda di accertamento della lesione della quota e di riduzione proposta nel giudizio"[64], richiede anche la "menzione dell'esistenza di determinati beni facenti parte dell'asse ereditario da ricostruire"[65].

Pertanto, secondo questa impostazione, assurgendo la comunione a presupposto della collazione, se il *de cuius*, ha provveduto alla divisione *ex* art. 734 c.c.[66], ovvero ha disposto in vita, mediante donazioni, dell'intero patrimonio – potendosi, peraltro, ravvisare in tal caso un'implicita deroga ai principi della collazione che sono dispositivi – l'istituto sarà inoperante [67].

È fatta salva in ogni caso, correttamente, la possibilità di procedere a collazione laddove la comunione nasca a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte di eventuali legittimari pretermessi[68].

63 Cass., 23 maggio 2013, n. 12830, *www.italgiure.it*.

64 V., *supra*, § III.

65 Cass., 6 aprile 2018, n. 8510, cit.; Cass., 29 settembre 2017, n. 22911, *www.iltalgiure.it*, così, già, Cass., 25 gennaio 2007, n. 1629, *Banca dati Ius Explorer*, 2018; Cass., 11 gennaio 2018, n. 536, *ivi*; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23539, *ivi*; Trib. Vicenza, Sez. II, 13 marzo 2017, n. 813, *www.ilprocessocivile.it*, 2017, con nota di Di Cola, *Giudizio di divisione ereditaria e onere della prova di un fatto ostativo alla collazione*.

66 In dottrina, già, Amadio, G.: *La collazione delle liberalità*, *Tratt. Lipari-Rescigno*, coordinato da Zoppini, II, 1, Milano, 2009, p. 309.

67 Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 532; Cass., 17 novembre 1979, n. 5982, cit.

68 *Cfr.* Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 594. Si veda anche, Cass., 14 giugno 2013, n. 15026, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, ove si legge "la collazione presuppone l'esistenza di una comunione ereditaria e, quindi, di un asse da dividere, mentre, se l'asse è stato esaurito con donazioni o con legati, o con le une e con gli altri insieme, sicché viene a mancare un '*relictum*' da dividere, non vi è luogo a divisione e, quindi, neppure a collazione, salvo l'esito dell'eventuale azione di riduzione"; in questo senso anche, App. Roma, 12 ottobre 2011, *Mass.*, 2011, secondo cui "in materia di successione testamentaria, l'applicabilità dell'istituto della collazione presuppone l'esistenza di una comunione ereditaria e, quindi, di un asse da dividere. Invece, se l'asse è stato esaurito con donazioni o con legati, o con gli uni e con gli altri insieme, sì che manchi un *relictum*, non vi è luogo a divisione e, quindi, neppure a collazione, salvo l'esito dell'eventuale azione di riduzione. La circostanza che, anche quando il defunto abbia donato in vita o legato tutte le sue sostanze, ciò nonostante, alla sua morte, rimane spesso un *relictum* (di sia pur modico valore) non è sufficiente a far considerare l'esistenza di tale relictum come fatto di comune esperienza, tale da rendere sempre esperibile l'azione di collazione".

Quantunque detta linea ermeneutica sia oggi considerata, non può dirsi del tutto sopito quell'orientamento che, di converso, afferma che dall'assenza di un *relictum* non discende necessariamente l'assenza di una comunione ereditaria, posto che quest'ultima può conseguire anche dalla mera collazione delle donazioni, giacché gli stessi beni donati concorreranno a formare la massa[69].

Una parte della dottrina[70], infatti, fiancheggiata da taluna giurisprudenza[71], facendo leva sulla natura obbligatoria dell'istituto, sulla sua funzione perequativa, nonché sul fatto che unico presupposto per l'applicabilità delle norme in esame sia la situazione di "coeredità", ha sostenuto non osti alla collazione l'assenza di beni relitti.

Chi argomenta in questo senso[72], muove dal *dictum* di una storica pronuncia di legittimità la quale ebbe a ritenere che "l'obbligo della collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione e diviene operante con l'accettazione dell'eredità, con la conseguenza che i beni donati concorrono alla formazione della massa ereditaria, che deve dividersi fra i coeredi discendenti legittimi. In proposito non ha rilevanza l'assenza di un *relictum* ereditario da dividere, ben potendo una comunione derivare dalla collazione delle donazioni" [73].

In questa prospettiva, dunque, presupposto per l'operare dell'istituto sarebbe non già un *relictum*, ma una valida vocazione, seguita dall'accettazione[74].

Al contrario, secondo questo orientamento, "se si accogliesse l'idea di un legame inscindibile tra collazione e *relictum*, si arriverebbe all'assurda conseguenza di far dipendere l'operatività o meno del nostro istituto [...] dalla mera circostanza del residuo reperimento, al momento della morte, di un qualsiasi bene di cui fosse

69 Forchielli, P.: *Collazione*, cit., p. 3.

70 Casulli, V.R.: "Collazione delle donazioni", cit., 461, p. 469; Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 738; Id.: "La imputazione quale modo di esecuzione della collazione", *Giust. civ.*, 1973, IV, p. 68; Palazzo, A.: *Le successioni, Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, p. 1010; Carbone, C.: "Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima", *Dig.*, XVII, Torino, 1998, p. 623; si veda, sul punto, anche Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 532.

71 Cass., 5 marzo 1970, n. 543, *Giur. it.*, 1970, I, 1, p. 1422; Cass., 1 aprile 1974, n. 913, *Giust. civ. Mass.*, 1975, p. 424; Cass., 9 luglio 1975, n. 2704, *Giust. civ. Mass.*, 1979, p. 1266; Cass., 17 novembre 1979, n. 5982, *Mass.*, 1979, p. 1488; Cass., 25 novembre 1975, n. 3935, *Mass.*, 1975, p. 1122; Trib. Pavia, 20 gennaio 1989, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 915; Trib. Roma, 28 febbraio 2003, cit.

72 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 727; Mengoni, L.: *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 128; Forchielli, P.: *Collazione*, cit., p. 3; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 328; Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, *Giust. sist. dir. civ. e comm.*, 1998, Torino, p. 393; Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 844, nota 16; Cautadella, A.: *Successioni e donazioni. La donazione*, *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2007, p. 165.

73 Cass., 6 giugno 1969, n. 1988, *Foro it.*, 1969, c. 3147. V., anche, Cass., 9 luglio 1975, n. 2704, cit.; Trib. Genova, 17 maggio 1993, *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 434; per una pronuncia più recente, v. Trib. Agrigento, 5 luglio 2017, n. 1120, *Banca dati Ius Explorer*, 2018.

74 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., pp. 69-70, il quale precisa che "se, invece, non v'è stata delazione, perché il coniuge o il discendente e stato pretermesso dal testatore – e quindi non è 'coerede' – non v'è spazio per la collazione, ma sarà possibile agire in riduzione".

ancora titolare [il *de cuius*] quale potrebbe essere anche un semplice suppellettile"; senza contare, poi, che, se così fosse, il donatario chiamato ad un'eredità verosimilmente costituita da sole passività, sarebbe indotto alla rinunzia per salvaguardare la propria donazione che altrimenti sarebbe costretto a conferire.

Come accennato, tuttavia – benché la tesi anzidetta appaia in maggior misura persuasiva – la giurisprudenza quasi univocamente tende a prediligere la prima delle tesi esposte, richiedendo, affinché possa procedersi alla collazione, la sussistenza di una comunione da sciogliere.

Infine, è opportuno rammentare che attenendo l'automatismo all'obbligo e non già all'effetto reale e permanendo in capo al chiamato-donatario – oltre alla possibilità di rinuncia – la facoltà di scelta circa le modalità di conferimento (in natura o per imputazione), dovrà ritenersi che prima della divisione il bene non può dirsi attribuito definitivamente, ma occorrerà, al tal fine, procedere alla divisione[75].

V. COLLAZIONE E ISTITUTI AFFINI

Le difficoltà ermeneutiche con le quali dottrina e giurisprudenza si sono confrontate e sulle quali si sono innestate le divergenti teorie sulla *ratio* e sulla natura giuridica della collazione di cui si è detto, sovente inducono l'interprete, nel tentativo di meglio definire i contorni della disciplina in esame, a metterne a fuoco le differenze rispetto ad altri istituti tipici della successione necessaria, quali la riunione fittizia, la riduzione delle donazioni e l'imputazione *ex se*, che alla stregua della collazione, sono avvinti, seppur con diversa intensità, dalla medesima *vis attrattiva* nei confronti delle donazioni[76].

L'istituto *de quo* diverge in modo evidente, innanzitutto, sotto il profilo della *ratio*, dalla riunione fittizia.

75 Capozzi, G.-Auciello, A.: *Successioni e donazioni. Casistica*, Milano, 2004, p. 656; si consideri, infatti, che ad avviso della Suprema Corte, (Cass., 18 settembre 2004, n. 18054, *Banca dati Ius Explorer*, 2018) "La collazione per imputazione di una porzione del *donatum* – che si tratti di denaro o di altro tipo di beni – presuppone necessariamente un'operazione di divisione dell'asse ereditario, realizzandosi l'imputazione appunto con un minor prelevamento rispetto a quanto altrimenti spetterebbe pro quota al donatario sull'intero asse. Donde, appunto, l'impossibilita di scindere logicamente i due momenti – quello della collazione e quello della formazione delle quote ereditarie spettanti a ciascun coerede – e perciò la necessità che la collazione si compia all'interno dell'operazione di divisione dell'asse ereditario". Cfr., più di recente, Cass., 21 maggio 2015, n. 10478, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, la quale ha ritento, in adesione al predetto *dictum*, che "l'istituto della collazione, è disciplinato come una fase della divisione […] sicché non può formare oggetto di un'azione giudiziale autonoma, sia pure di mero accertamento: è parte di un tutto nel quale necessariamente si deve inserire, poiché altrimenti non acquista una propria ragion d'essere".

76 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 731; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 71; Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1741.

Se la prima risponde, in sintesi, all'esigenza di garantire un equilibrio nell'ambito della formazione delle porzioni ereditarie[77], la seconda è posta allo scopo di verificare di quale quota il *de cuius* potesse disporre, onde appurare se v'è stata lesione di legittima.

Le norme sulla collazione sono, pertanto, dispositive, quelle in materie di riunione fittizia, inderogabili[78].

Anche sul piano soggettivo, la differenza è tangibile: mentre la collazione interessa il coniuge, i figli e i loro discendenti, la riunione fittizia involge, in prima battuta, il coniuge e i figli e, solo in mancanza di quest'ultimi, gli ascendenti.

Benché, inoltre, entrambi gli istituti abbiano ad oggetto beni donati in vita dal *de cuius*, ai fini della collazione rilevano esclusivamente le donazioni, non di modico valore, ricevute dai figli, dai loro discendenti e dal coniuge, alla condizione, peraltro, che "vi siano almeno due figli o un figlio e il coniuge, posto che il rispetto della proporzionalità vale solo quando non vi sia un unico soggetto interessato, mancando altrimenti l'altro termine di proporzione"[79]. Nell'alveo dell'art. 556 c.c., invece, poiché lo scopo è di verificare eventuali lesioni delle quote di riserva, per il tramite della ricostruzione dell'entità del patrimonio globale del defunto[80], ricadono tutte le donazioni a chiunque fatte (anche se dispensate da collazione o imputazione *ex se*)[81].

È poi stato evidenziato, con riferimento alle donazioni modali, che laddove "il valore del *modus* va sempre detratto in sede di collazione, […] in sede di riunione fittizia va detratto solo se era apposto a vantaggio dello stesso donante, giacché in tal caso non può essere considerato un limite al suo depauperamento"[82] .

La difformità, da ultimo, si apprezza in modo evidente, sul piano operativo: la riunione fittizia, per le finalità descritte, si riduce ad un mero calcolo matematico, è fittizia, appunto; la collazione, all'opposto, è un operazione reale diretta ad aumentare "realmente" l'asse ereditario da dividere attraverso il conferimento

77 V., *supra*, § II.

78 Non potrebbe, quindi il *de cuius* vietare le operazioni di riunione o stabilire che una certa donazione non debba essere computata, così, Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 533.

79 Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 533.

80 Cass., 10 febbraio 1986, n. 837, *Giust. civ. Mass.*, 1986, p. 254, secondo cui la riunione fittizia è volta *"a ricostruire l'intero patrimonio del* de cuius *che la legge considera come termine di riferimento per la determinazione della quota disponibile e di riflesso per quella delle quote di riserva"*, per cui essa non è legata necessariamente alla proposizione dell'azione di riduzione, ma si pone come un *prius* indispensabile rispetto alle operazioni divisionali, quando vi sia concorso di eredi necessari.

81 Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 209; Andrini, M.C.: *La collazione*, cit., p. 116.

82 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 79.

in esso dei beni ricevuti in donazione o mediante deduzione della quota del loro valore[83].

Nessun dubbio, pertanto, sussiste circa l'autonomia intercorrente tra le due discipline, ne è riprova il fatto che il *de cuius*, riguardo la medesima donazione, ben può dispensare da imputazione *ex se* e non dall'obbligo di collazione e viceversa.

Ed allora, come puntualmente osservato, "l'unico tratto in comune, che risponde ad un'esigenza più generale è che in ogni caso le donazioni ricevute in vita dall'erede non possono ledere la quota di riserva di eventuali altri legittimari"[84].

Se ciò accade i legittimari, lesi pretermessi, potranno esperire l'azione di riduzione, sì da ottenere quanto necessario per ripristinare la porzione di eredità loro riservata dalla legge[85].

Da qui, la prima manifesta differenza con la collazione: se quest'ultima, come detto, mira ad assicurare una proporzionalità tra le quote[86], l'azione di riduzione è un'azione di accertamento costitutivo[87] volta a rendere inefficaci quelle liberalità che abbiano intaccato la quota di riserva.

Tale dato può ritenersi acquisito anche in giurisprudenza ove si afferma che "la domanda di collazione e la domanda di riduzione sono istituti diversi: il bene richiesto con la collazione in sede divisoria è la ricomposizione, in modo reale, dell'asse ereditario e trae fondamento dal diritto dei coeredi di conseguire la divisione in proporzioni eguali. L'azione di riduzione, invece, tende a ridurre le porzioni degli altri successibili, per conseguire la reintegrazione delle quote di riserva dei legittimari; tale azione è quindi diversa per *petitum*, (riduzione delle disposizioni testamentarie e, se necessario, anche delle donazioni per reintegrare la quota di riserva) e di *causa petendi*, data dalla qualità di erede legittimario e dalla lesione della quota di legittima"[88].

Peraltro, come ulteriormente specificato dalla Suprema Corte, mentre il legittimario che agisce per far valere la simulazione strumentale alla riduzione, agendo a tutela di un diritto proprio, deve considerarsi terzo rispetto al negozio

83 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 80. Per la giurisprudenza, e*x multis*, v. Cass., 29 ottobre 2015, n. 22097, *Giur. it.*, 2016, p. 1092; Cass., 21 aprile 1998, n. 4024, *Corr. giur.*, 1998, p. 906; Cass., 24 febbraio 2000, n. 2093, cit.; Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit.; per l'applicabilità di entrambi gli istituti alla donazione remuneratoria, Cass., 1 dicembre 1993, n. 11873, *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1701.

84 Così, Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 533.

85 *Cfr.* Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, cit.

86 Cass., 18 luglio 2005, n. 15131, cit.; Cass., 22 marzo 2001, n. 4130, cit.

87 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 73.

88 Cass., 14 giugno 2013, n. 15026, cit.

simulato, onde non soggiace ai limiti probatori di cui all'art. 1417 c.c.[89], tale non può considerarsi il soggetto che in virtù della sua qualità di erede del *de cuius* agisce in collazione e che, di conseguenza, non potrà avvalersi di tutti i mezzi di prova approntati dalla predetta norma[90].

Sul piano pratico, inoltre, appare utile rammentare che ad avviso della giurisprudenza, la terzietà del soggetto che subentra nella posizione del *de cuius*, "rileva anche ai fini della prescrizione dell'azione medesima che già rientrava nel patrimonio del '*de cuius*'". Sicché "solo quando l'azione di simulazione viene esercitata in funzione della riduzione della donazione (che si asserisce dissimulata) il termine prescrizionale decorre dalla data di apertura della successione, mentre quando la declaratoria di simulazione sia richiesta non per far valere il diritto alla quota di riserva ma al solo scopo dell'acquisizione del bene oggetto di donazione alla massa ereditaria, in vista della determinazione delle quote dei condividenti e senza che avvenga addotta alcuna lesione di legittima, il termine di prescrizione della relativa azione decorre dal compimento dell'atto che si assume simulato"[91].

Anche sotto il profilo oggettivo, soggettivo, degli effetti e della legittimazione la collazione e l'azione di riduzione divergono significativamente.

89 Cass., 21 aprile 1998, n. 4024, cit., secondo la quale: "dall'esercizio dell'azione di simulazione da parte dell'erede per l'accertamento di dedotte dissimulate donazioni non deriva necessariamente che egli è terzo, al fine dei limiti alla prova testimoniale stabiliti dall'art. 1417 cod. civ., perché, se egli agisce per lo scioglimento della comunione, previa collazione delle donazioni – anche dissimulate – per ricostituire il patrimonio ereditario e ristabilire l'uguaglianza tra coeredi, subentra nella posizione del *de cujus*; è invece terzo se agisce in riduzione, per pretesa lesione di legittima, perché la riserva è un suo diritto personale, riconosciutogli dalla legge, e perciò può provare la simulazione con ogni mezzo". V., anche, Cass., 7 settembre 2009, n. 19284, *Nuova giur. civ. comm*., 2010, p. 206; Cass., 14 marzo 2008, n. 7048, *www.italgiure.it*; Cass., 26 aprile 2007, n. 9956, *ivi*; Cass., 24 marzo 2006, n. 6632, *Giust. civ. Mass*., 2006, p. 3; Cass., 28 ottobre 2004, n. 20868; *ivi*, 2004, p. 10; Cass., 5 dicembre 1996, n. 10849, *Foro it*., 1997, I, c. 3337.
Nel senso che se l'azione di simulazione in funzione di quella di riduzione soggiace agli stessi limiti previsti per quest'ultima (accettazione dell'eredità con beneficio di inventario da parte dell'attore), v. Cass., 18 aprile 2003, n. 6315, *Giust. civ. Mass*., 2003, 869; Cass., 27 giugno 2003, n. 10262, *Giust. civ. Mass*., 2004, 1, p. 1569.

90 Cass., 18 aprile 2003, n. 6315, cit.; Cass., 25 maggio 2001, n. 7134, *www.italgiure.it*; Cass., 29 marzo 2000, n. 3281, *ivi*; Cass., 12 settembre 2000, n. 12038, *ivi*; Cass., 24 febbraio 2000, n. 2093, cit.; Cass., 29 luglio 1994, n. 7142, *Giust. civ. Mass*., 1994, 1036; Cass., 12 settembre 2002, n. 13310, *Nuova giur. civ. comm*., 2003, 644; Cass., 17 ottobre 1992, n. 11432, *Giust. civ. Mass*., 1992, 544; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8942, *ivi*, 1994, 1311; Cass., 29 maggio 1995, n. 6031, *ivi*, 1995, p. 106; Trib. Catania, 7 marzo 2001, *Dir. fam. pers*., 2001, p. 1509; Cass., 28 aprile 1980, n. 471, *www.italgiure.it*; Cass., 11 ottobre 1986, n, 5947, *ivi*; Trib. Napoli, 30 aprile 1990, *Giur. merito*, 1991, p. 503; Trib. Roma, 3 ottobre 1992, *ivi*, 1993, p. 333; Trib. Catania, 27 maggio 2005, *Giurisprudenza Aetnea*, 2005, p. 2. In dottrina, critico, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 201.

91 Cass., 21 febbraio 2007, n. 4021, *www.italgiure.it*; Cass., 22 febbraio 2016, n. 3932, *ivi*.; conforme Cass., 6 marzio 2018, n. 5159, la quale, pronunciatasi in merito alla censura di omessa motivazione, ha stabilito che "viola il "minimo costituzionale" richiesto per la motivazione la decisione che non chiarisce se l'azione di simulazione proposta dal legittimario in relazione ad una cessione immobiliare effettuata dal '*de cuius*' ad un terzo sia svolta in funzione della collazione dell'asse ereditario o della riduzione della quota di legittima, atteso che il '*dies a quo*' del termine di prescrizione dell'azione di simulazione decorre dall'apertura della successione se l'erede agisce al fine di far valere il diritto alla propria quota di riserva e dal compimento dell'atto che si assume simulato se l'azione è esperita al fine di far accertare l'interposizione fittizia di persona e la dissimulazione di una donazione indiretta in favore di altro erede al solo fine di acquisire il bene all'asse ereditario".

Quanto all'oggetto, l'ambito dell'azione di riduzione è più ristretto di quello della collazione; laddove quest'ultima interessa tutte le donazioni compiute in vita dal *de cuius* in favore del coniuge e dei discendenti, l'azione di riduzione limita la sua portata a quelle donazioni (o alla porzione di quella donazione) che eccedono la disponibile[92].

Guardando agli effetti, nella riduzione l'incidenza sulla liberalità è limitata alla misura necessaria ad integrare la quota di legittima, mentre nella collazione la donazione viene investita nel suo complesso, in modo del tutto indipendente dalla distribuzione tra quota disponibile e quota indisponibile del patrimonio[93].

Da un punto di vista soggettivo, invece, è l'ambito della riduzione ad essere più vasto nella misura in cui, a differenza della collazione che attribuisce reciprocamente il diritto al coniuge e ai discendenti contro il coerede donatario non dispensato, il legittimario leso può esperire l'azione nei confronti di qualunque donatario anche non erede estraneo alla famiglia[94].

Infine, sotto il profilo della legittimazione, il legittimario agisce in riduzione facendo valere una qualità che prescinde del tutto da una chiamata ereditaria (anzi, in molti casi trova proprio nell'esclusione dall'eredità il presupposto di attivazione della tutela); mentre il discendente o coniuge che fa valere il proprio diritto alla collazione delle donazioni agisce non in quanto legittimario, ma in quanto (co) erede, mira a realizzare, cioè, una situazione giuridica riconosciutagli in forza della delazione universale accettata, in difetto della quale la (mera) qualità di legittimario non gli garantisce alcuna forma di protezione[95].

Orbene, nonostante le difformità rassegnate, come può agilmente comprendersi, talvolta, di fatto, tramite l'obbligo collatizio è possibile raggiungere lo stesso risultato cui tende l'azione di riduzione, ossia l'eliminazione della lesione[96].

92 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 732.

93 Salva la possibilità – sempreché si ritenga ammissibile – di una dispensa parziale ad opera del *de cuius*.

94 Trib. Roma, 17 maggio 2001, *Giur. merito*, 2001, p. 888.

95 Così, La Battaglia, L.: "La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale", *www.notaiforlìrimini.com*, p. 34.

96 *Cfr.* Trib. Vicenza, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 1710, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, ove si legge che "in tema di successioni, affinché possa essere esercitata l'azione di riduzione contro il coerede donatario, è necessario che questi sia stato dispensato dalla collazione, posto che, in caso contrario, il solo meccanismo della collazione sarebbe sufficiente per far conseguire a ogni coerede la porzione spettantegli, senza necessità di ricorso alla specifica tutela apprestata dalla legge per la quota di legittima". Si veda, anche, App. Roma, Sez. III, 7 agosto 2016, n. 5322, *ivi*, la quale ha affermato che "Nel caso (…) di concorso di discendenti alla successione, pur potendo la collazione comportare di fatto l'eliminazione di eventuali lesioni di legittima, consentendo agli eredi legittimi di conseguire nella divisione proporzioni uguali, la contestuale proposizione della domanda di riduzione non può ritenersi priva di ogni utilità: solo l'accoglimento di tale domanda, infatti, può valere ad assicurare al legittimario leso la reintegrazione della sua quota di riserva con l'assegnazione di beni in natura, privando i coeredi della facoltà di optare per la imputazione del relativo valore".

Se ad esempio un erede legittimario abbia ricevuto beni relitti per un valore inferiore alla quota di riserva e un altro erede legittimario (a prescindere da fatto di aver ricevuto beni relitti per un valore inferiore, superiore o uguale alla sua quota di riserva) sia stato anche beneficiario di donazioni (dirette o indirette), il valore del bene donato, collazionato nella massa da dividere, potrebbe essere sufficiente (non soltanto ad integrare la quota dell'erede legittimario obbligato alla collazione, qualora costui abbia ricevuto beni per un valore inferiore alla quota di riserva, ma anche) a integrare la quota dell'altro erede legittimario[97].

Ciò posto, fuori da siffatte ipotesi, l'azione di riduzione dovrà comunque essere esperita (anche cumulativamente a quella di divisione-collazione[98]) nel caso in cui: il donatario abbia rinunciato all'eredità o sia stato dispensato (venendo in dette ipotesi meno l'obbligo di collazione); il beneficiario della donazione sia un soggetto diverso da quelli indicati dall'art. 737 c.c.; non residui un *relictum*, sempreché s'intenda quest'ultimo quale presupposto per la collazione[99].

Vale da ultimo rammentare che l'istituto in esame differisce nettamente anche dall'imputazione *ex se* di cui all'art. 564, comma 2, c.c.: in primo luogo, l'imputazione sulla legittima costituisce un onere per il legittimario, laddove quello della collazione è un obbligo per il coerede donatario nei confronti degli altri coeredi; in secondo luogo, è diversa la funzione dei due istituti, sicché l'imputazione *ex se* tende a formare il valore reale della legittima, mentre la collazione risponde ad una logica di proporzionalità delle quote; in terzo luogo, va da sé che l'imputazione in parola nulla a che vedere (se non l'assonanza terminologica) con la collazione operata mediante imputazione. A nulla infine rileva, sul piano disciplinare, il fatto che ogni cosa che è esente da collazione, per espressa previsione dell'art. 564, comma 5, c.c., è pure esente da imputazione, trattandosi semplicemente di una tecnica di formulazione normativa adoperata dal Legislatore[100].

VI. AMBITO SOGGETTIVO

In seguito alla riscrittura dell'art. 737 c.c. ad opera della riforma generale sul diritto di famiglia del 1975, nel novero dei soggetti tenuti alla collazione figurano i figli, i loro discendenti e il coniuge, donatari del defunto, *"che concorrono alla successione"* di quest'ultimo[101].

97 Il puntuale esempio è tratto da Perlingieri P.-Marinaro, G.-Barba, V.- Perlingieri, G.: Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1195.

98 La Battaglia, L.: "La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale", cit., p. 32.

99 V., *supra*, § IV. *Cfr.* Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 78.

100 Sull'argomento, v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 217, spec. p. 243.

101 In dottrina si è rilevato come la riforma del diritto di famiglia, nel disporre la collazione anche tra soggetti che non sono necessariamente legati da un rapporto di parentela, quali il coniuge e i figli del *de cuius*, ha

Da tale inciso si ricava, quale requisito imprescindibile per l'operare dell'obbligo collatizio, la necessaria qualità di erede in capo al donatario[102].

Di conseguenza, non saranno tenuti a collazione il chiamato per il quale sia spirato il termine previso dall'art. 480 c.c., né quello che, come già detto, abbia rinunciato all'eredità, giacché, atteso il carattere retroattivo della rinuncia, questi si considererà come mai chiamato[103]. Allo stesso tempo si ritengono esclusi dal predetto obbligo, tutti coloro che sono estromessi dalla successione per le cause previste dalla legge, che siano morti prima dell'accettazione o che non siano più soggetti attuali della comunione[104].

È evidente, quindi, che, a fronte di un'eredità piuttosto esigua, il chiamato donatario di beni di valore superiore al *relictum*, ben potrà "fuggire" dall'obbligo di collazione mediante rinuncia, fermo chiaramente l'assoggettamento di tali liberalità all'azione di riduzione[105].

In ogni caso, il chiamato che abbia rifiutato la delazione, può successivamente, nei limiti previsti dall'art. 525 c.c., accettare l'offerta dell'eredità (c.d. revoca della rinuncia) acquisendo la qualità di erede e soggiacendo alle regole della collazione[106].

Con riferimento all'ipotesi di rappresentazione, salvo quanto si dirà più avanti, il discendente, pur se abbia rinunciato all'eredità, sarà tenuto a conferire ciò che è stato donato al suo ascendente.

Nel caso di delazione successiva, invece, il trasmissario sarà soggetto alla collazione solamente se, dopo aver accettato l'eredità del trasmittente, eserciti il

spostato il baricentro dell'istituto, Siclari, R.: "La collazione", Rescigno (a cura di), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2a ed., II, Padova, 2010, p. 241 ss., spec. p. 249 ss.

102 Trib. Monza, 15 gennaio 2007, *Fam. pers. e succ.*, Torino, 2008, p. 550; Cass., 13 gennaio 2010, n. 368, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, la quale ribadisce che "Il diritto dei coeredi di chiedere la divisione ed il connesso diritto alla collazione postulano l'assunzione della qualità di erede". Come pure rileva Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 216, nota 73, sembra più corretto parlare di qualità e non di *status* (così, invece, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 83 ss.) atteso che, in forza della ricostruzione che lega lo *status* alla contrapposizione del soggetto ad una comunità, tale non può considerarsi l'erede "perché non esiste una comunità organizzata degli eredi", così, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 666. Cfr., anche, Coviello, N.: "De' giudicati di stato", *Arch. giur.*, 1891, p. 188; Cicu, A.: *Il concetto di* "status", Aa. Vv., *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simonelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917; Santoro Passarelli, F.: "Status familiae", *Studi urbinati*, Urbino, 1947-1948, p. 61 ss.; Ferri, L.: *Degli atti dello stato civile*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 9; Ciatti, A.: *Lo* status familiae, *Fam. e min.*, Torino, 2010, p. 1 ss.

103 Cass., 30 ottobre 1992, n. 11831, *Giust. civ. Mass.*, 1992, p. 1577. Parla di "perdita dell'originaria posizione di delato, che rende attuale la chiamata dei successibili in subordine, giusta le norme affidate agli artt. 522-523 c.c." Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit. p. 70.

104 Cass., 17 maggio 1962, n. 1112, *Giust. civ. Mass.*, 1962, p. 566.

105 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 83.

106 Già da un punto di vista terminologico, invero, sembra più corretto parlare, anziché di rinuncia, di *rifiuto impeditivo*. Infatti, la rinuncia comporta l'eliminazione di un diritto già acquisito, mentre nella fattispecie che ci occupa si impedisce un acquisto, Sul punto, v. Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 466; cfr., anche, Cass., 10 agosto 1974, n. 2394, *Dir. giur.*, 1974, p. 910.

diritto di accettare anche l'eredità dell'originario *de cuius*, di cui è diventato titolare in forza della prima accettazione: solo in tal caso, infatti, il trasmissario acquisirà la qualità di erede dell'originario *de cuius*. Se, al contrario, si ritenesse non soggetto il trasmissario all'obbligo di collazione (magari perché, come pure può accadere, costui è estraneo alla famiglia), "si pregiudicherebbe ingiustamente il diritto di collazione dei coeredi discendenti e coniuge del donante, che subirebbero un danno sol perché alla comunione ereditaria partecipa l'erede del chiamato anziché il chiamato medesimo"[107].

Un'ipotesi per certi versi contigua alla precedente, almeno sul piano descrittivo, è quella dell'alienazione della quota ereditaria: è dubbio se all'acquirente sia trasmesso anche il diritto alla collazione nei confronti degli altri coeredi.

In senso negativo si osserva che l'acquirente (salvo, ad esempio, esso sia un fratello o una sorella) non acquista la qualità di erede, inoltre, operando la collazione tramite un prelegato *ex lege*[108], in quanto tale autonomo rispetto all'eredità, il diritto non si trasferisce unitamente al compendio ereditario, onde alla divisione dovrà partecipare il cedente[109].

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, tuttavia, sono dell'opinione che con la vendita di un'universalità, qual è l'eredità, avviene il trasferimento di tutte le situazioni giuridiche sia attive che passive, comprese quelle afferenti la collazione. Pertanto il cessionario – costituendo, all'evidenza, questa un'eccezione alla regola – oltre a poter domandare la collazione, potrà essere convenuto dai coeredi a loro volta tenuti al conferimento[110].

Discussa è la sussistenza della qualità di erede – e di riflesso anche dell'obbligo di conferimento – nelle ipotesi di indegnità e diseredazione.

Quanto alla prima, chi la considera quale ipotesi di incapacità a succedere e come tale costituente fatto impeditivo alla successione, esclude la qualità di erede dell'indegno, dal momento che l'indegnità impedisce *ab origine* la delazione[111].

107 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 124.

108 V., *supra*, § III.

109 Forchielli, P.: *Collazione*, cit., p. 3.

110 Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 283, nota 34; Capozzi, G.-Auciello, A.: *Successioni e donazioni. Casistica*, cit., p. 689; Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 1746. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 11 maggio 1967, n. 975, *www.italgiure.it*.

111 Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 83 ss.; Grosso, G.-Burdese, A.: *Le successioni. Parte generale*, *Tratt. Vassalli*, XII, Torino, 1977, p. 121 ss.; Palazzo, A.: *Le successioni*, cit., p. 218; Bianca, C.M.: *Diritto Civile. 2.2. Le successioni*, cit., p. 22; Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, cit., p. 64; Barbero, D.: "Natura giuridica dell'indegnità a succedere", *Foro pad*., 1950, p. 843; Allara, M.: *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 134; Criscuoli, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 257; Moscati, E.: *La capacità a succedere – L'indegnità*, *Tratt. Rescigno*, 1997, p. 73; Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale, IV, La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, Padova, 1933, p. 166.

È opinione prevalente, tuttavia, che l'indegno *potest capere sed non potest retinere*, di conseguenza esso sarà tenuto alla collazione sino a quando, per effetto di sentenza costitutiva, verrà meno la sua qualità di erede[112].

In ordine alla c.d. clausola di diseredazione, invece, ad onta delle considerazioni circa la sua ammissibilità[113], si ritiene che essa non potendo comunque incidere sui diritti dei legittimari, neppure incida sull'operare della collazione[114].

Qualche autore, facendo leva sul tenore letterale della disposizione che parla genericamente di "*defunto*" e non di "*testatore*", circoscrive l'ambito di operatività della collazione alla sola successione legittima[115].

Tuttavia, come puntualmente rilevato, già prima della riforma del 1975, il dibattito sul punto poteva dirsi ormai definitivamente sopito, onde, a prescindere dalla volontà del testatore, l'obbligo di collazione sussisterà anche in caso di vocazione testamentaria[116].

È importante, poi, soprattutto sul piano operativo, rilevare che la collazione tra i coeredi opera reciprocamente; ne consegue che colui il quale è obbligato al conferimento, può pretenderlo dagli altri coeredi-donatari. Poiché tuttavia è possibile che alla medesima comunione partecipino soggetti tenuti e soggetti non tenuti alla collazione, in tali casi dovrà procedersi a due divisioni: la prima tra tutti i coeredi, avente ad oggetto i soli beni relitti; l'altra tra i soli soggetti tenuti alla

112 Cass., 29 marzo 2006, n. 7266, *Giust. civ.*, 2007, p. 939; Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, *Foro it.*, 1987, c. 1212; Cass., 16 febbraio 2005, n. 3096, *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 141; Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, *Giur. it.*, 1976, p. 144; Cass., 27 giugno 1973, n. 1860, *Giust. civ. Mass.*, 1973, p. 990; Cass., 23 novembre 1962, n. 3171, *Foro it.*, 1962, c. 2056. In dottrina, v. Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte Generale*, cit., 298; Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, cit., 67; Salis, L.: "L'indegnità a succedere", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 933; Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 44 ss.; Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 44 ss.

113 In giurisprudenza, per tutte, Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, che ne ha stabilito l'ammissibilità. In dottrina, v. Santoro Passarelli, F.: *Vocazione legale e testamentaria*, cit., p. 200; Bonilini, G.: *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 18 s.; Trabucchi, A.: "Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione", *Giur. it.*, 1955, p. 279; Azzariti, G.: "Diseredazione ed esclusione di eredi", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 1200; Schlesinger, P.: "Successione" (diritto civile). *Parte generale*, *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 755; Bandiera, F.M.: "Sulla validità della "Diseredazione"", *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 402; Corona, M.: "La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione", *Riv. Notar.*, 1992, p. 505; Russo, D.: *La diseredazione*, Torino, 1998; Bin, M.: *La diseredazione – Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966; Perlingieri, G.: "La diseredazione nel pensiero di Alberto Trabucchi", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 21 ss.; Porcelli, G.: "Autonomia testamentaria ed esclusione di eredi", *Notariato*, 2002, I, p. 49 ss.; Id.: "Diseredazione", *Il Diritto. Enc. giur. de Il Sole 24 ore*, V, Milano, 2007; Porrello, V.: "La clausola di diseredazione", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 980 ss.; Rescigno, P.: "Recensione a Bin, La diseredazione", *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 95 ss.

114 Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1745.

115 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 54 ss.; Melucci, P.: *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, cit., p. 188 ss.

116 Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 217; cfr., anche, Cicu, A.: *Successioni per causa di morte*, cit., p. 512; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 490; Forchielli, P.: *Collazione*, cit., p. 211; Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 184.

collazione, avente ad oggetto sia la parte dei beni relitti, sia quanto risulti loro donato dal *de cuius*[117].

Inoltre, dal fatto che la lettera della legge parla di "discendenti", può desumersi che alla collazione sia tenuto lo zio (figlio del *de cuius*) nei confronti del proprio nipote (figlio di un altro figlio del *de cuius*, e quindi "discendente" di quest'ultimo), ma non viceversa[118].

Poiché è indiscusso che anche l'accettazione beneficiata, determini l'acquisto della qualità di erede, anche chi accetta con tale cautela, sarà soggetto attivo e passivo della collazione, essendo ininfluente che egli risponda *cum viribus hereditatis*[119].

Il legittimario pretermesso non è erede testamentario, né legittimo, di conseguenza non potrà accettare una chiamata inesistente nei suoi confronti; potrà tuttavia esperire l'azione di riduzione e, all'esito vittorioso della lite, come ritiene la prevalente giurisprudenza, acquisterà la qualità di erede senza bisogno di accettazione, essendo quest'ultima implicita nella domanda[120].

Ne consegue che da questo momento egli potrà ritenersi soggetto a collazione[121].

Non manca, in verità, chi ritiene che il legittimario pretermesso sia un *heres ope legis* o che abbia diritto solamente ad una parte di beni a titolo di legato: in tali casi, trattandosi di acquisto a titolo particolare, non è ravvisabile la qualità di erede, con conseguente esclusione della collazione[122].

Peculiari sono le ipotesi di legato in sostituzione di legittima[123] e di attribuzione ereditaria al legittimario con facoltà di chiedere il supplemento.

117 *Cfr.* Perlingieri, P.-Marinaro, G.-Barba, V.-Perlingieri, G.: Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1194.

118 La Battaglia, L.: "La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale", cit., p. 18.

119 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 105 ss.; Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 220.

120 *Ex multis*, Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, cit.; Cass., 13 gennaio 2010, n. 368, *Giust. civ. Mass*., 2010, 1, p. 32; Cass., 20 novembre 2008, n. 27556, *Dir. fam. pers*., 2010, p. 558; Cass., 29 luglio 2008, n. 20562, *Giur. it*., 2009, p. 859; Cass., 28 maggio 2007, n.12496, *Giust. civ. Mass*., 2007, p. 5; Cass., 15 giugno 2006, n. 13804, *Giust. civ. Mass*. In dottrina, v. Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 220; Amadio, *La collazione delle liberalità*, cit., pp. 310, 311; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 108 ss.; Visalli, N.: *La collazione*, cit., p. 111; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 284 ss.; Grosso, G.-Burdese, A.: *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 89.

121 Sulla distinzione tra posizione attiva e passiva del legittimario nella collazione, v. Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 113; Mengoni, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, L.: Milano, 1999, p. 171 ss.

122 Tra gli altri, v. Azzariti, G.: *Successione dei legittimari e dei legittimi*, Torino, 1975, p. 34; Ferri, L.: *Dei legittimari (artt. 536-564)*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 13; Stolfi, G.: "Sulla figura del legittimario", *Giur. it*., 1968, IV, p. 76;

123 Cass., Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7098, *Corr. giur*., 2011, p. 759; Cass., 10 giugno 2011, n. 12854, *Giust. civ*., 2011, p. 2841.

Relativamente alla prima ipotesi, il legato sostitutivo, nel caso in cui sia accettato (il legatario infatti può sempre rifiutare e pretendere la liquidazione della quota), non attribuisce la qualità di erede, con esclusione della collazione. Se il legatario, viceversa, come può, rinunci all'attribuzione a lui fatta a titolo particolare, egli sarà ricondotto nella condizione di legittimario pretermesso di cui si è poco sopra detto[124].

Nel caso di legato con diritto ad un supplemento, invece, nonostante si sia ventilata la possibilità di considerarlo alla stregua di un legato sostitutivo, la tesi prevalente lo ritiene una vera è propria attribuzione ereditaria con particolare conformazione della quota. L'attribuzione di un supplemento cela a ben vedere la volontà del *de cuius*, non già di escludere il legittimario dall'eredità, bensì quella di istituirlo nella quota spettantegli per legge (*institutio ex re certa*)[125]. Anche in tal caso potrà dunque operare la disciplina collatizia.

Ultimata l'analisi delle vicende afferenti l'acquisto della qualità di erede di tutti i soggetti indicati dalla norma in esame, occorre ora concentrarsi su quelle del tutto peculiari che riguardano, da un lato, i figli e, dall'altro, il coniuge.

Venuta definitivamente meno, anche da un punto di vista terminologico, la distinzione tra figli legittimi e naturali[126], la norma si riferisce ora indistintamente ai "figli", e tali sicuramente sono quelli riconosciuti *ex* artt. 250 e 254 c.c., quelli per i quali sia stata dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità, nonché quelli adottivi ai sensi degli artt. 6 ss. della l. 4 maggio 1983, n. 184.

Nel silenzio della legge ci si è chiesti se soggetti della collazione siano anche l'adottato in casi particolari (artt. 44-57, l. 4 maggio 1983, n. 184) e quello maggiorenne[127].

La risposta non può che essere positiva. Innanzitutto, si osserva che escludere l'adottato maggiorenne dalla collazione significherebbe, quando esso sia donatario, addirittura avvantaggiarlo ingiustificatamente rispetto agli altri figli[128]. Sotto il profilo formale, in ogni caso, decisivo pare il rimando che, in punto di disciplina applicabile, l'art. 304, comma 2, c.c. (cui espressamente rinvia l'art. 55 della l. 4 maggio 1983, n. 184.), fa alle norme contenute nel libro II, così equiparando l'adottato maggiorenne

124 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., pp. 115-116; Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1747. In giurisprudenza, Cass., 22 aprile 1992, n. 4800, *Mass.*, 1992.

125 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., pp. 118-119; Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1747. Si veda, in argomento, Perlingieri, G.: "*Heredis institutio ex re certa*, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2011, p. 459.

126 Già con la riforma del 1975 le due categorie erano state, di fatto, equiparate; l'eliminazione del riferimento ai figli legittimi e naturali è intervenuta solo di recente con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 153.

127 *Cfr.* Cariota Ferrara, L.: "In tema di collazione", cit., p. 691; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 488.

128 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 99.

e l'adottato in casi particolari, al figlio, e rendendo operanti, tra le altre, le norme in materia di successione necessaria e legittima, ivi comprese quelle relative alla collazione[129].

Nulla quaestio, per quanto concerne i figli incestuosi, dopo che la riforma del 2012 (l. 10 dicembre 2012, n. 219), a prescindere dalla buona o dalla male fede al momento del concepimento, ne ha ammesso, previa autorizzazione del giudice, il riconoscimento. Oggi, pertanto, nell'ambito della filiazione rientra a pieno titolo anche il figlio nato da genitori legati da vincolo parentale, che sia stato riconosciuto o giudizialmente dichiarato[130], il quale, dunque, anche in punto di collazione, concorre con gli altri successibili senza distinzione di sorta[131].

Venendo ora ad esaminare la figura del coniuge, vale rammentare che fino al 1973, anno in cui la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 781 c.c.[132], vigeva tra coniugi il reciproco divieto di liberalità diverse da quelle conformi agli usi. Un volta venuto meno tale limite il coniuge per opera della citata riforma del 1975 entrò a far parte dei soggetti indicati all'art. 737 c.c.

Oggi, anche per effetto di quanto disposto dall'art. 738 c.c., che esclude dalla collazione le donazioni di modico valore fatte al coniuge, egli ha assunto, anche con riguardo alla collazione, una posizione per certi versi privilegiata rispetto agli altri coeredi[133].

Il coniuge, (nonché l'unito civilmente in virtù dell'art. 1, comma 21, l. 20 maggio 2016, n. 76), dunque, rientra a pieno titolo nel novero dei soggetti attivi e passivi della collazione, salvo, tuttavia, sia intervenuta la separazione con addebito. In tal caso, infatti, alla stregua dell'art. 548 c.c., pronunciata la sentenza di addebito (ed è irrilevante che sia stato pronunciato nei confronti di entrambi), il coniuge avrà solamente diritto ad un assegno qualificato come legato *ex lege*, onde, non

129 Così, Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 218.

130 L'art. 278 c.c., dapprima dichiarato incostituzionale (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, *Foro It.*, 2004, 1, c. 1053; *Fam. e dir.*, 2003, p. 119, con nota di Dogliotti, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*) è stato in seguito sostituito dall'art. 35 del d.lgs. 28 dicembre, n. 154 nel seguente testo "Nei casi di figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, l'azione per ottenere che sia giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità non può essere promossa senza previa autorizzazione ai sensi dell'art. 251".

131 Sull'argomento, v., tra gli altri, Cuffaro, V.: *Successioni per causa di morte: Esperienze e argomenti*, Torino, 2015; Auletta, T.: "La filiazione derivante da incesto", Bianca, C.M. (a cura di): *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

132 Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91, *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 2014.

133 Più in generale può dirsi che il coniuge ha assunto una posizione preminente all'interno della famiglia anche quale legittimario: si pensi, ad esempio, che la quota di eredità a lui spettante non è mai inferiore ad un terzo e che ad egli è riservata la metà del patrimonio, ove non vi siano altri legittimari a concorrere alla successione.

potendosi qualificare come erede, ma quale successore a titolo particolare, sarà esentato dal conferimento[134].

Medesimo discorso vale per il coniuge divorziato, anch'esso, in genere, legatario dell'assegno *ex* art. 9-*bis* l. 1 dicembre 1970, n. 898, il quale, peraltro, per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, perde lo *status* coniugale[135].

Influiscono inoltre, ai nostri fini, sulla permanenza dello *status* di coniuge le invalidità matrimoniali.

Ciò che di peculiare va rilevato è che gli eredi, ai quali sussistendone le condizioni è consentito istaurare il giudizio volto a far valere l'invalidità, o proseguire quello intrapreso dal *de cuius*[136], potranno strumentalmente decidere di non impugnare l'atto matrimoniale o di non riassumere il giudizio pregresso (o se riassunto di abbandonarlo), laddove il coniuge superstite sia stato beneficiario di cospicue liberalità, per non determinare il venir meno dell'obbligo di collazione in capo a quest'ultimo.

Così facendo, tuttavia, specie nel caso di compendio ereditario particolarmente esiguo, è verosimile che il coniuge sarà indotto, per far salve le donazioni ricevute dal conferimento, a rinunciare all'eredità, pur correndo il rischio di essere convenuto in riduzione senza più poter beneficiare della quota di riserva[137].

Alcune precisazioni, poi, si rendono necessarie per il matrimonio dichiarato nullo o annullato con sentenza costitutiva contratto in buona fede da almeno uno dei due coniuge (c.d. matrimonio putativo), nonché nei casi di matrimonio contratto dal coniuge del presunto morto, poi ritornato.

Quanto alle prime ipotesi, ai fini collatizi, si rileva che, se i coniugi erano in buona fede oppure quest'ultima non poteva rilevare o comunque andava considerata inesistente (in caso di consenso estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi), gli effetti del matrimonio si produrranno sino al giorno del passaggio in giudicato della sentenza di nullità o annullamento[138].

134 *Cfr.* Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1747; Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 220.

135 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 89; Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 219

136 App. Roma, 19 aprile 2002, *Arch. civ.*, 2002, p. 1323.

137 Di questo avviso, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 96; Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1748;

138 Nel caso di delibazione di sentenza canonica gli effetti si produrranno fino al momento dell'efficacia del provvedimento di esecutorietà della Corte di Appello, non già fino al momento dell'efficacia della pronuncia ecclesiastica, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 104.

Cosicché, lo *status* di coniuge – e di conseguenza l'obbligo di collazione – permarrà fino a suddetto momento, ma a condizione che la sentenza sia intervenuta prima della morte dell'altro coniuge. Viceversa, giacché, in applicazione dell'art. 584 c.c. il coniuge superstite in buona fede ha diritto ad una quota pari a quella spettante al coniuge che abbia contratto un valido matrimonio[139], in caso di accettazione, egli sarà tenuto all'obbligo di collazione; ciò sempreché la persona della cui eredità si tratta non risulti legata da valido vincolo matrimoniale al momento della morte, poiché in tal caso, ai sensi dell'art. 584, comma 2, c.c., egli sarà escluso dalla successione[140].

Quanto al coniuge del presunto morto, infine, potendosi considerare pacifica l'equiparazione tra morte e morte presunta, esso sarà tenuto al conferimento delle donazioni eventualmente ricevute in caso di coeredità[141].

Rimangono estranei alla collazione, da ultimo, gli ascendenti, per i quali è ad ogni modo fatta salva la possibilità – sempreché si ritenga ammissibile – che l'obbligo di collazione sia loro esteso per volontà del *de cuius* (c.d. collazione volontaria)[142].

VII. AMBITO OGGETTIVO

Oltre a rivestire le qualità/*status* di cui si è detto nel paragrafo che precede, è necessario che i figli i loro discendenti e il coniuge, affinché possano ritenersi vincolati alla collazione, abbiano ricevuto dal *de cuius* donazioni dirette o indirette.

L'art. 737 c.c., infatti, circoscrive l'obbligo di conferimento a "tutto ciò che [i coeredi] hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente".

Se ne ricava, innanzitutto, che non tutti gli atti a titolo gratuito rientrano nel campo di applicazione della norma, ma solamente quelli, sia pur in modo indiretto, compiuti *donandi causa*. Non qualsiasi impoverimento del donante, dunque, ma

139 A riguardo si tenga conto del fatto che per espressa previsione trova applicazione l'art. 540 c.c., su cui Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 966.

140 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 105. I principi che regolano la successione *mortis causa* nell'art. 584 c.c., anche se riferiti, in via immediata, ai casi di successione intestata, si ritengono applicabili anche alla successione necessaria, queste le parole di Emiliozzi, E.A.: "Relazione coniugale putativa e successione familiare", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 161, il quale cita Ferri, L.: *Dei legittimari*, cit., p. 47; Cattaneo, G.: *La vocazione necessaria e la vocazione legittima, Successioni*, *Tratt. Rescigno*, 5, I, Torino, 1982, p. 397; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 301.

141 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 98. Sull'equiparazione tra morte e morte presunta, v. Giorgianni, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943; Sgroi, V.: "Morte presunta" (dir. civ.), *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 110; Sacco, R.: "Se il figlio della moglie del dichiarato morto presunto, il quale sia stato concepito tra la data della morte presunta e la data della dichiarazione nasca legittimo", *Foro pad.*, 1950, p. 1199; Stella Richter, G.: "Effetti della dichiarazione di assenza e di morte presunta sulle presunzioni di concepimento in matrimonio e di paternità", *Foro pad.*, 1953, p. 294; Barillaro, D.: *Delle persone e della famiglia*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 376.

142 V., *infra*, § IX.

solamente quelle attribuzioni dirette ad arricchire i propri congiunti con spirito liberale[143].

Ne deriva che esclusi dalla collazione sono i negozi meramente abdicativi, che dunque non determinano alcun depauperamento in senso tecnico[144].

Per questa ragione la giurisprudenza ha escluso che sia soggetto a collazione "il godimento a titolo gratuito di un immobile concesso durante la propria vita dal *de cuius* ad uno degli eredi, atteso che l'arricchimento procurato dalla donazione non può essere indentificato con il vantaggio che il comodatario trae dall'uso personale e gratuito della cosa comodata, in quanto detta utilità non costituisce il risultato finale dell'atto posto in essere dalle parti, come avviene nella donazione, bensì il contenuto tipico del comodato stesso". Per ciò, in riferimento a tale ipotesi, deve escludersi, sia la causa donativa (in luogo di quella propria del comodato), ove il comodato sia pattuito per una lunga durata o per beni di notevole valore, sia la sussistenza dell'*animus donandi*, come può desumersi dalla temporaneità del godimento concesso al comodatario[145].

Ora, se è certo che nel campo di applicazione dell'art. 737 c.c. rientri la donazione *ex* art. 769 c.c. (traslativa, costitutiva o liberatoria), qualche dubbio è sorto con riferimento alle sue diverse forme previste dagli artt. 770 ss. c.c.

143 Per una compiuta riflessione dogmatica sulla gratuità, sugli atti gratuiti atipici e sulle sfumature causali rispetto agli atti squisitamente liberali si vedano, Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, pp. 839-842; Id.: "Babbo natale e l'obbligo di dare", *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss. (nota a Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, *Riv. Notar.*, 1991, 6, p. 1413); Balbi, G.: "Liberalità e donazione", *Riv. dir. comm.*, 1948, I, *passim*; Palazzo, A.: "Gratuità e attuazione degli interessi", Id. e Mazzarese, S. (a cura di): *I contratti gratuiti*, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, P. ed Gabrielli, E., X, Torino, 2008; Id.: *Atti gratuiti e donazioni*, *Tratt. Sacco*, II, Torino, 2000; Id.: *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, *Tratt. di Dir. delle Succ. e Don.*, diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009, p. 77 ss.; Checchini, A.: "Liberalità", *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 5; Gianola, A.: *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, p. 33; Lipari, N.: *Spirito di liberalità e spirito di solidarietà*, Milano, 1998, pp. 417-442; Jemolo, A.C.: "Lo "spirito di liberalità" (riflessioni su una nozione istituzionale)", *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, II, p. 977 ss.; Villani, V.: "Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio gratuito", *Giur. it.*, 1998, I, p. 2019 ss.; Sandulli, M.: *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, *passim*; Gatt, L.: "Onerosità, gratuità, liberalità", Ficari, V.-Mastroiacovo, V. (a cura di): *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014, pp. 43-83; Id.: "La liberalità", *Studi di diritto privato*, diretto da Busnelli-Patti-Scalisi-Zatti, XIII, Torino, I, 2002, *passim*; Manzini, C.: "Il contratto gratuito atipico", *Contr. e Impr.*, 1986, p. 909 ss.; Cfr., inoltre, Morozzo Della Rocca, P.: "Il contratto gratuito a scopo di beneficenza", *Giust. civ.*, 2000, II, p. 190; Id.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, p. 121 ss.; Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 1984, p. 70 ss.; Scozzafava, O,T.: "La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo", *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 68; Cataudella, A.: "Donazione e liberalità", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 173 ss. Contrappone il concetto di gratuità a quello di onerosità, considerando la liberalità come assenza di interesse in capo al soggetto disponente, Sacco, R.: *Il contratto*, *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1995, p. 550; analogamente, Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa della scuola si specializzazione in diritto civile dell'università di Camerino, Napoli 2002, p. 313, "Il profitto destinato alla controparte o al terzo ha carattere oneroso quando rappresenti il corrispettivo di un sacrificio patrimoniale sostenuto in vista di esso, o abbia per contrappeso il compenso di un sacrificio patrimoniale altrui". Tratteggia in termini positivi la gratuità definendo gli atti gratuiti come "quelli che importano una diminuzione patrimoniale senza corrispettivo"; Barbero, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, p. 322; Navarretta, E.: *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, *passim.*

144 Va però rilevato che ad avviso della Cassazione, la rinuncia abdicativa costituisce una donazione indiretta, Cass., 12 novembre 2008, n. 26983, *www.italgiure.it.*

145 Cass., 23 novembre 2006, n. 24866, *Vita notar.*, 2007, I, p. 188.

Sebbene la donazione sia considerata quale atto non a prestazioni corrispettive, anche quando essa si presenti nella forma modale o rimuneratoria, non può non ammettersi che in questi casi la gratuità della alienazione appaia svilita, per un verso, dalla circostanza che il donatario assume l'onere di assolvere ad una prestazione di fare o dare, per altro verso, dal carattere latamente solutorio della liberalità rimuneratoria.

Ad onta di tali rilievi, la giurisprudenza ha correttamente affermato che nella donazione rimuneratoria, pur se l'attribuzione è fatta per riconoscenza (per un aiuto economico ricevuto o promesso) o in considerazione dei meriti del donatario, verso la collettività o verso individui diversi dal donante, o per speciale rimunerazione per servizi resi dal donatario, particolarmente apprezzati dal donante, lo spirito di liberalità non viene meno[146].

Discorso analogo può farsi con riferimento alla donazione modale. Benché, talvolta, non sia facile stabilire quando vi sia scambio o *modus*, quest'ultimo è sempre elemento estraneo alla struttura della donazione e non fa venir meno il suo carattere gratuito[147].

Dovrebbe dunque concludersi che entrambe le forme di donazione siano soggette a collazione.

Occorre, tuttavia, rilevare che ad avviso di taluni autori, nelle due suddette ipotesi, formi oggetto di collazione, non la donazione nella sua interezza, ma solamente la differenza tra il valore di quest'ultima e quello dei servizi resi, in caso di donazione rimuneratoria, o tra il valore della donazione e quello dell'onere, qualora si tratti di donazione modale[148].

Ciò posto, se non sussistono dubbi sul fatto che i coeredi siano "assoggettati all'obbligo della collazione anche nell'ipotesi di donazione modale, limitatamente alla differenza tra il valore dei beni donati e il valore dell'onere" giacché il "*modus* non snatura l'essenza della donazione, […], ma comporta che la liberalità, che resta

146 *Cfr.* Cass., 3 marzo 2009, n. 5119 e Cass., 24 luglio 2008, n. 20387, *Nuov. giur. civ. comm.* 2009, I, p. 303.

147 In senso contrario si veda Cass., 7 aprile 2015, n. 6925, *www.italgiure.it*, secondo la quale l'imposizione di un onere in capo al donatario – sebbene non presenti natura di corrispettivo – trasforma il titolo dell'attribuzione da gratuito in oneroso.

148 Con riferimento alle donazioni remuneratorie, v. Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte Generale*, cit., p. 696; Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, cit., p. 518; Melucci, P.: *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, cit., p. 15; Gazzara, G.: "Collazione", cit., p. 340. In giurisprudenza, App. Palermo, 26 ottobre 1956, *Giur. it.*, 1957, I, 2, p. 112. Per le donazioni modali, Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 499 s.; Visalli, N.: *La collazione*, cit., p. 147 ss.; Burdese, A.: "Nuove prospettive sul fondamento e la natura giuridica della collazione", *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 555.

sempre la causa del negozio, attraverso il modus, viene ad esserne limitata"[149], opinioni divergenti si registrano con riferimento alla donazione remuneratoria.

A tal proposito si è suggerito di distinguere in base al caso concreto: in caso di eccedenza "normale" voluta dal donante in ragione del valore dei servizi ricevuti, soggetta a collazione sarà solo l'eccedenza; ove invece, la remunerazione abbia avuto ad oggetto servizi prestati e ricevuti gratuitamente, l'intera donazione è esentata da collazione perché, in tal caso, la prestazione del servizio ha evitato un impoverimento del donante ed ha determinato un lucro cessante per il donatario, con un conseguente ingiustificato squilibrio economico che la donazione ha eliminato; se, infine, la donazione sia stata determinata da meriti del donatario o da riconoscenza verso costui, non viene ristabilito alcun equilibrio economico e pertanto questa è soggetta per intero a collazione[150].

Questa soluzione, tuttavia, appare difficilmente conciliabile con il tenore dell'art. 770 c.c., il quale, dopo aver rimarcato al primo comma che quelle rimuneratorie sono autentiche donazioni (a prescindere dai motivi che hanno determinato il donante), precisa, al secondo comma, che tali non sono delle liberalità d'uso, le quali per espressa previsione non sono soggette a collazione.

È evidente, però, che la meritevolezza dell'intento remunerativo che connota le donazioni *de quibus*, contrasta (quale che ne sia il fondamento) con gli effetti che in concreto si realizzano con la collazione, tanto che qualche autore auspica un intervento normativo che escluda *in toto* dalla collazione tali donazioni[151].

Ciò, tuttavia, non esime l'interprete dall'obbligo di interpretare in modo conforme a Costituzione le norme vigenti che disciplinano la collazione.

Proprio in questa prospettiva sembra, allora, del tutto opportuno ritenere ammissibile la c.d. collazione volontaria, la quale, come si vedrà più avanti, ha il pregio di esaltare la volontà del testatore[152].

Ad ogni modo, pur senza ricorrere a tale ultima controversa figura, può osservarsi che la disciplina *de qua*, atteso il suo carattere dispositivo, appare conforme alla legalità costituzionale, giacché consente al donante, qualora abbia particolare riguardo per gli eventuali servizi resigli o per i meriti del donatario, di esentare dall'obbligo di collazione le liberalità rimuneratorie.

149 Cass., 7 aprile 2015, n. 6925, cit.; più risalente, Cass., 27 novembre 1985, n. 5888, *Giust. civ. Mass.*, 1985, p. 1785.

150 Tali distinzioni sono sintetizzate in questi termini Di Mauro, N.-Volpe, F.: "Formazione delle quote e collazione", Iaccarino, G. (a cura di): *Successioni e donazioni*, Torino, 2017, p. 1727.

151 Di Mauro, N.-Volpe, F.: "Formazione delle quote e collazione", Iaccarino, G. (a cura di): *Successioni e donazioni*, p. 1729.

152 V., *infra*, § IX.

Pure esclusa dalla collazione si ritiene sia l'enfiteusi, attesa la sua natura di contratto corrispettivo. Tuttavia, nel caso in cui il canone capitalizzato risulti inferiore al valore della cosa e i miglioramenti sono esigui si verserà nell'ambito del *negotium mixtum cum donatione*, sulla cui assoggettabilità alla collazione si dirà tra breve[153].

Rientrano invece tra gli atti di cui all'art. 737 c.c., sia la donazione del diritto enfiteutico già costituito, quanto quella del diritto di usufrutto su un bene, ma limitatamente al capitale che sarebbe necessario per acquisire, in base alle probabilità di sopravvivenza del donatario, un reddito uguale a quello di usufrutto[154].

Quanto alle donazioni con termine iniziale (*cum moriar*) o sottoposte a condizione sospensiva (*si praemoriar*), posto che occorrerebbe di volta in volta verificarne la validità *ex* art. 1344 c.c., essendo evidente il rischio di frode all'art. 458 c.c.[155], sarebbero comunque estranee all'ambito applicativo della collazione, poiché l'atto liberale, in entrambi i casi, è strutturalmente destinato a produrre i suoi effetti solo alla morte del donante[156].

Nulla quaestio, invece, per il caso di donazione con clausola di reversibilità *ex* art. 791 c.c., la cui soggezione a collazione è evidentemente subordinata al non avverarsi della condizione (premorienza del donatario)[157].

Salvo quanto si dirà nel prosieguo, sono, poi, escluse dalla collazione per espressa previsione di legge le donazioni di modico valore fatte al coniuge, con la conseguenza che devono *a contrario* ritenersi soggette a collazione quelle compiute in favore dei figli e dei loro discendenti[158].

153 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 723; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 136. V., *infra*, nel testo.

154 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 137; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 726; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 307; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 455; *cfr.* Trib. Sondrio, 4 maggio 2009, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, ove si legge che "La rinuncia all'usufrutto fatta a titolo gratuito a vantaggio dei nudi proprietari costituisce donazione e va soggetta a collazione". Nella stessa pronuncia si è poi affermato che "Per la valutazione dell'usufrutto ai fini della collazione occorre considerare il valore residuo dell'usufrutto al tempo dell'apertura della successione in rapporto alle prospettive di vita dell'usufruttuario, secondo le quali sono elaborate i criteri di calcolo del valore dell'usufrutto stesso. Sicché nell'ipotesi di donazione dell'usufrutto (o relativa rinuncia) già costituito a favore del donante, il calcolo dovrà tener conto della sua età al tempo dell'apertura della successione, mentre nell'ipotesi di costituzione a spirito di liberalità di usufrutto a favore del discendente il calcolo dovrà tener conto dell'età di questi alla stessa data".

155 Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 444, 555.

156 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 138.

157 Bilò, G.: "Della collazione", cit., p. 1751.

158 Così, Cass., 30 gennaio 2019, n. 2700, la quale ha affermato che anche per le donazioni di modico valore l'obbligo della collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione (salva l'espressa dispensa da parte del *de cuius* nei limiti in cui sia valida) e i beni donati devono essere conferiti nell'asse ereditario, indipendentemente da una espressa domanda dei condividenti. Fanno eccezione solo le donazioni di modico valore effettuate in favore del coniuge superstite come espressamente previsto dall'art. 738 c.c.

Ha dato luogo a dubbi anche l'ipotesi di *negotium mixtum cum donatione*, ossia di quel "negozio oneroso ove una delle prestazioni è connotata da un valore di gran lunga inferiore a quello della controprestazione o dell'attribuzione traslativa e questa dinamica corrisponde all'intento delle parti"[159].

Premesso, innanzitutto, che la giurisprudenza richiede requisiti rigorosi affinché possa configurarsi un siffatto negozio[160], secondo l'orientamento prevalente, occorre, ai fini collatizi, accertare nel singolo caso concreto l'esistenza dello spirito liberale e se esso si riferisca ad una frazione di quanto alienato oppure al corrispondente valore monetario[161].

In tali ipotesi, sussistendo nello stesso congegno negoziale, ad un tempo, un contratto di compravendita e una donazione indiretta[162] (come tale rientrante nel novero dell'art. 737 c.c.), una volta verificata l'ampiezza dell'*animus donandi*, soggetta a collazione sarà solamente la parte rispetto alla quale l'atto può ritenersi connotato da spirito liberale.

Sono invece esenti da collazione, non potendosi qualificare come donazioni, neppure indirette, i beni acquistati dal coniuge in virtù dell'operare del regime di comunione legale[163].

Venendo ora alla seconda categoria di atti contemplati dalla norma in analisi, soggette a collazione, come anticipato, sono anche le donazioni indirette.

159 Cass., 27 febbraio 1986 n. 1266, *www.italgiure.it*.

160 *Cfr.* Cass., 30 giugno 2014, n. 14799, *www.italgiure.it*; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, *Foro it.*, 2005, c. 2433, si ritiene che "la vendita ad un prezzo inferiore a quello effettivo non realizza, di per sé stessa, un *negotium mixtum cum donatione*", essendo all'uopo altresì necessario: a) che la sproporzione tra le prestazioni sia di entità significativa; b) che l'alienante sia consapevole dell'insufficienza del corrispettivo pattuito rispetto al valore reale del bene e che tale insufficienza sia finalizzata ad arricchire l'acquirente.

161 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 156; Forchielli, P.: *La collazione*, cit., p. 323; Palazzo, A.: *Le successioni*, cit., p. 996.

162 In giurisprudenza, Cass., 9 febbraio 2011, n. 3175, *Il Civilista*, 2011, pp. 5, 15, si è affermato che il *negotium mixtum cum donatione* costituisce una donazione indiretta attuata attraverso l'utilizzazione della compravendita al fine di arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo, per la quale non è necessaria la forma dell'atto pubblico richiesta per la donazione diretta, essendo invece sufficiente la forma dello schema negoziale adottato. Per decisioni analoghe vedi anche: Cass., Sez. un., 27 luglio 2017, n. 1725, *www.italgiure.it*; Cass., 23 maggio 2016, n. 10614, *ivi*; Cass., 30 giugno 2014, n. 14799, cit.; Cass., 17 novembre 2010, n. 23215, *Giust. civ.*, 2011, p. 649; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, cit.; Cass., 7 giugno 2006, n. 13337, *www.italgiure.it*; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, *ivi*; Cass., 3 gennaio 2009, n. 23297, *ivi*. Nella giurisprudenza di merito, vedi Trib. Napoli, 31 marzo 2011, *Foro nap.*, 2013, p. 219.

163 Affronta il problema se i diritti di credito ricadano in comunione, nell'ambito di una vicenda che interseca la collazione, Cass., 22 gennaio 2018 n. 1506, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, la quale afferma che "Il presupposto dell'obbligo di collazione, ai sensi dell'art. 737 c.c., è che il soggetto ad esso tenuto abbia ricevuto beni o diritti a titolo di liberalità dal '*de cuius*', direttamente o indirettamente tramite esborsi effettuati da quest'ultimo. Ne deriva che, se durante la vita del '*de cuius*' il coerede ha acquistato direttamente dal venditore la nuda proprietà di un immobile dopo che questo era stato oggetto di un preliminare di vendita concluso dalla madre con prezzo interamente da lei pagato, in sede di divisione dell'eredità paterna non vi è alcun obbligo di collazione in relazione a quell'immobile, in quanto il '*de cuius*', sebbene fosse sposato in regime di comunione legale con la madre dell'acquirente, non ha mai acquistato il diritto reale trasferito al figlio, né ha sostenuto esborsi affinché il figlio lo acquistasse".

L'ampiezza semantica di tale definizione, come è noto, ha dato vita ad una nutrita casistica giurisprudenziale; si pensi, a titolo esemplificativo, alla remissione del debito, alla rinuncia al credito, al contratto a favore di terzo, all'adempimento di un obbligo altrui o, come appena visto, al negozio misto[164].

Assume la natura di atto liberale, ad avviso della giurisprudenza, l'atto di costituzione del fondo patrimoniale, la cui gratuità, ad avviso della Cassazione rimane ferma "senza che rilevino in contrario i doveri di solidarietà familiare che nascono dal matrimonio, posto che l'obbligo dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia non comporta affatto per essi l'obbligo di costituire i propri beni in fondo patrimoniale, che ha essenza e finalità diverse ed ulteriori, consistenti non nel soddisfare i bisogni della famiglia, ma nel vincolare alcuni beni al soddisfacimento anche solo eventuale di tali bisogni, sottraendoli alla garanzia generica di tutti i creditori"[165].

164 La giurisprudenza annovera tra le ipotesi di donazioni indirette anche: a) la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, qualora detta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatari (Cass., 9 maggio 2013, n. 10991, *www.italgiure.it*); b) la cointestazione di buoni postali fruttiferi, ad esempio operata da un genitore per ripartire fra i figli anticipatamente le proprie sostanze (Cass., 10 aprile 1999, n. 3499, *www.italgiure.it*; Cass., 22 settembre 2000, n. 12552, *ivi*; Cass., 12 novembre 2008, n. 26983, *ivi*); c) la rinuncia abdicativa.
Sono, invece, qualificate come donazioni dirette: a) il trasferimento del libretto di deposito a risparmio al portatore, effettuato dal depositante al terzo possessore al fine di compiere una liberalità; b) le liberalità attuate a mezzo di titoli di credito, giacché col fatto che l'obbligazione del donante sia incorporata in un titolo formale e astratto non muta la natura dell'obbligazione stessa, trasformando così la donazione diretta in indiretta (Cass., 30 marzo 1950, n. 870, *www.italgiure.it*; c) l'elargizione di somme di danaro di importo non modico mediante assegni circolari (Cass., 6 novembre 2008, n. 26746, *ivi*); d) l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire un familiare con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultimo a pagare all'istituto di credito le rate del mutuo bancario dal medesimo contratto, poiché la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo; e) il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente (Cass., Sez. un., 27 luglio 2017, n. 1725, cit.).

165 Cass., 23 febbraio 2015, n. 3568, *www.italgiure.it*. Per la gratuità dell'atto costitutivo in giurisprudenza, v. Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 642; Cass., 18 marzo 1994, n. 2604, *ivi*, 1995, I, p. 265; Cass., 25 luglio 1997, n. 6954, *ivi*, 1998, I, p. 265; Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, *Foro it.*, 1997, c. 3148; Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, *Giust. civ.*, 2000, p. 2584; Cass., 17 gennaio 2007, n. 966, *Giur. it.*, 2007. Per la gratuità delle singole attribuzioni, v. Cass., 22 gennaio 1999, n. 591, *Giur. it.*, 2000, p. 516; Cass., 8 agosto 2007, n. 17418, *www.italgiure.it*; Cass., 7 ottobre 2008, n. 24757, *Giust. civ.*, 2008, p. 1909.
In dottrina, v. Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2014, V, p. 145 ss.; Fusaro, A.: *Costituzione del fondo patrimoniale*, *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010; Cian, G.-Casarotto, G.: "Fondo patrimoniale della famiglia", *Noviss. dig. it.*, *Appendice*, III, Torino, 1982, p. 825; Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", *Enc. dir.*, XXXIII, 1982, Milano, p. 293 ss.; Perlingieri, P.: "Sulla costituzione di fondo patrimoniale su 'beni futuri'", *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 265 ss.; Id.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1030 ss.; Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 374 ss.; Carresi, F.: *Commento agli artt. 167-176 c.c.*, Cian, G.-Oppo, G,-Trabucchi, A. (a cura di): *Comm. dir. Ital. Fam.*, III, Padova, 1992, p. 43 ss.; Auletta, T.: *Artt. 167-171, Il fondo patrimoniale*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2001; Quadri, R.: "Fondo patrimoniale", *Enc. giur. Treccani*, XVI, 2008; Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", in *Riv. dir. civ.*, 2007, III, p. 328; Ciatti, A.: "Il fondo patrimoniale", Calvo R.-Ciatti, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, Aa.Vv., *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, P. ed E. Gabrielli, XIX, Torino, 2014, p. 84 ss.; Panzani, L.: "Fondo patrimoniale, *trust*, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. ed azioni a tutela dei creditori", *Il Nuovo dir. delle Soc.*, 2012, p. 9 ss.; Jannuzzi, A.: *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano 1990, p. 529 ss.; Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia. Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, II, 2, Milano 1984, p. 96 ss.; Fusaro, A.: "Il regime patrimoniale della famiglia", *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile* e *commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1990, p. 118 ss.; per la costituzione del fondo e degli altri strumenti di separazione patrimoniale mediante testamento, v. Barbaro, S.T.: *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017, *passim*, spec. p. 34 ss.

A ben vedere, tuttavia, come attentamente rilevato, l'assimilazione del fondo alle liberalità "è discutibile, in quanto nel fondo patrimoniale è individuabile un proprio profilo causale, rappresentato dalla destinazione dei beni a sostegno dei bisogni della famiglia a non all'arricchimento di uno dei coniugi o di entrambi"[166].

Dall'adesione all'una o all'altra impostazione dipenderà l'operatività delle norme sulla collazione.

In seguito all'intervento delle Sezioni Unite[167] la giurisprudenza qualifica come donazione indiretta anche l'intestazione di beni a nome altrui, ossia quella "liberalità nascente da un complesso procedimento, rivolto a fare acquistare al beneficiario la proprietà di un bene, nel quale la dazione del denaro, anche quando fatta dal beneficiante al beneficiario, assume un valore semplicemente strumentale rispetto al conseguimento di quel risultato"[168].

Per quanto attiene alla collazione, ci si è chiesti se, in tale ipotesi, ferma la natura liberale, debba essere conferito il bene immobile acquisito, ovvero il denaro utilizzato per il pagamento[169].

Un primo orientamento, che può dirsi ormai superato, basandosi sull'interpretazione letterale dell'art. 737 c.c., riteneva che oggetto della collazione fosse tutto ciò di cui si è impoverito il donante (cioè, il denaro) e non quello di cui si è arricchito il donatario, sul presupposto che, la predetta norma indica che deve essere conferito ai coeredi da parte dei figli, i loro discendenti e il coniuge del *de cuius*, "tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto"[170].

166 Perlingieri, P.-Marinaro, G.-Barba, V.-Perlingieri, G., in Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1031.

167 Cass., Sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2991, con nota di Azzariti, G.: "Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione"; *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 613, con nota di Cesàro, *Acquisto di immobile con denaro fornito dal genitore e donazione indiretta*; *Foro it.*, 1993, I, c. 1544, con osservazioni di Fabiano e nota di De Lorenzo, "Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della Cassazione si consolida"; *Resp. civ. e prev.*, 1993, p. 283, con nota di Basini, "L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione ex se e della riunione fittizia, in ipotesi di 'intestazione di beni a nome altrui'"; *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 373, con nota di Regine, "Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta"; in seguito", Cass., 14 maggio 1997, n. 4231, *www.italgiure.it.*; Cass., 29 maggio 1998, n. 5310, *ivi*; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3642, *ivi*; Cass., 2 settembre 2014, n. 18541, *ivi*; Cass., 4 settembre 2015, n. 17604, *ivi*; Cass., 30 maggio 2017, n. 13619, *ivi.*

168 Cass., Sez. un., 27 luglio 2017, n. 1725, cit.

169 In quest'ultimo senso, Cass., 20 maggio 2014, n. 11035, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, secondo cui "In tema di donazione indiretta, con riguardo alla vicenda dell'edificazione, con denaro del genitore, su terreno intestato a figli (a seguito di precedente donazione indiretta), il bene donato ben può essere identificato, non nel denaro, ma nello stesso edificio realizzato – senza che a ciò sia di ostacolo l'operatività dei principi sull'acquisto per accessione – tutte le volte in cui, tenendo conto degli aspetti sostanziali della vicenda negoziale e dello scopo ultimo perseguito dal disponente, l'impiego del denaro a fini edificatori sia compreso nel programma negoziale perseguito dal genitore donante".

170 Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., pp. 245-246; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 463 ss.; Visalli, N.: *La collazione*, cit., p. 153 ss.; Carnevali, U.: *Collazione*, cit., 475; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 288; Gazzara, G.: *Collazione*, cit., p. 349, n. 124; Cicu, A.: *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, cit., p. 520. In giurisprudenza, Cass., 28 febbraio 1987, 2147, *Vita notar.*, 1987, p. 474; Cass., 11 maggio 1973, n. 1255, *Rep. Giur. It.*, 1973, "Successione", p. 116 ss.; Cass.., 7 dicembre 1962, n. 3299, *ivi*, p. 163. Tale tesi, peraltro, sembra trovare appiglio nell'art. 1923 c.c.,

L'orientamento maggioritario, tuttavia, sostiene che bisogna verificare quale sia stata la volontà del donante: se quella di attribuire il denaro o l'immobile. Ove dall'operazione negoziale si evinca, ad esempio, che il padre abbia fornito al figlio il denaro per consentirgli l'acquisto, allora in tal caso soggetto a collazione sarà la somma donata; viceversa, se l'immobile acquisito dal figlio è pagato direttamente dal genitore, allora in tal caso, oggetto dell'indiretto atto liberale sarà lo stesso bene, che di conseguenza dovrà essere all'uopo conferito[171].

In breve, dunque, una volta risolta siffatta indagine, si applicherà la relativa disciplina della collazione[172].

In tale ultimo caso, peraltro, oltre a non essere necessaria la forma scritta, è evidente il vantaggio per i coeredi in sede di conferimento: dovendosi, infatti, conferire l'immobile – o nel caso in cui si scelga l'imputazione, il suo valore al momento dell'apertura della successione – e non già il denaro, si evitano i rischi della svalutazione monetaria.

La giurisprudenza, inoltre, dimostrando, in modo del tutto condivisibile, di prediligere una valutazione del caso concreto, ha precisato che non è configurabile una donazione indiretta quando "il donante paghi soltanto una parte del prezzo del bene, giacché la corresponsione del denaro costituisce una diversa modalità per attuare l'identico risultato giuridico-economico dell'attribuzione liberale dell'immobile esclusivamente nell'ipotesi in cui ne sostenga intero costo"[173].

Deve poi ritenersi soggetta a collazione anche la cessione gratuita di quote di una cooperativa edilizia finalizzata all'assegnazione dell'alloggio in favore del cessionario, poiché integra, ad avviso della Suprema Corte, una donazione indiretta avente ad oggetto l'alloggio stesso[174].

Merita, da ultimo, un cenno l'operatività della collazione rispetto alle donazioni invalide.

Sul punto è opportuno distinguere tra donazioni nulle e annullabili: mentre le prime non potranno essere soggette a collazione, dal momento che l'atto liberale, improduttivo di effetti, non determina la fuoriuscita del bene dal patrimonio del

il quale dispone che nell'assicurazione sulla vita a favore di un terzo, oggetto della collazione sono i premi pagati e non quanto dovuto dall'assicurazione al beneficiario.

171 *Cfr.* Cass., Sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, *Foro it.*, 1993, c. 1544; si veda, inoltre, Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, *Foro it.*, 1995, c. 614; Cass., 15 novembre 1997 n. 11327, *Fam. e dir.*, 1998, p. 323. In dottrina, sul tema, *cfr.* Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2.2. Le successioni*, cit., p. 393 ss.; Busani, A.: "Donazioni indirette e comunione legale tra i coniugi", *Vita notar.*, 2001, p. 1242 ss.

172 In questo senso Cass., Sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, cit.; Cass., 4 settembre 2015, n. 17604, cit.

173 Cass., 31 gennaio 2014, n. 2149, *www.italgiure.it*.

174 Cass., 3 gennaio 2014, n. 56, *www.italgiure.it*.

de cuius donante; le seconde lo saranno, nella misura in cui non sia fatta valere l'invalidità da parte del coerede, il quale ben può prediligere come "male minore" il conferimento, in luogo dell'invalidità[175].

Con riferimento alla donazione nulla, tuttavia, la giurisprudenza ha precisato che la somma oggetto dell'atto invalido fa sorgere "un credito dal '*de cuius*' verso l'erede donatario, alla cui quota la somma stessa deve essere imputata, a norma dell'art. 724, secondo comma, cod. civ."[176].

Alla stessa condizione della donazione annullabile soggiace, poi, quella oggetto di simulazione assoluta, la quale, fintantoché non sia accertata, non provocherà la fuoriuscita del bene dall'asse ereditario.

Diverso, di contro, è per la simulazione relativa; in tal caso i coeredi non donatari hanno tutto l'interesse a far emergere che l'atto oneroso, dissimuli, in realtà, una donazione fatta al discendente, per cui, una volta accertata in giudizio la vera natura liberale del negozio, questo sarà soggetto a collazione[177].

Quanto, infine, all'interposizione di persona, occorre verificare se questa sia "fittizia" o "reale": nel primo caso vale quanto appena detto per la simulazione relativa, considerandosi vero donatario il discendente; nel secondo caso, invece, la donazione si considera "estranea al discendente e può essere assoggettata a collazione solo ove si provi che configurava una indiretta attribuzione patrimoniale a vantaggio del donante"[178].

VIII. LA DISPENSA DALLA COLLAZIONE E LA REVOCA DELLA DISPENSA

Le norme sulla collazione, come già anticipato, hanno natura dispositiva (per alcuni suppletiva)[179], quindi derogabili per volontà del testatore; ne consegue che la relativa disciplina non opera in presenza di una diversa determinazione volitiva del defunto, manifestata attraverso la relativa dispensa[180].

175 Capozzi, G.: *Successioni* e *donazioni*, cit., p. 724.

176 Cass., 30 settembre 2014, n. 20633, *Banca dati Ius Explorer*, 2018.

177 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., 196, il quale osserva, inoltre, che bisognerà in concreto verificare ed escludere che la simulazione celi in realtà l'intento di dispensare il donatario dalla collazione, poiché questa potrebbe configurare un'ipotesi di dispensa implicita. V., *infra*, § VIII.

178 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 196.

179 *Cfr.*, Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 273; Di Mauro, N.: "Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento", *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1323 ss.; Id.: *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, Bari, 2012, p. 212.

180 Visalli, N.: *La collazione*, cit., 2; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 348 ss.; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 270 s., p. 273; Casulli, V.R.: "Collazione delle donazioni", cit., p. 456; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.2. *Le successioni*, cit., p. 396 ss.; Di Mauro, N.: *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, Bari, 2012, 212. In giurisprudenza, Cass., 27 luglio 1961, n. 1845, *Giust. civ.*, 1962, I, p. 100; Cass., 6 marzo 1962, n. 452, *ibidem*, p. 855; Cass., 26 marzo 1973, n. 836, *Foro it.*, 1974, I, c. 213; Cass., 27 gennaio 1995, n. 989, cit.; Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, cit.; Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit. Si veda,

Quest'ultima, tuttavia, come espressamente previsto dall'art. 737, comma 2, c.c., produce effetto nei limiti della quota disponibile. Ciò comporta che, se il *de cuius* dispensasse *in toto*[181] il donatario, beneficiario di una donazione che supera il valore della riserva a lui spettante, costui sarebbe comunque tenuto a conferire l'eccedenza[182].

Inoltre, la dispensa dal conferimento non si estende ai miglioramenti e alle addizioni apportate ai beni dal *de cuius* con denaro proprio dopo la donazione; tali migliorie, infatti, intervenute quando il bene era già fuoriuscito dal dominio del donante, si considerano alla stregua di donazioni indirette, per le quali, quindi, occorrerà un apposito atto esentativo[183].

L'effetto della dispensa è quindi "il non-costituirsi degli effetti sanciti dall'art. 737 c.c. relativamente ad un atto di liberalità, purché di valore compreso nel limite della quota disponibile"[184].

In altre parole, dunque, come si è detto in giurisprudenza, "la successione si svolge, e la determinazione delle quote di eredità si attua, come se la donazione non fosse mai stata fatta ed il bene, che ne fu l'oggetto, non fosse uscito da patrimonio del *de cuius* a titolo liberale"[185].

Siamo pertanto in presenza di una disposizione volta a vantaggio del donatario, il quale, in virtù della dispensa, verrà esonerato dall'obbligo del conferimento o dall'imputazione del valore del bene ricevuto, con conseguente rafforzamento dell'atto liberale disposto a favore di costui[186].

altresì, Siclari, R.: *Il fenomeno collatizio tra legge e volontà. A proposito della collazione c.d. volontaria*, Torino, 2005, p. 97 ss., secondo il quale la facoltà di dispensa non implica in sé il potere di modulare il rapporto che nascerebbe dal suo mancato esercizio a piacimento, non potendosi escludere che il Legislatore abbia inteso rimettere al disponente l'alternativa di una scelta secca tra l'operare della collazione legale ed il suo non operare, per cui sarebbe ivi previsto un potere eccezionale di stretta interpretazione, insuscettibile di legittimare una diversa conformazione dell'assetto normativo.

181 Sull'ammissibilità della dispensa parziale v., *infra*, nel testo.

182 La Battaglia, L.: "La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale", cit., p. 28.

183 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 299-300.

184 Deplano, S.: "La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia del disponente", *Dir. succ. fam.*, cit., p. 405. Si vedano, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 162 ss.; Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 222 ss.; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 613; Di Mauro, N.: *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, cit., p. 213.

185 Cass., 12 marzo 1966, n. 711, *Foro it.*, 1967, I, c. 125.

186 *Cfr.* Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit.; Cass., 18 ottobre 1956, n. 3724, *Giust. civ.*, 1957, I, p. 910; Cass., 12 marzo 1966, n. 711, cit.

Quanto alla natura giuridica, la dispensa, come efficacemente detto, si atteggia alla stregua di una "liberalità supplementare rafforzativa di quella principale"[187] e gode, pur se collegata alla donazione, di un'autonomia sua propria.

Da ciò discende che essa può essere contenuta sia nella stessa donazione, sia in un successivo testamento. Soluzione questa sulla quale non si dubita, nonostante, nell'attuale art. 737 c.c., il Legislatore "per semplificare la dizione"[188], abbia omesso il distinguo, proprio del codice albertino, tra donante e testatore, limitandosi a menzionare genericamente il "defunto"[189].

È bene precisare, tuttavia, che parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza non convengono circa la natura autonoma della dispensa, ma ne sostengono l'accessorietà rispetto all'atto di donazione, sul presupposto che il donante, allorché preveda la dispensa, voglia in realtà realizzare un'unica operazione liberale caratterizzata dalla peculiarità dell'esonero dall'obbligo di collazione[190].

La dispensa, in altri termini, verrebbe a configurarsi alla stregua di un *modus* o di una condizione risolutiva[191].

Ciononostante, l'opinione dottrinale prevalente, facendo leva, da un lato, sul fatto che essa può essere ospitata anche in un testamento e non soltanto quindi nell'atto liberale, dall'altro, e in particolare, sulla sua precipua funzione *mortis causa*, considera l'istituto in parola come un negozio autonomo[192].

Dall'adesione all'una o all'altra impostazione, dipendono i connotati operativi dell'istituto: l'accessorietà, ad esempio, quando la dispensa è contenuta nella donazione (o in un atto successivo diverso dal testamento), ne determina

187 Cass., 27 gennaio 1985, n. 989, cit., qualifica la dispensa alla stregua di una liberalità ulteriore rispetto a quella principale; nello stesso senso Forchielli, P.: *La collazione*, cit., p. 503. *Contra* invece Mignoli, A.: "Se la dispensa dalla collazione debba essere espressa", *Riv. trim. dir. e proc. civ*, 1949, p. 83, rileva che la dispensa da collazione non darebbe luogo né ad un impoverimento del donante né ad un arricchimento del donatario sì che in tale istituto difetterebbe la natura liberale.

188 L'espressione è di Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 729.

189 Vale, insomma, quanto già detto circa l'estensione della disciplina in commento anche alla successione necessaria, v., *supra*, § VI.

190 Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 764; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 423. In giurisprudenza, v. Cass., 27 luglio 1961, n. 1845, cit.

191 Di Mauro, N.: "Autonomia privata e collazione", *Riv. Notar.*, 1, 2013, p. 15 ss.

192 Si vedano, Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 222; Bonilini, G.: "La revocabilità della dispensa della collazione", *Studium Iuris*, 2005, p. 444; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., pp. 516, 519; Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., 709; Gazzara, G.: *Collazione*, cit., p. 338. In giurisprudenza, Cass., 29 ottobre 2015, n. 22097, *Banca dati Ius Explorer*, 2018, ove si legge che "la dispensa del donatario dall'imputare la donazione alla propria quota di legittima costituisce un negozio autonomo rispetto alla donazione medesima, sicché essa può essere effettuata anche nel successivo testamento del donante".

l'irrevocabilità senza il consenso del donatario; per contro, l'autonomia – unitamente all'unilateralità – comporta in ogni momento la libera revocabilità[193].

Anche il carattere unilaterale, invero, è stato oggetto di disputa tra gli interpreti: se non v'è dubbio, come detto, che l'atto *de quo* possa essere contenuto nella donazione o nel testamento, discussa è l'ammissibilità di una dispensa successiva alla donazione e contenuta in un atto *inter vivos*.

Quanti concludono in senso affermativo, rilevano che essa, essendo all'evidenza destinata a regolare la successione del disponente, si configura pur sempre come un negozio giuridico *mortis causa* a struttura necessariamente unilaterale, giacché la conformazione quale negozio bilaterale comporterebbe certamente la violazione dell'art. 458 c.c. integrando un patto successorio istitutivo[194].

La dispensa, pertanto, in questa prospettiva, costituisce l'unico esempio offerto dal nostro ordinamento – accanto alla dispensa dall'imputazione *ex se* – di negozio *mortis causa* a struttura *inter vivos*[195].

Detta impostazione, che predilige la volontà del *de cuius*[196] e si manifesta, pertanto, in perfetta consonanza con i principi apicali dell'ordinamento, trova conferma nel dato letterale: posto che la norma non attribuisce nessuna rilevanza al consenso del donatario ("salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati") è evidente che il negozio – peraltro in assoluta coerenza con il fatto che la morte

193 In realtà, anche tra questi ultimi autori c'è divergenza sulla libera revocabilità della dispensa. Taluni, infatti, suggeriscono di distinguere: sarebbe sempre revocabile se contenuta in un testamento o in altro atto unilaterale de donante, mentre, se contenuta nel contratto di donazione, occorrerebbe il consenso (*rectius*: mutuo consenso) del donatario, così, Andrini, M.C.: *La collazione*, cit., p. 140, il quale rileva che "se è vero che la dispensa da collazione è un atto di liberalità e come tale di natura revocabile, è però anche certo che ove sia contenuto in un contratto di donazione esso è parte di detto contratto […]. La revoca della clausola non può perciò avvenire che per mutuo consenso del donante o del donatario ovvero secondo i principi generali che consentono la revoca delle donazioni e quindi a causa di ingratitudine o di sopravvivenza di figli, su domanda rivolta all'autorità giudiziaria". V., nello stesso senso, Carnevali, U.: *Collazione*, cit., 472.

194 Così, Gazzara, G.: *Collazione*, cit., p. 338; cfr., anche, Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Padova 1982, p. 703; Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, cit., p. 273; Visalli, N.: *La collazione*, cit., p. 114; Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 709. In giurisprudenza, Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit. e Cass., 7 maggio 1984, n. 2752, *Giust. civ. Mass*., 1984, p. 914, la quale, di contro, ha ritenuto la dispensa alla stregua di una clausola contrattuale, dunque, ineliminabile *ex post* dai contraenti e irrinunciabile unilateralmente anche dallo stesso donatario; ciò, tuttavia, secondo la Corte, non urta contro il divieto di patti successori, trattandosi di mera modalità dell'attribuzione destinata ad avere efficacia (in funzione del rafforzamento di questa) dopo la morte del donante, e non di atti con cui costui dispone da vivo della propria successione. In senso conforme, Cass., 24 novembre 2003, n. 14590, *www.italgiure.it.*

195 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 730; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 167; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 504; Di Mauro, N.: *Autonomia privata e collazione*, cit., p. 15 ss.

196 Evidente è, in tal caso, che il rispetto della volontà del defunto va necessariamente letto alla luce delle caratteristiche proprie del sistema successorio che costituiscono un limite al suo operare. Di conseguenza, non può trovare spazio, come pure affermato, una valutazione caso per caso, tesa ad indagare se la volontà del *de cuius* fosse quella di porre in essere una dispensa irrevocabile o meno, da momento che non compete a quest'ultimo, ma alla legge, attribuire il carattere di irrevocabilità ad un disposizione *mortis causa.*

costituisce la sua *causa* – non può che essere a struttura unilaterale[197] e sempre revocabile dal dispensante, fin all'ultimo istante della sua vita, anche quando sia ospitato nel contratto di donazione[198].

Le considerazioni svolte inducono, inoltre, a ritenere ammissibile una dispensa parziale[199], tesa a limitare l'ambito oggettivo della sua operatività solamente ad una parte della donazione effettuata, con la conseguenza che il donatario sarà tenuto a conferire (nel caso di immobile non divisibile, ad imputare il valore) solo quanto non espressamente dispensato.

Dall'accessorietà o dall'autonomia dell'atto in analisi, dipende, ulteriormente, la forma che la dispensa può rivestire.

Nulla quaestio, in realtà, per entrambe le teorie, se la dispensa è contenuta nel testamento, giacché è evidente che essa seguirà i medesimi requisiti formali del predetto atto.

Negli altri casi, quanti caldeggiano la natura accessoria della dispensa, rispetto alla donazione (dalla quale, lo si ricorda, essa non si distinguerebbe) sono costretti a richiederne la forma solenne[200].

In adesione alla concezione autonomistica, per contro, conviene ritenere che la dispensa non debba soggiacere a particolari forme, non soltanto per il ricorso al discusso principio di libertà delle forme[201], quanto per l'acclarata funzione *mortis causa*[202], dalla quale digrada la libertà per il *de cuius* di rimuovere il proprio atto, in qualunque momento e senza le formalità proprie dell'atto donativo.

Se quanto detto si ritenesse condivisibile, non sussisteranno dubbi anche sull'ammissibilità di una dispensa tacita o implicita[203].

Con ciò non vuol dirsi, si badi, che dal compimento di taluni atti, dovrà inferirsi in modo automatico[204], l'intento del *de cuius* di dispensare il donatario (così si è

197 Mengoni, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 268; Bonilini, G.: "La revocabilità della dispensa della collazione", cit., p. 443; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 730.

198 Si veda a tal proposito, Barba, V.: "La dispensa da collazione", *Dir. succ. fam.*, 2016; Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 168; Bonilini, G.: *La revocabilità della dispensa della collazione*, cit., p. 446. Cfr., anche, Trib. Vicenza, 30 giugno 1959, *Foro it.*, 1960, I, c. 2055.

199 Palazzo, A.: *Le successioni*, cit., p. 1001.

200 Azzariti, G.: *La divisione*, cit., p. 764.

201 Si vedano, in argomento, le puntuali riflessioni di Perlingieri, P.–Favale, R.: in Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 505-506.

202 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., pp. 729-730.

203 Cfr. sul punto, Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 730, il quale enfatizza il ricorso al "principio" di libertà delle forme.

204 Dello stesso avviso, Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 223.

sostenuto, ad esempio, per la donazione dissimulata mediante negozio oneroso, per la donazione con clausola di reversibilità, per la divisione fatta dal testatore), quanto piuttosto, che occorrerà un'interpretazione adeguatrice[205], con riferimento agli artt. 3, 41, 42, 47 Cost., dell'art. 737 c.c., sì da escluderne l'operatività, tutte le volte in cui "l'operare della disposizione codicistica contrasti con la volontà divisoria *mortis causa* espressa (eventualmente anche in modo implicito) da parte del *de cuius*"[206].

Quanto detto a proposito della dispensa vale indubbiamente anche per la sua revoca.

È evidente che se si riterrà di attribuire alla predetta clausola carattere autonomo e non strumentale rispetto all'atto cui pure essa accede (essendo, come detto, ad esso collegato), non occorrerà per la sua validità alcun requisito formale o solenne, ma sarà necessario, ed anche sufficiente, accertare in modo inequivoco l'intento revocatorio del donante[207].

È bene, tuttavia, precisare che la disciplina della collazione – ivi compresa la sua dispensa – pur assolvendo una funzione *mortis causa*, vocata a disciplinare la futura successione nel precipuo interesse dei coeredi – come indirettamente si evince dalla espressa previsione della facoltà di dispensa dalla collazione *ex* art. 737, comma 2, c.c. – non può essere considerata espressione del principio di ordine pubblico[208].

Ne consegue, come di recente sottolineato dalla Suprema Corte, che i coeredi, atteso il carattere dispositivo della normativa *de qua*, unitamente alla "correlativa

205 Sulla tecnica dell'interpretazione adeguatrice si rinvia ai contributi raccolti in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, e, in particolare, a Perlingieri, P.: *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, *ivi*, p. 3 ss.

206 Deplano, S.: "La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia del disponente", cit., p. 429. In questo senso, Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 223; cfr., anche, Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 71; In giurisprudenza, in riferimento alla *divisio inter liberos*, v. Cass., 23 maggio 2013, n. 12830, cit., Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit.; Cass., 18 marzo 2000, n. 3235, *Riv. notar.*, 2001, 163; Cass., 27 gennaio 1995, n. 989, cit.; Cass., 13 gennaio 1984, n. 278, *Rep. Giur. it.*, 1984, *Divisione* n. 12; Cass., 13 settembre 1975, n. 3045, *ivi*; Cass., 10 maggio 1967, n. 942, *ivi*, 1967, *Divisione* n. 19, ove si è precisato che non è sufficiente accertare l'esistenza della simulazione, ma occorre anche (cosa non semplice, come ricorda, Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 731) verificare in concreto che lo scopo della simulazione fu quello di porre la liberalità al riparo dalla collazione; in senso contrario, App. Catanzaro, 19 gennaio 1934, *Foro it.*, 1934, I, c. 648; Trib. Roma, 19 maggio 2003, *Giur. merito*, 2003, p. 2175.

207 Ciatti, A.: *Della collazione*, cit., p. 224. Per la giurisprudenza, unitamente a quella citata nella nota che precede, si veda Cass., 1977, n. 1100, *Mass.*, 1977, p. 260, secondo cui "per accertare se in un atto di donazione ricorra la volontà tacita di dispensare dalla collazione si può tener conto, ai sensi dell'art. 1362 c.c., del comportamento complessivo del donante, eventualmente desumibile anche da elementi estrinseci a tale atto".

208 Cass., 29 settembre 2017, n. 22911, *www.italgiure.it.* Sul concetto di ordine pubblico, diffusamente, Virgadamo, P., "Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 353.

mancanza di un divieto giuridico" ben possono procedere alla divisione tra loro dell'asse ereditario "senza applicare le disposizioni che regolano l'istituto"[209].

Vale da ultimo soffermarsi sull'affinità che sovente lega la dispensa dalla collazione alla imputazione *ex se*, le quali nella prassi, tendono con frequenza ad essere sovrapposte.

Anche la dispensa da imputazione *ex se*, alla stregua di quella prevista dal secondo comma dell'art. 737 c.c., ha spinto gli interpreti ad interrogarsi circa la sua natura di clausola accessoria o autonoma rispetto all'atto liberale[210].

Ripercorrendo quanto fin qui detto in merito alla dispensa da collazione, appare preferibile attribuire alla dispensa dall'imputazione carattere autonomo, pur se collegato all'atto di donazione, atteso che, essendo anch'essa diretta a spiegare i suoi effetti alla morte del donante, costituisce (unitamente alla dispensa da collazione) un atto *mortis causa* con struttura – eccezionalmente – *inter vivos*.

Quanto all'operatività delle due clausole, mentre "la dispensa dalla collazione agisce nei rapporti tra coeredi, con lo scopo di esonerare il donatario dal conferimento del *donatum*, cosa del tutto diversa è la dispensa dall'imputazione, la quale è destinata ad operare nei confronti di altri legittimari e serve a spostare il limite che la legittima rappresenta per i poteri di disposizione del *de cuius*"[211].

Pertanto, stante la divergenza funzionale, la giurisprudenza ritiene che l'imputazione *ex se* esiga, "un'apposita manifestazione di volontà, distinta dalla dispensa dalla collazione (presumendosi, altrimenti, in difetto di indicazioni, che la donazione sia fatta in conto di legittima e solo per l'eccedenza, a valere sulla disponibile)"[212].

IX. LA COLLAZIONE VOLONTARIA NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

La derogabilità della disciplina della quale si è tentato, nei paragrafi che precedono, di tracciare la fisionomia, unitamente all'esclusione che essa abbia carattere servente rispetto al principio di ordine pubblico, ha costituito il grimaldello che ha permesso agli interpreti di teorizzare, a fianco della collazione c.d. legale, l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una "collazione volontaria" o come pure è stata definita "impropria", "anomala", o "atipica".

209 Cass., 29 settembre 2017, n. 22911, cit.

210 Di Mauro, N.: Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento, cit., p. 243.

211 Cass., 30 maggio 2017, n. 13660, *Banca dati Ius Explorer*, 2018.

212 Cass., 29 settembre 2017, n. 22911, cit.

In virtù di tale figura giuridica di origine prettamente dogmatica sarebbe consentito al donante: a) di ampliare il novero soggettivo della collazione, obbligando al conferimento o all'imputazione soggetti diversi da quelli menzionati dall'art. 737 c.c. (finanche estranei al nucleo familiare); b) di estendere l'ambito oggettivo, imponendo il conferimento di legati o di liberalità per le quali la legge non prevede, o espressamente esclude, la collazione; c) di individuare le concrete modalità operative, limitando la facoltà di scelta del donatario – nel caso di bene immobile non gravato da garanzie reali – tra il conferimento in natura e l'imputazione del valore[213].

Discussa è la natura giuridica della collazione volontaria: se da un lato si è sostenuto essa configuri un onere quando apposta alla donazione, il che spiegherebbe il suo carattere vincolante[214], dall'altro, si è anche ipotizzato che l'obbligo collatizio, imposto contestualmente all'atto liberale, funga invece da condizione risolutiva[215].

Opinioni divergenti si registrano anche riguardo l'ammissibilità della collazione volontaria per testamento.

Secondo un primo orientamento, essendo, di fatto, la collazione in discorso assimilabile alla revocazione delle donazioni, la sua configurabilità contrasterebbe con il principio di tassatività delle cause di revocazione di cui all'art. 800 c.c., per cui andrebbe esclusa la sua liceità[216].

Di contro, chi attribuisce alla collazione *de qua* la natura di legato volontario, osserva che il donatario ha sempre la facoltà di far salva la donazione optando per la rinuncia all'eredità, onde nulla osta alla sua apposizione all'interno del testamento[217].

Sulla scia di tale impostazione parte della dottrina ha inoltre teorizzato l'estensibilità della collazione anche a tutti gli altri legati. Come osservato, però, questa ricostruzione sarebbe del tutto inutile dal momento che l'effetto della collazione si risolverebbe nella riconduzione del bene donato alla massa con conseguente confusione del legato con gli altri beni dell'asse.

213 Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, cit., che espressamente ammette la derogabilità, sotto il profilo oggettivo, delle norme in tema di collazione; Cass., 10 febbraio 2006, n. 3013, cit., che ammette la derogabilità delle norme in tema di collazione anche riguardo al profilo soggettivo.

214 Albanese, A.:, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., p. 187.

215 Ciatti, A.: *Della collazione*, 215; Azzariti, G.: *La divisione*, cit., p. 400.

216 Siclari, R.: "La collazione", cit., p. 248.

217 Albanese, A.: *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, cit., pp.187-188; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 727; Forchielli, P.-Angeloni, F.: *Della divisione*, cit., p. 445; Forchielli, P.: *La collazione*, cit., p. 237; Id.: *Collazione*, cit., p. 3.

Per evitare tale inconveniente si è allora avanzata l'ipotesi che il legato non rientri nella comunione ereditaria, ma, al contrario, per effetto della volontà del disponente, il suo valore vada imputato alla quota del donatario al momento della divisione[218].

Ciò premesso, a ben vedere, può osservarsi che sul piano effettuale anche la fattispecie in esame, alla stregua della dispensa, è indubbiamente finalizzata alla regolamentazione della futura successione, tant'è che solamente alla morte del donante (che ne costituisce la causa) tali disposizioni diventano efficaci.

È possibile allora ritenere che anche la collazione volontaria sia funzionalmente un atto *mortis causa*, che può eccezionalmente assumere anche la struttura di un negozio *inter vivos*, revocabile dal donante, analogamente a quanto detto per la dispensa, fino all'ultimo istante della sua vita.

Chiarita, dunque, la natura giuridica della collazione in esame, meritano una più scrupolosa attenzione i confini entro i quali deve mantenersi la libertà del donante.

L'istituto esaminato, infatti – il quale, come si è inteso, a differenza della dispensa, sovente impone anziché escludere l'operare della collazione – non ha trovato sempre concordi dottrina e giurisprudenza specie nelle ipotesi in cui a venire in rilievo è stato il carattere derogabile di norme poste a presidio di interessi superiori.

Laddove, esemplificando, v'è chi ritiene ammissibile la collazione per volontà del donante finanche dei beni indicati all'art. 742 c.c.[219], allo stesso tempo v'è chi nega l'assoggettabilità di tali elargizioni alla relativa disciplina, evidenziando la carenza in quest'ultime del carattere liberale[220].

Ciò che è certo, tuttavia, è che non può trarsi dal carattere dispositivo della disciplina in discorso la libertà di ampliare in modo eccessivo il novero delle prestazioni astrattamente deducibili ad oggetto dell'obbligazione.

La derogabilità di una norma, infatti, come puntualmente osservato "è il risultato non di una mera interpretazione grammaticale e letterale della singola norma, ma di una complessa interpretazione, la quale tiene conto dell'interesse e del valore tutelati dalla disposizione, della intensità della sua rilevanza e delle

218 Cicu, A.: La divisione ereditaria, cit., p.169.

219 *Ibidem*.

220 Trib. Pescara, 18 febbraio 1960, *Foro it*., 1962, I, c. 169; Trib. Palermo, 8 agosto 1958, *Foro sic*., 1951, p. 56 ss.; in dottrina, v. Siclari, R.: *La collazione*, cit., p. 130 ss.

garanzie richieste affinché sia concesso ai soggetti il potere di stabilire da sé le regole applicabili alle proprie vicende"[221].

È la prospettiva assiologica, dunque, a venire in rilievo.

Ed allora, pur potendosi senz'altro convenire con l'impostazione che trae la legittimazione della collazione volontaria dalla dispositività della disciplina codicistica, in uno con la necessaria preminenza della volontà testamentaria, è tuttavia opportuno circoscrivere, mediante una lettura adeguatrice, l'operatività del predetto istituto, sì da scongiurare un'interpretazione che si ponga in contrasto con principi superiori dell'ordinamento[222].

È nella Costituzione e nel diritto dell'Unione Europea, infatti, che vanno ravvisati i valori, cui l'interprete deve fare riferimento per tentare di ricondurre nell'alveo della ragionevolezza le norme che *prima facie* si pongono in contrasto con l'assiologia ordinamentale[223].

Così ragionando, pertanto, proponendo in questa sede un'esemplificazione, se appare irragionevole, nella generalità dei casi, l'imposizione della collazione per le erogazioni (corredo nuziale, quanto pagato per l'istruzione artistica e professionale dell'erede) e le spese (di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per la malattia) di cui all'art. 742 c.c., poiché si porrebbe in tensione con il principio di solidarietà costituzionale (art. 3 Cost.), da un lato, e con il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30 Cost.)[224], dall'altro, del tutto ragionevole invece sarebbe l'estensione della collazione al figlio mai riconosciuto, la cui posizione patrimoniale rispetto agli altri figli sia stata *in toto* uniformata dal *de cuius* mediante donazioni.

Allo stesso modo, conforme a ragionevolezza, giacché in piena concordanza con il dettato costituzionale, è il pensiero di quella giurisprudenza che tende ad escludere la possibilità che il *de cuius* imponga al beneficiario della liberalità le modalità di attuazione della collazione; a tal riguardo, infatti la Corte di legittimità, in continuità con la giurisprudenza più risalente, ha ribadito che "il donante ha solo il potere di dispensare il donatario dalla collazione, ma non può in alcun modo

221 Così, lucidamente, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 248.

222 Perlingieri, P.: *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, cit., p. 1 ss., ora in Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 374 ss.; sull'interpretazione adeguatrice v. anche, Id.: *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, pp. 198, 305, nota 992.

223 Sul principio di ragionevolezza, v. Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit.; v. anche, Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* cit.; con riferimento più specifico alla tutela risarcitoria, Id.: "L'art. 2059 uno e bino", cit., p. 775 ss., nonché, in termini generali, Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*.

224 Deplano, S.: "La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia del disponente", cit., p. 429.

vincolare il donatario stesso, che sia tenuto alla collazione a conferire l'immobile in natura o attuare la collazione per imputazione"[225].

Peraltro, potrebbe adombrarsi il sospetto che l'imposizione del conferimento in natura di un bene immobile rischi di entrare in conflitto, oltre che con il principio di eguaglianza e con lo statuto della proprietà, così come risultante dall'art. 42 Cost., nonché dalle norme sovranazionali (art. 1, protocollo addizionale, C.e.d.u. e art. 17 della Carta Nizza), anche, e soprattutto, con interessi di rango primario quale, ad esempio, l'interesse della prole, quando il bene oggetto della liberalità sia stato adibito a casa coniugale[226].

Da una sintesi delle suddette considerazioni, quindi, se si converrà con quanto sopra detto, senz'altro legittimo si riterrà il superamento, per volontà del donatario, dei limiti imposti dalla legge, purché non si consenta all'autonomia privata di oltrepassare i "controlimiti" costituzionali e convenzionali.

225 Cass., 20 marzo 2015, n. 5659, *Banca dati Ius Explorer*, 2018; vedi, anche, App. Roma, 22 maggio 2012, *Notariato*, 2012, p. 658; Cass., 4 agosto 1982, n. 4381, cit.; Cass., 1980, n. 1521, *www.italgiure.it*; Cass., 9 marzo 1979, n. 1481, *ivi*; dottrina v. Carnevali, U.: *Collazione*, cit., p. 477. Per l'ammissibilità dell'imposizione della collazione in natura, v. Cass., 26 marzo 1973, n. 836, cit.

226 Frezza, G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, *passim*; Id.: *Casa familiare*, in Ferrando, G.-Fortino, M.-Ruscello, F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, 2, *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2002; Carapezza Figlia, G.-De Verda Y Beamonte, J.R.: "Interesse rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana", *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267. Per alcune considerazioni sulla tutela del diritto abitativo del minore, cfr. Petta, C.: "La tutela del diritto abitativo del minore in mancanza del provvedimento provvisorio di assegnazione della casa familiare", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 145 ss.; in tema di opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare, v. Virgadamo, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", *ivi*, 2008, p. 1598.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO, L.: "Contributo alla teoria della collazione, (La presunzione della volontà del defunto nelle successioni testamentarie in ordine alla collazione)", *Giur. it.*, 1896, IV, p. 388.

ALBANESE, A.: *Della collazione. Del pagamento dei debiti (artt. 737-756)*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, p. 6.

ALBANESE, A.:, *La collazione*, *Tratt. Bonilini*, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, 2009, p. 420 ss.

ALLARA, M.: *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957.

AMADIO, G.: "Comunione e coeredità (Sul presupposto della collazione)", *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari*, 2000, p. 72.

AMADIO, G.: *La collazione delle liberalità*, *Tratt. Lipari-Rescigno*, coordinato da ZOPPINI, II, 1, Milano, 2009, p. 309.

ANDREOLI, G.: *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942.

ANDRINI, M.C.: "La collazione", RESCIGNO, P. (a cura di): *Successioni e donazioni*, II, Padova, 1994.

ARANGIO RUIZ, V.: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978.

AULETTA, T.: "La filiazione derivante da incesto", BIANCA, C.M. (a cura di): *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

AULETTA, T.: *Artt. 167-171, Il fondo patrimoniale*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2001.

AZZARITI, G: "Dei prelevamenti di cui all'art. 725 c.c.", *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 648.

AZZARITI, G.: "Diseredazione ed esclusione di eredi", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 1200.

AZZARITI, G.: "La imputazione quale modo di esecuzione della collazione", *Giust. civ.*, 1973, IV, p. 68.

AZZARITI, G.: "Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione"; *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 613.

AZZARITI, G.: *La divisione*, in *Tratt. Rescigno*, VI, 2, Torino, 1997, p. 431.

Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990.

Azzariti, G.: *Successione dei legittimari e dei legittimi*, Torino, 1975.

Balbi, G.: "Liberalità e donazione", in *Riv. dir. comm.*, 1948.

Bandiera, F.M.: "Sulla validità della 'Diseredazione'", *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 402.

Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947.

Barba, V.: "La dispensa da collazione", *Dir. succ. fam.*, 2016.

Barbaro, S.T.: *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017.

Barbero, D.: *"Natura giuridica dell'indegnità a succedere"*, *Foro pad.*, 1950, p. 843.

Barbero, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 975.

Barillaro, D.: *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 376.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa della scuola si specializzazione in diritto civile dell'università di Camerino, Napoli 2002.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2014.

Bianca, C.M.: *Diritto Civile. 2.2. Le successioni*, Milano, 2015.

Bilò, G.: "Della collazione", *Codice delle successioni e donazioni*, in Sesta, M. (a cura di): Milano, 2011, p. 1736;

Bin, M.: *La diseredazione – Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966.

Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 198.

Bonilini, G.: *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995.

Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 1966.

Bonilini, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2003.

Burdese, A.: *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 5, 1980, p. 273.

Busani, A.: "Donazioni indirette e comunione legale tra i coniugi", *Vita notar.*, 2001, p. 1242 ss.

Capozzi, G.-Auciello, A.: *Successioni e donazioni. Casistica*, Milano, 2004.

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2002.

Carapezza Figlia, G.-De Verda Y Beamonte, J.R.: "Interesse rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana", *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267.

Carapezza Figlia, G.-Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", Perlingieri, G.-Fachechi, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, *Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche "*Jean Monnet*" dell'Università degli Studi della Campania* Luigi Vanvitelli*,* Napoli, 2017.

Carbone, C.: "Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima", in *Dig.*, XVII, Torino, 1998, p. 623.

Caredda, V.: "Collazione volontaria: ammissibilità e limiti", *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 608 ss.

Cariota Ferrara, L.: "In tema di collazione", *Dir. giur.*, 1977, p. 482 ss.

Cariota Ferrara, L.: *Le successioni per causa di morte. Parte Generale*, Napoli, 1977.

Carnevali, U.: "Collazione", in *Dig.*, II, Torino, 1988, p. 472.

Carresi, F.: *Commento agli artt. 167-176 c.c.*, Cian, G.-Oppo, G,-Trabucchi, A. (a cura di): *Comm. dir. Ital. Fam.*, III, Padova, 1992, p. 43 ss.

Carusi, P.: *Le divisioni*, Torino, 1978.

Casulli, V.R.: "Fondamento, funzione e struttura della collazione: l'avocazione allo stato dei beni donati", in *Foro it.*, I, 1971, c. 2354.

Casulli, V.R.: "Collazione delle donazioni", *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, vol. III, p. 453 ss.

Cataudella, A.: "Donazione e liberalità", in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998.

Cattaneo, G.: *La vocazione necessaria e la vocazione legittima,* Successioni, *Tratt. Rescigno*, 5, I, Torino, 1982.

Cautadella, A.: *Successioni e donazioni. La donazione*, *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2007.

Checchini, A.: "Liberalità", in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 5.

Chironi, G.P.: *Della collazione secondo la legge romana* ed *il Codice Civile*, Cagliari, 1881.

Cian, G.-Casarotto, G.: "Fondo patrimoniale della famiglia", *Noviss. dig. it.*, *Appendice*, III, Torino, 1982, p. 825.

Ciatti, A.: *Della collazione*, in *Comm. Gabrielli*, 3, Torino, 2010, p. 209.

Ciatti, A.: "Il fondo patrimoniale", in Calvo R.-Ciatti, A. (a cura di): *I contratti di destinazione* patrimoniale, Aa.Vv., *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, P. ed E. Gabrielli, XIX, Torino, 2014, p. 84 ss.

Ciatti, A.: *La collazione*, in Calvo-Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, II, 2013, p. 1381 ss.

Ciatti, A.: *Lo* status familiae, in *Famiglia e minori*, Torino, 2010, p. 1 ss.

Cicu, A. *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1961.

Cicu, A.: *Il concetto di* "status", Aa. Vv., *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simonelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917.

Cicu, A.: *La divisione ereditaria*, Milano, 1946.

Cicu, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943.

Cipriani, N.: "Collazione del denaro e illegittimità dell'art. 751 c.c.", in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 3.

Corona, M.: "La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione", *Riv. Notar.*, 1992, p. 505.

Corsi, F.: *"Il regime patrimoniale della famiglia. Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa"*, *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, II, 2, Milano 1984.

Coviello, N.: "De' giudicati di stato", *Arch. giur.*, 1891, p. 188.

Coviello, N.: *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935.

Criscuoli, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.

Cuffaro, V.: *Successioni per causa di morte: Esperienze e argomenti*, Torino, 2015.

D'onofrio, P.: *Della divisione*, *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1941.

De Ruggero, R.-Maroi, F.: *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina, 1950.

Degni, F.: *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte*, III, Padova, 1937.

Degni, G.: "Imputazione e collazione", *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1899.

Deplano, S.: "La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia del disponente", *Dir. succ. fam.*, Napoli, 2016, p. 405.

Di Mauro, N.-Volpe, F.: "Formazione delle quote e collazione", Iaccarino, G. (a cura di): *Successioni e donazioni*, Torino, 2017, p. 1727.

Di Mauro, N.: "Autonomia privata e collazione", *Riv. Notar.*, 1, 2013, p. 15 ss.

Di Mauro, N.: "Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento", *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1323 ss.

Di Mauro, N.: *Profili della collazione delle liberalità e dell'imputazione dei debiti*, Bari, 2012.

Emiliozzi, E.A.: "Relazione coniugale putativa e successione familiare", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 161.

Ferri, L.: "Degli atti dello stato civile", *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973.

Ferri, L.: "Dei legittimari (artt. 536-564)", *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 13.

Forchielli, P.-Angeloni, F.: "Della divisione, (artt. 713-768)", *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000.

Forchielli, P.: *La collazione*, Padova, 1960.

Forchielli, P.: "Collazione", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 58.

Frezza, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 966.

Frezza, G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004.

Frezza, G.: "Casa familiare", Ferrando, G.-Fortino, M.-Ruscello, F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, 2, *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2002.

Fusaro, A.: "Costituzione del fondo patrimoniale", *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010.

Fusaro, A.: "Il regime patrimoniale della famiglia", *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1990, p. 118 ss.

Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Riv. dir. civ.*, 2007, III, p. 328.

Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", *Enc. dir.*, XXXIII, 1982, Milano, p. 293 ss.

Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale, IV, La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, Padova, 1933.

Gatt, L.: "La liberalità", *Studi di diritto privato*, diretto da Busnelli-Patti-Scalisi-Zatti, XIII, Torino, I, 2002.

Gatt, L.: "Onerosità, gratuità, liberalità", in Ficari, V.-Mastroiacovo, V. (a cura di): *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014.

Gazzara, G.: "Collazione", in *Enc. dir.*, 1960, VII, p. 331.

Gazzoni, F.: "Babbo natale e l'obbligo di dare", *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017.

Gialanella, V.: "Della collazione", *Art. 737*, Perlingieri, G.-Carapezza Figlia, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Aggiornamento, Napoli, 2016.

Gianola, A.: *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002.

Giorgianni, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943.

GRASSETTI, L.C.: "Delle successioni legittime", *Comm. D'Amelio-Finzi*, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, 1941.

GROSSO, G.-BURDESE, A.: *Le successioni. Parte generale*, *Tratt. Vassalli*, XII, Torino, 1977.

GUARINO, A.: Collatio Bonorum, Roma, 1937.

JANNUZZI, A.: *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano 1990.

JEMOLO, A.C.: "Lo "spirito di liberalità" (riflessioni su una nozione istituzionale)", *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, II, p. 977 ss.

LA BATTAGLIA, L.: "La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale", *www.notaiforlìrimini.com*.

LIPARI, N.: *Spirito di liberalità e spirito di solidarietà*, Milano, 1998.

LONGO, G.E.: "Collazione" (dir. rom.), *Enc. dir.*, VII, 1960.

LUSIGNOLI, A.: "*Sul fondamento della collazione*", *Arch. giur.*, 1893, p. 129.

MANZINI, C.: "Il contratto gratuito atipico", *Contr. e Impr.*, 1986, p. 909 ss.

MELLUCCI, P.: *Trattato teorico pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, Torino, 1880, p. 43.

MENGONI, L.: *Delle successioni legittime*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985.

MENGONI, L.: *La divisione testamentaria*, Milano, 1950.

MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da MENGONI, L.: Milano, 1999

MESSINEO, F.: "Gli errori di una critica", *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 454.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962.

MIGLIACCIO, E.: "Collazione, imputazione e preterizione divisoria", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 86 ss.

MORELLI, M.R.: *La comunione e la divisione ereditaria*, *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1998, II, p. 376.

Morozzo Della Rocca, P.: "Il contratto gratuito a scopo di beneficenza", *Giust. civ.*, 2000, II, p. 190.

Morozzo Della Rocca, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998.

Moscati, E.: *La capacità a succedere – L'indegnità*, in *Tratt. Rescigno*, 1997.

Navarretta, E.: *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934.

Pacifici Mazzoni, E.: *Delle successioni. Istituzioni di diritto civile italiano*, VI, 2, Torino, 1827.

Palazzo, A.: "Gratuità e attuazione degli interessi", Id. e Mazzarese, S. (a cura di): *I contratti gratuiti*, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, P. ed Gabrielli, E., X, Torino, 2008.

Palazzo, A.: *Atti gratuiti e donazioni*, *Tratt. Sacco*, II, Torino, 2000.

Palazzo, A.: *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, *Tratt. succ. e don.*, diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009.

Palazzo, A.: *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1996.

Palazzo, A.: *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000.

Panzani, L.: "Fondo patrimoniale, *trust*, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. ed azioni a tutela dei creditori", *Il Nuovo dir. delle Soc.*, 2012, p. 9 ss.

Perlingieri P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017.

Perlingieri, G.-Fachechi, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, *Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche "*Jean Monnet*" dell'Università degli Studi della Campania* Luigi Vanvitelli, Napoli, 2017.

Perlingieri, G.: "*Heredis institutio ex re certa*, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2011, p. 459.

Perlingieri, G.: "L'acquisto dell'eredità", Calvo-G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008.

Perlingieri, G.: "*L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*", Napoli, 2013.

Perlingieri, G.: "La collazione per imputazione e il criterio di stima "al tempo dell'aperta successione". *La collazione d'azienda*", *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 85.

Perlingieri, G.: "La diseredazione nel pensiero di Alberto Trabucchi", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 21 ss.

Perlingieri, P.: "Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 374 ss.

Perlingieri, P.: "L'art. 2059 uno e bino", *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775 ss.

Perlingieri, P.: "Sulla costituzione di fondo patrimoniale su 'beni futuri'", *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 265.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti", Id.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 443 ss.

Perlingieri, P.: *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* Napoli, 1982.

Petta, C.: "La tutela del diritto abitativo del minore in mancanza del provvedimento provvisorio di assegnazione della casa familiare", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 145 ss.

Piola, E.: "Successione, Rapporti giuridici tra coeredi", *Noviss. Dig. It.*, XXII, Torino, 1902, p. 518.

Polacco, V.: *Delle successioni*, Milano-Roma, 1937, p. 352 ss.

Porcelli, G.: "Autonomia testamentaria ed esclusione di eredi", *Notariato*, 2002, I, p. 49 ss.

Porcelli, G.: "Diseredazione", *Il Diritto. Enc. giur. de Il Sole 24 ore*, V, Milano, 2007.

Porrello, V.: "La clausola di diseredazione", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 980 ss.

Quadri, R.: "Fondo patrimoniale", *Enc. giur. Treccani*, XVI, 2008.

Ranelletti, E.: *Massa ereditaria*, Milano, 1908, p. 25.

Rescigno, P.: "Recensione a Bin, La diseredazione", *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 95 ss.

Rescigno, P.: *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952.

Russo, D.: *La diseredazione*, Torino, 1998.

Sacco, R.: "Se il figlio della moglie del dichiarato morto presunto, il quale sia stato concepito tra la data della morte presunta e la data della dichiarazione nasca legittimo", *Foro pad.*, 1950, p. 1199.

Sacco, R.: *Il contratto*, *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1995, p. 550.

Salis, L.: "L'indegnità a succedere", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 933.

Sandulli, M.: *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976.

Sanfilippo, C.: *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Manelli, 2002.

Santoro Passarelli, F.: "Status familiae", *Studi urbinati*, Urbino, 1947-1948.

Santoro Passarelli, F.: "Vocazione legale e testamentaria", *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196 ss.

Santoro Passarelli, F.: *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930.

Schlesinger, P.: "Successione" (diritto civile). Parte generale, *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971.

Scozzafava, O,T.: "La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo", *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 68.

Sgroi, V.: "Morte presunta" (dir. civ.), *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 110.

Siclari, R.: "La collazione", Rescigno, P. (a cura di): *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2° ed., II, Padova, 2010.

Siclari, R.: "Art. 737", G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II, Napoli, 2010, p. 668 ss.

Stella Richter, G.: "Effetti della dichiarazione di assenza e di morte presunta sulle presunzioni di concepimento in matrimonio e di paternità", *Foro pad.*, 1953, p. 294.

Stolfi, G.: "Sulla figura del legittimario", *Giur. it.*, 1968, IV, p. 76.

TRABUCCHI, A: "Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione", *Giur. it.*, 1955, p. 279.

VILLANI, V.: "Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio gratuito", *Giur. it.*, 1998, I, p. 2019 ss.

VIRGADAMO, P., "Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 353.

VIRGADAMO, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", *Dir. fam. pers.* 2008, p. 1598.

VISALLI, N.: *La collazione*, Padova, 1988.

VISMARA, G.: "Collazione" (dir. interm.), *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 323.

ZACCARIA, A.: "La collazione delle partecipazioni sociali diverse dalle azioni", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 418.

DERECHO Y BIOÉTICA

ACERCA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS TÈCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

ABOUT THE LEGAL REGULATION OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES.

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 478-513

* (Una versión anterior de este estudio fue publicada en la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Tomo II i-z Carlos María Romeo Casabona (Director). Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano- Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco/EHU. Editorial Comares. Granada. 2011 pp.1389-1406. Dicha versión ha sido actualizada en 2019. https: //enciclopedia-bioderecho.com/voces/278

Jaime VIDAL MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente estudio se ocupa en primer lugar del concepto, origen y alcance de las técnicas de reproducción humana (TRA) que cobraron una particular dinámica a partir de la fecundación extracorpórea in vitro (FIV) y se ofrecieron inicialmente como una terapia para las parejas infértiles para apuntar posteriormente, al amparo de legislaciones permisivas, hacia modos alternativos de reproducción humana.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción asistida; inseminación artificial; fecundación in vitro; gestación subrogada (por encargo o cuenta ajena); derechos reproductivos; derechos inherentes a la persona.

ABSTRACT: *This study deals with the concept, origin and scope of assisted reproduction techniques (ART), following the impact of the introduction of in vitro fertilisation (IVF). ART were initially offered as a form of therapy for infertile couples only to become later the means to develop alternative forms of human reproduction under the protection of permissive legislation.*

KEY WORDS: *Assisted reproduction techniques; artificial insemination; in vitro fertilization; surrogacy; reproductive rights; inherent rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Concepto y alcance.- 2. Origen.- 3. Primeros intentos de regulación jurídica de las TRA.- 4. Regulaciones estatales de las TRA.- A) Estados Unidos.- B) Inglaterra y Gales.- C) Australia.- D) Canadá.- E) Países Nórdicos.- F) Países Bajos.- G) Bélgica.- H) Irlanda.- I) Alemania.- J) Austria.- K) Suiza.- L) Francia.- M) Grecia.- N) Italia.- Ñ) Rusia.- O) Argelia.- P) Sudáfrica.- Q) Oriente Medio y Extremo Oriente.- R) España.- S) Portugal.- T) Países latinoamericanos.- II. LA PRÁCTICA DE LAS TRA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.- 1. Posiciones doctrinales sobre la reproducción asistida.- 2. La adaptación de la legislación a la revolución reproductiva.- III. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA.

I. INTRODUCCIÓN[1]

Transcurridos cuatro decenios desde el nacimiento del primer ser humano concebido fuera del seno materno se afirma la convicción de que nos hallamos

1 Respecto de la bibliografía existente sobre la materia, permítaseme destacar la siguiente (que ha sido tenida en cuenta en la redacción del presente trabajo): Alkorta Idiakez, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado,* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, País Vasco, 2003; Benavente Moreda, P. y Farnós Amorós, E.: *Treinta años de reproducción asistida España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, *Boletín de Ministerio de Justicia*, Madrid, 2015; Carapezza, G.: "Tutela del embrión y prohibición de patentar con fines industriales o comerciales", *Revista Boliviana de Derecho,* 2014, núm. 17º, pp. 296-315; Evans, D. (ed.): *Creating the child. The Ethic, Law and Practice of Assisted procreation,* Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, London, Boston, 1996; De Verda y Beamonte, J. R.: "L'impatto dei principi constituzionali e del diritto convenzionale europeo sullo status dell'embrione e della filiazione nel diritto spagnolo, en AA.VV.: *Questioni di Diritto delle famiglie e dei minori"* (coord. por P. Perlingieri y G. Chiapetta), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 233-280; Lee, R.G. y Morgan, D.: *Human Fertilisation& Embriology. Regulating the Reproductive Revolution*, Blackstone, London, 2001; García Ruiz, Y.: *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Comares, Granada, 2004; Kemelmajer De Carlucci, A. y Molina De Juan, M. F.: "Informe Argentino sobre las principales cuestiones relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Questioni di Diritto delle famiglie e dei minori* (coord. por P. Perlingieri y G. Chiapetta), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 117-156; Romeo Casabona, C. M. (editor): *Código de leyes sobre genética*, Bilbao, 1997; *Idem: Código de leyes sobre genética II, Actualización 1997-2006,* Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA Diputación Foral de Bizcaia de Derecho y Genoma Humano, Granada, 2007; Talavera Fernández, P.A.: "Maternidad subrogada: Ficción jurídica contra verdad biológica", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada. Law and the Human Genome Review. Genetics. Biotechnology and Advanced Medicine*, 2017, núm. 46, pp. 197-231; Vidal Martínez, J.: "Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho Español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 2º, pp. 1-42; *Idem:* "Consejo genético en diagnóstico antenatal", en AA.VV.: *Hacia una nueva Medicina: consejo genético* (coord. C. M. Romeo Casabona), Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao Granada, 2013, pp. 93-151; *Idem:* "Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo" *Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review,* 2011, núm. 34º, pp. 155-201, *Idem:* "Derechos inherentes en la reproducción asistida", en AA.VV.: *La humanidad in vitro* (coord. por J. Ballesteros), Granada, 2002, pp. 267-297; Vidal Martínez, J.; Benítez Ortúzar, I.F. y Vega Gutiérrez, A.M.: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida,* Comares, Granada, 1998; Vidal Martínez, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Cívitas, Madrid, 1988; *Idem:* "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en en los seres humanos. Introducción y panorama general. Referencia específica a los Derechos Argentino y Español", *La Ley*, Buenos Aires, 1986; *Idem: The International Survey of Family Law*, 2015, 2016, 2017, 2018.

• Jaime Vidal Martínez
Profesor Emérito de Derecho civil, Universitat de València. Correo electrónico: Jaime.Vidal@uv.es

inmersos en una época de profundos cambios suscitados por una extraordinaria transformación tecnológica que se expande por los distintos países. Se trata de un proceso de creciente complejidad-la globalización-impulsado por la digitalización de la información que permite difundir y conectar múltiples campos del saber y del actuar humano, entre los mismos, la Medicina y la Biotecnología. De este modo, prácticas médicas y sociales inicialmente contempladas como nuevas formas de procreación o reproducción humana, dieron lugar en algunos países, tras un decidido esfuerzo investigador, a las técnicas de reproducción asistida.

El citado proceso de globalización transforma paulatinamente las relaciones humanas, incluido el núcleo primigenio de la vida personal y familiar, generando y en parte retroalimentándose del cambio social producido. Así, las TRA atienden, al tiempo que generan, una demanda social, por cuanto, ciertamente, los avances científicos y técnicos en el ámbito de la llamada Medicina reproductiva y de la Genética humana abren inéditas posibilidades en orden al alivio del sufrimiento humano y superación de carencias vitales, mayormente en el contexto de la anunciada y ya incipiente Medicina personalizada de precisión, pero dan también ocasión a nuevas formas de manipulación y discriminación del ser humano. Es por ello que, utilizando igualmente los avances en el campo de la comunicación se va difundiendo la convicción de la necesidad de converger en el reconocimiento de unos valores y principios que permitan construir un Derecho que dé respuesta a los dilemas y controversias, cada vez más numerosos que el desarrollo tecnológico incidiendo sobre el hontanar de la vida humana, plantea a nuestra especie.

1. Concepto y alcance

La expresión reproducción asistida se utiliza para aludir, en relación con la reproducción humana, a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y al posterior nacimiento del hijo y también para evitar la transmisión al hijo de una enfermedad hereditaria. Se habla entonces de fecundación asistida o fecundación médicamente asistida y de procreación asistida. La asistencia prestada es también biológica cuando hay contribución de gametos provenientes de personas que van a quedar al margen desde un enfoque legal de las relaciones paterno o materno filiales que se establezcan. En la actualidad se va abriendo paso con restricciones en algunos países la práctica social, fuertemente contestada en sus inicios, de la maternidad subrogada, por la que una mujer acuerda gestar un hijo por cuenta ajena, consintiendo se le apliquen las técnicas reproductivas necesarias al objeto de lograr el resultado pretendido, renunciando al establecimiento de la relación materno filial en beneficio de la persona o pareja comitente. También se admite y regula en algunos países la práctica de la fecundación de la mujer con semen del marido o compañero fallecido, particularmente en el supuesto de haberse

obtenido embriones antes del mencionado fallecimiento para servir un proyecto parental.

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) se han desarrollado como terapias de esterilidad para conseguir la fertilidad de la pareja humana. En esta línea, la inseminación artificial aplicada a seres humanos (IA) cobró una nueva dinámica al conseguirse en 1953 que el semen congelado pudiera ser utilizado posteriormente sin perder su funcionalidad. Pero la técnica que modificó profundamente el estado de la cuestión fue la fecundación *in vitro* (FIV) experimentada inicialmente con animales y que aplicada al ser humano posibilitó en 1978 el nacimiento en el Reino Unido de Louise Brown, mediante la gestación de un embrión obtenido fuera del cuerpo de una mujer. La FIV marca posiblemente un hito en la historia de la humanidad al separar sexualidad de reproducción. Dicha técnica, susceptible de múltiples variantes, ha tenido el efecto de dinamizar otras técnicas y procedimientos con la misma finalidad. La reproducción asistida está sirviendo además como banco de pruebas para la investigación biomédica a la búsqueda de la eliminación de enfermedades transmisibles mediante el diagnóstico y selección de embriones, autorizándose en algunos países técnicas experimentales de creciente complejidad que aplican los avances en el conocimiento del genoma humano apuntando hacia una nueva y prometedora medicina personalizada. De otra parte, y pese a las reservas éticas que ello pueda suscitar, las TRA se ofrecen de modo más o menos explícito como forma alternativa de reproducción, particularmente en aquellos países cuya legislación admite que mujeres solas o relacionadas establemente con otra mujer puedan tener acceso a las citadas técnicas, lo que indirectamente podría favorecer la misma deriva en relación con hombres solos o en parejas del mismo sexo.

Se estima en la actualidad que unos ocho millones de seres humanos han nacido mediando TRA y que la infertilidad afecta a una de cada seis parejas a escala mundial, situación que se agrava en los países desarrollados, donde se posterga por diversas causas la maternidad y la paternidad, lo que incide claramente en la mayor utilización de las TRA, particularmente por parte de mujeres mayores de 30 años, muchas de ellas solteras. En la actualidad Europa es el continente en el que se acude con mayor frecuencia a este tipo de intervenciones, siendo sin embargo Estados Unidos el país que registra mayor número de tratamientos, La oferta, particularmente privada, de los servicios que atienden esta demanda presenta buenas expectativas de crecimiento favorecida por la facilidad de las comunicaciones y la inclusión de las TRA en los seguros de salud.

Los avances científicos y técnicos logrados en el campo de las TRA han incidido en la realidad social haciendo evidente la necesidad de su regulación jurídica, tanto más teniendo en cuenta la citada conexión de dichas técnicas con la investigación

biomédica. Sin embargo. las TRA han sido y continúan siendo en alguna medida cuestionadas desde el punto de vista ético, pues más allá de los problemas nada desdeñables que se producen en el ámbito personal y familiar, está el hecho de que la técnica de la FIV implica que el ser humano es, por primera vez en la historia, no sólo sujeto agente sino también objeto de la técnica, y en alguna medida producto de la misma. Por ello cabe afirmar que el uso que se haga de las citadas técnicas, afecta al presente y futuro de la especie humana, más allá de los condicionamientos sociales y de su tratamiento jurídico en los diferentes países.

2. Origen

Aunque se citan intentos de inseminación médicamente asistida en épocas pretéritas parece que sólo a fines del siglo diecinueve se aplicaron a seres humanos procedimientos de este tipo experimentados con mamíferos y que sólo a partir de la congelación del semen bovino a mitad del siglo veinte se llevó a cabo con éxito la inseminación de seres humanos, al igual que ocurriera años más tarde con la técnica de la FIV, en Estados Unidos, la URSS y el Reino Unido.

La técnica de la inseminación artificial (IA) fue objeto durante largo tiempo de un claro rechazo social particularmente cuando se trataba del semen de un tercero distinto del marido de la paciente y durante muchos años su impacto real en la sociedad fue escaso produciéndose a espaldas de la regulación jurídica. En 1947 el Departamento de Sanidad de Nueva York, ante el temor de transmisión por esta vía de enfermedades venéreas reguló la venta de semen humano exigiendo un control médico riguroso de los proveedores de gametos. Los primeros bancos de gametos surgieron en Estados Unidos en los años cincuenta del pasado siglo habiéndose generalizado veinte años después en la mayoría de las grandes ciudades europeas y americanas. En Francia los primeros establecimientos surgieron para suministrar material generativo a la Medicina privada pero posteriormente se estableció un régimen específico en el sistema público de salud francés generalizándose por todo el territorio galo los centros de conservación del esperma (CECOS) con miras a su utilización por parejas infértiles, adoptándose prácticas tales como la gratuidad de la donación y el reclutamiento de los donantes por diversos procedimientos, sometiéndolos a una rigurosa selección al tiempo que se les garantizaba el anonimato, siendo ésta una costumbre proveniente de la práctica médica que acabó imponiéndose a la propia administración sanitaria y en otros ámbitos. Hoy la IA forma parte de las TRA a escala general, lográndose la fecundación incluso con bajos índices de calidad espermática.

A partir del primer nacimiento de un ser humano obtenido por la técnica de la FIV las investigaciones sobre tecnología reproductiva adquirieron un ritmo frenético, lográndose en Melbourne (Australia) en 1984 el nacimiento de una niña fruto de un embrión congelado. A principios de los años ochenta del pasado siglo

se dieron los primeros casos de embarazos múltiples debido a la transferencia también múltiple de embriones con la finalidad de asegurar el resultado pretendido, lo cual abocaba a la reducción embrionaria. La técnica de la FIV comienza con la obtención de gametos masculinos y femeninos, comportando la obtención de éstos últimos dificultades y riesgos que justifican un tratamiento diferenciado. Se procura reproducir en el laboratorio las condiciones que posibilitan la fecundación, procediéndose posteriormente a seleccionar los embriones para su implantación lo que sólo se logra en dos o tres de cada diez intentos.

Los avances de la Medicina en el diagnóstico antenatal fueron notorios, tal la llamada reacción en cadena de la polimerasa puesta en marcha en 1985 que iba a permitir ampliar espectacularmente regiones concretas del genoma humano, así como otras técnicas desarrolladas a partir de los años noventa del pasado siglo que permiten evitar la implantación de aquellos embriones en los que pueda sospecharse la existencia de una anomalía genética, para evitar así la transmisión de terribles enfermedades, pero a costa ciertamente de una deriva eugenésica que podría traducirse en prácticas discriminatorias y de selección genética.

En 1986 comenzó a aplicarse la técnica de introducir el semen previamente preparado en las trompas de la mujer evitando con ello la manipulación de embriones (GIFT), la cual quedó postergada años más tarde respecto a otras técnicas más problemáticas a largo plazo por sus efectos sobre la descendencia tales como la inyección microscópica de espermatozoides directamente en el interior del citoplasma del óvulo (ICSI), llegándose a utilizar en algunos casos, células precursoras de tales espermatozoides, al tiempo que se recurría de forma creciente a la donación de ovocitos, una vez que logró superarse la dificultades que inicialmente planteó su crioconservación.

3. Primeros intentos de regulación jurídica de las TRA

A pesar del mencionado rechazo inicial a la donación de semen dicha práctica fue admitiéndose favorecida por la presunción de paternidad a favor del marido de la madre, que procedente del derecho romano arraigó en la legislación de distintos Estados que no permitían la impugnación de la filiación en el supuesto de que el marido hubiera consentido expresamente la IA de la esposa, regla que se aplicó también posteriormente a supuestos de convivencia heterosexual paramatrimonial. Así, en 1985, 33 de los Estados Unidos de América habían establecido una regulación para esta práctica e hicieron aparición organizaciones dedicadas a la contratación de madres subrogadas que se obligaban a renunciar a los derechos de la maternidad a favor de la mujer comitente, habida cuenta de la desregularización de esta actividad en Estados Unidos, donde resulta básico el respeto a la vida privada. Coetáneamente entró en funcionamiento en Suecia una Comisión nombrada por el Gobierno para el estudio de la IA y

la FIV que emitió un Informe que subrayaba el paralelismo en la situación de los hijos nacidos mediante TRA y los que eran objeto de adopción, llegando a la conclusión que los citados hijos tenían la necesidad en el plano psicológico y el derecho en el plano jurídico de conocer su origen, con algunas matizaciones. Consecuentemente, se introduciría una legislación en 1988, estableciendo que a partir de su entrada en vigor los donantes de semen no quedarían amparados por el anonimato, declarándose improcedente la práctica de algunos centros de destruir los antecedentes de los donantes. Un segundo Informe establecía límites para la práctica de la FIV y sin cerrar el camino a las nuevas técnicas reproductoras situaba en primer plano el interés del menor, pese al impacto negativo que las nuevas disposiciones legales iban a producir, cuanto menos a corto plazo, sobre la práctica de las TRA. También e los citados años ochenta, los notables éxitos logrados en Australia en la práctica de las TRA dieron lugar en algunos Estados australianos a reformas legislativas pioneras en este campo, estableciéndose en leyes de familia aplicables en todo el territorio australiano que la relación legal primaba sobre la paternidad o maternidad genética si se había utilizado TRA y obtenido los oportunos consentimientos.

En el Reino Unido se llevó a cabo una gran encuesta acerca de los avances realizados y potenciales, ligados a la fecundación humana y a la embriología, nombrando una Comisión presidida por la Señora Warnock que emitió un Informe en 1984 que incluía una serie de recomendaciones relativas al establecimiento de un organismo para autorizar y controlar la investigación y los servicios de infertilidad, al tiempo que señalaba los principios aplicables y los límites legales a la investigación, entre los mismos que ésta no se produzca mas allá de los catorce días de la obtención del embrión, precisando además los cambios legales que se consideraba necesario establecer. El Informe adoptaba un punto de vista pragmático, actuar frente a lo conocido y a lo que pudiera preverse razonablemente, dictando unas medidas específicas para el Reino Unido que pudieran luego contrastarse con las adoptadas en otros países.

En relación con la práctica de las TRA, la República Federal Alemana nombró al igual que el Reino Unido una Comisión de amplia representación que emitió en 1985 el Informe Benda que, de acuerdo con la posición del Tribunal Constitucional alemán, reclamaba protección para la vida humana, negaba el carácter de cosa del embrión y proponía medidas para impedir que pudieran obtenerse embriones con finalidad no procreadora.

Por su parte, el Parlamento español constituyó una Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y de la inseminación artificial humanas que emitió el Informe Palacios, aprobado por el Congreso de Diputados en 1986, que sería soporte fundamental para la legislación introducida en 1988. Con el claro

precedente del Informe Warnock, el Informe español operaba sin embargo en un sistema de Derecho codificado en el que mantiene primacía la Constitución de 1978. Con estos presupuestos, el Informe Palacios consideraba que debían elaborarse normas para proteger al embrión humano, admitiendo no obstante la investigación sobre embriones no viables durante los catorce primeros días al tiempo que permitía con limitaciones la crioconservación y donación de los embriones .

A finales de 1988 se hizo público en Francia un Informe elaborado por el Consejo de Estado —«De la Ética al Derecho»— que daría lugar a un Anteproyecto de ley que preveía modificaciones en el Código Civil, en el Código de salud pública y en otros textos legales. Una idea clave del citado Informe incorporada posteriormente a las reformas legales, es la del proyecto parental que posibilita el que una persona pueda contribuir a la reproducción de otra aportando sus propias "fuerzas genésicas". En ese contexto, se prohibía constituir embriones humanos *in vitro* con otra finalidad que no fuera procreadora.

El panorama legislativo de la reproducción asistida en el ámbito europeo presenta hoy profundas diferencias Con sólo unas pocas semanas de intervalo se aprobaron en el Reino Unido y en Alemania a finales de 1990 leyes que tenían en común la regulación de las consecuencias de la fecundación in vitro con un sentido bien distinto: permitir la investigación sobre el embrión obtenido in vitro bien que estrictamente sujeta a un sistema de licencias o establecer normas dotadas incluso de sanción penal, para proteger el embrión humano obtenido in vitro. Por otra parte, España, sorprendentemente se alineaba con el modelo británico al aprobar en 1988 las leyes sobre TRA y sobre donación de fetos, embriones, sus tejidos y células. Austria en cambio, adoptó en 1992 una ley en esta materia informada por un criterio prohibitivo similar al de Derecho alemán, mientras que en Italia se fueron sucediendo los proyectos de regulación de las TRA que no prosperaron hasta la vigente Ley de 2004, sumamente restrictiva en su redacción inicial, pues no admitía la fecundación in vitro más que como recurso para la procreación de la pareja y sancionaba penalmente la utilización de gametos y embriones de ajena procedencia.

En la actualidad, la existencia de especialistas clínicos en reproducción asistida ha revelado la existencia de un mercado global al que se ha calificado de "turismo reproductivo", toda vez que las TRA y prácticas anejas se han extendido considerablemente, siendo objeto de creciente aceptación, particularmente en Europa y Estados Unidos. Con todo, hay muchos países que no cuentan todavía con regulación específica en materia de reproducción asistida, ni ofrecen servicios de este tipo, lo que provoca grandes flujos de pacientes hacia países

como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Tailandia e India en los que ha aumentado considerablemente la oferta privada de servicios de TRA.

4. Regulaciones estatales de las TRA

La regulación estatal de la reproducción asistida ha experimentado un claro aumento en los últimos años, obedeciendo fundamentalmente a la necesidad de proteger al paciente de prácticas abusivas, aunque la diversidad en el tratamiento legislativo haya producido también el indeseable efecto antes mencionado de la creciente demanda de servicios de TRA transfronterizos con un claro perfil discriminatorio.

En la actualidad la mayoría de países que han regulado legislativamente las TRA cuentan también con normas administrativas para regular la práctica clínica, habiendo surgido estándares internacionales de acreditación y autorización de laboratorios, cuyo incumplimiento se sanciona administrativamente aunque con escasa publicidad, teniendo en cuenta la gran responsabilidad que entraña la práctica de las TRA y el hecho de que la mayor parte de la citada regulación administrativa está dirigida a la protección de los profesionales sanitarios .

A) Estados Unidos

En los Estados Unidos, no hay legislación nacional en materia de reproducción asistida similar a la existente en países europeos. Sólo en materia de gestación por cuenta ajena ha habido intervención legislativa en la mayoría de los Estados, generalmente para permitir esta práctica en virtud de un principio de libertad, bien directamente, bien admitiendo una compensación amplia de gastos., destacando en este grupo el Estado de California que califica de natural a la filiación no adoptiva y permite que mediante sentencia y antes del parto la filiación quede determinada tras un contrato de subrogación en tanto las partes contratantes se ajusten a los requisitos establecidos por los Tribunales al interpretar la legislación vigente tratando de conseguir un cierto equilibrio contractual. Algunos estados, sin embargo, sólo admiten los acuerdos de subrogación de forma altruista, pudiendo la práctica comercial ser sancionada incluso penalmente. Las directrices de la Sociedad Americana de Fertilidad y Reproducción se apoyan en criterios voluntaristas debido probablemente a la velocidad en que los cambios se producen, al espíritu empresarial de la Medicina americana, a la ausencia de un sistema nacional de salud y al conflicto entre los grupos en contra y a favor del aborto. En relación con la citada práctica la influencia de la sentencia Roe Wade (1973) es notable. Por ello no es extraño que la problemática del embrión in vitro permanezca en la penumbra, que la industria se regule a si misma y que los criterios de la Sociedad americana de fertilidad representen los principales estándares éticos que se siguen en materia de reproducción asistida en USA.

Las leyes federales establecen estándares clínicos para las pruebas aplicables a los usuarios de la tecnología procreativa y obligan a las clínicas de fertilidad a proporcionar datos sobre su actividad y sobre las tasas de éxitos y de fracasos obtenidos en los tratamientos. Algunos estados han regulado de forma completa la reproducción asistida pero las clínicas más audaces se establecen en estados más permisivos y aprovechan la situación de vacío legal, situación que es aceptada por buena parte de los juristas americanos que consideran que la Medicina procreativa debe ser libre frente a un sector minoritario (comunitarista) que considera que los tratamientos de fertilidad no son comparables a otros tratamientos médicos y deben ser regulados teniendo en cuenta el interés general. La falta de control público de la experimentación sobre técnicas de fertilidad tiene la peligrosa consecuencia de utilizar terapias innovadoras sin un control previo de seguridad y eficacia. Las TRA no solo se ofrecen en los hospitales del país, sino que las empresas dedicadas a la biotecnología tratan de introducir sus productos en otros países primando las reglas del mercado.

Aunque en los Estados Unidos las relaciones familiares tradicionales formales han estado favorecidas por la ley por ser consideradas generalmente más estables y beneficiosas, sin embargo, la implantación por vía jurisprudencial en 2015 del matrimonio de personas del mismo sexo está dando lugar, también por decisiones de los Tribunales a la creación de nuevas relaciones de filiación, mediando en muchos casos la utilización de TRA.

B) Inglaterra y Gales

El 1 de noviembre de 1990 se promulgó la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana (HFEA), cuya aprobación se subordinó en su momento a la decisión de la Cámara de los Comunes de permitir o no la investigación con embriones humanos. El objetivo principal de la HFEA fue la creación de una Autoridad administrativa independiente encargada de reglamentar las prácticas con embriones humanos vivos obtenidos fuera del cuerpo de la mujer y controlar mediante meticulosas reglas su conservación, utilización, incluidos los fines de experimentación, todo lo cual no podrá llevarse a cabo aparecida la línea primitiva en el embrión a los catorce días de la singamia. La citada Autoridad está dotada de capacidad normativa a través de directivas generales de interpretación de la HFEA que llevan aparejadas a menudo sanciones administrativas y en ocasiones constituyen tipos delictivos. La Autoridad está encargada igualmente de elaborar y mantener un código de conducta que recoja el grueso de las directivas emanadas, que aun no teniendo fuerza obligatoria puede influir en la concesión de las licencias habiéndose pronunciado sobre cuestiones tales como el diagnóstico preimplantatorio, donación de óvulos, etc. Cabe recurrir las decisiones de la Autoridad ante su Presidente y ante los tribunales ordinarios. El Parlamento aprobó en 2001 una

modificación de la HFEA para permitir la creación de embriones destinados a la investigación sobre células troncales, incluidos los obtenidas por hibridación entre gametos humanos y de animales. La investigación en materia de Biotecnología y Genética ocupa un lugar preeminente en la política del gasto público del Reino Unido. De acuerdo con una normativa introducida en 2004, se permite desvelar la identidad de los donantes de semen, ovocitos o embriones con posterioridad al 1 de abril de 2005.

La Ley británica en materia de fertilización humana y embriología ha sido objeto de ulteriores modificaciones en 2008, 2010 y 2014. Inicialmente no se reconocían efectos jurídicos a los intentos de fecundación de la mujer con material genético procedente del marido tras su muerte. Decisiones judiciales aceptaron en algunos casos la fecundación post mortem apoyándola en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Tras las reformas legales, el uso de esperma del hombre o transferencia de un embrión obtenido con o sin esperma del hombre antes de su fallecimiento puede atribuirle la paternidad cumplidos determinados requisitos, principalmente el consentimiento previo del hombre por escrito y el de la mujer transcurridos no más de 42 días del nacimiento del hijo (21 en Escocia). La LFHA reformada en 2008 permite sin efecto retroactivo que una mujer casada o unida civilmente con una mujer que procrea mediante TRA pueda ser considerada como segunda madre si constan los específicos consentimientos y se cumplen los requisitos legales, incluido el supuesto de transferencia de un embrión humano a la mujer gestante tras la muerte de su esposa o compañera. Ello ha dado lugar en últimos años a demandas judiciales por parte de padres biológicos privados de relación con su descendencia.

Los acuerdos de gestar un hijo por cuenta ajena no están específicamente regulados, pero cabe entender su permisibilidad a tenor de una Ley de 1985 que sancionaba a las Agencias creadas para facilitar comercialmente esta práctica. Los acuerdos de subrogación no pueden exigirse ante los tribunales, pero en la realidad social gozan de creciente aceptación. La madre gestante deberá dar su consentimiento una vez hayan trascurrido seis semanas desde el parto para que el Tribunal emita una orden que permita a los padres intencionales convertirse en padres legales.

En la actualidad los Tribunales emiten numerosas críticas por las prácticas de las clínicas de reproducción asistida y de la Autoridad encargada de supervisarlas, particularmente en lo concerniente a la multiplicidad e inadecuación de los documentos en que se refleja el consentimiento informado y la falta de ayuda a los pacientes.

C) Australia

La primera Ley australiana sobre reproducción asistida procede del Estado de Victoria y data de 1984 siendo una de las leyes más restrictivas de las promulgadas en esta materia en el mundo anglosajón y habiendo sido sometida a varias reformas. Australia del Sur y Australia del Oeste promulgaron leyes en 1988 y en 1991 respectivamente, cuyo objetivo fue crear comisiones de control de la actividad de asistencia de reproducción humana a imagen de la HFEA. Una Ley de 2002 prohíbe distintos actos relativos a intentos de clonar seres humanos hasta con 15 años de cárcel. En 2002 se aprobó también una legislación relativa a la investigación con embriones humanos procedentes de las TRA creando el concepto legal de embrión sobrante y un complejo sistema de licencias que imparte un Comité creado al efecto. En 2017 ha entrado en vigor en el Estado de Victoria una ley que permite al hijo habido por TRA conocer su origen.

D) Canadá

El Código Civil de Québec reconoce la legalidad de las TRA a excepción de la maternidad subrogada ordenando que la donación de gametos no produzca ningún vínculo legal entre el nacido y el donante. Un proyecto de 2002 introdujo una Agencia de reproducción asistida inspirada en la HFEA británica.

En la actualidad muchas provincias de Canadá permiten los acuerdos de subrogación de maternidad y facilitan a los padres intencionales documentos que acreditan su condición aun tratándose de personas procedentes de otros lugares, planteándose problemas de jurisdicción que se trata de resolver de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado. La legislación canadiense prohíbe la fecundación post mortem y la práctica retribuida de la gestación subrogada, pero existen propuestas para reglamentar la devolución de gastos y compensaciones que corresponden a las mujeres que gestan hijos por cuenta ajena.

E) Países Nórdicos

Las leyes que regulan las TRA en los países del norte de Europa tienen naturaleza mixta civil y administrativa. Suecia reguló tempranamente la práctica de la FIV por Ley de 1988, modificada en 1991, que prohíbe la fecundación post mortem, contando también con normas penales en este campo. Noruega reguló separadamente la IA y la FIV por Ley de 1994 protegiendo el embrión in vitro, mediante la prohibición de crear más embriones de los que fueran a implantarse en la usuaria y de investigar con los embriones obtenidos. Recientes cambios legislativos han tratado de reforzar la posición de los padres y la protección de los niños en situación vulnerable. La mujer que convive con otra que da a luz un hijo asistida médicamente en una clínica podrá también legalmente ser considerada

como madre si dio consentimiento para le fertilización de su compañera. En Dinamarca una Ley de 1989, reexaminada en el año 2000 redujo el plazo de congelación de preembriones y estableció mayores garantías en la obtención del consentimiento de los usuarios de las TRA. En Islandia la Ley 568 de 1997 regula la fertilización artificial mediante IA y FIV, así como la investigación evaluada por un Comité Ético con la finalidad de adquirir un mayor conocimiento que permita mejorar la salud y curar enfermedades. La fertilización artificial se admite cuando no quepa acudir a otros procedimientos respecto a una mujer que conviva al menos tres años con un hombre, teniendo ambos de 25 a 42 años, sin exceder ella de 45 o él de 50, reuniendo buenas condiciones físicas, psíquicas y sociales. La gestación subrogada no está permitida en los países nórdicos, como se infiere de una ley noruega en materia de biotecnología de 2003 y de leyes sueca y finlandesa de 2006 que tratan respectivamente de genética y fertilización asistida No obstante se permiten los acuerdos de subrogación sin recurso a TRA, siendo los casos de gestación subrogada transfronterizos objeto de preocupación hasta el punto de haberse constituido comisiones parlamentarias en Islandia y Suecia para dar una respuesta a este problema en los casos que se presentan, toda vez que aumenta la presión para un cambio de regulación que tenga en cuenta los distintos intereses en juego y los cambios sociológicos que se están produciendo en las relaciones familiares.

F) Países Bajos

En defecto de regulación específica hay varios decretos de planificación, que exigen la obtención de licencias para practicar la FIV, establecidas en 1989 y revisadas en 1998. La fecundación post mortem está prohibida legalmente desde 2002. Existe una ley sobre maternidad subrogada de 1993 que prohíbe la subrogación comercial. La maternidad por subrogación no es ilegal, pero en la práctica está muy restringida dado su carácter altruista. La situación del hijo habido por este procedimiento tampoco es clara dado que a la madre gestante corresponde la maternidad legal y los comitentes deben adoptar y someterse a estrictas normas procedimentales para ser reconocidos como padres de acuerdo con la ley.

Una propuesta gubernamental de regulación de la maternidad por subrogación en el ámbito nacional (diciembre 1916) hace hincapié en la residencia de los comitentes, siempre que no se haya establecida para conseguir esa finalidad y en el hecho de que, cubiertos los gastos médicos o de otro tipo la mujer gestante reciba solo una pequeña cantidad como compensación , tal quinientos euros mensuales, Es necesario respetar los derechos inherentes del niño, particularmente el de conocer su origen, el derecho a la nacionalidad y a que prevalezca su interés. También existe la propuesta de reconocer los acuerdos de subrogación realizados

fuera de los Países Bajos siempre que las autoridades extranjeras hayan respetado los requisitos considerados esenciales por el ordenamiento holandés. En estos casos, si la gestación se produjo con gametos anónimos y no hay vínculo genético con el hijo no se admitirá la validez del acuerdo. En otras situaciones en que el contrato no ha sido supervisado por un juez en otro país, pero se aporta certificado en que figura la identidad de la madre gestante, podría ser valorado por los Tribunales en Holanda que atenderían al mejor interés del niño.

La regulación de la procreación asistida ha padecido los efectos del conflicto generado por la regulación del aborto y otros problemas sociales. La falta de regulación en la materia ha favorecido la proliferación de la industria de la fertilidad. La Ley de 11 de mayo de 2003 relativa a la investigación sobre embriones in vitro define el embrión como un conjunto orgánico de células situado fuera del cuerpo de la mujer susceptible de desarrollarse en un ser humano y cuya creación puede autorizarse excepcionalmente con fines de investigación si no basta para ello la realizada con embriones excedentes de las TRA.

G) Bélgica

La filiación se apoya primariamente en el vínculo biológico y secundariamente en la existencia de un vínculo socioafectivo. La Ley de procreación asistida de 2007 admite con límites el diagnóstico genético embrionario decidiendo los Centros la pertinencia de aquél, caso por caso. Una Ley de 2014 estableció la posibilidad, a partir del 1 de enero de 2015 de ver reconocida una doble maternidad en el caso de dos mujeres casadas entre sí una de las cuales ha sido inseminada mediante TRA siempre que exista la intención conjunta de establecer la doble maternidad que se ve favorecida por la presunción de comaternidad cuando el nacimiento se produce durante el matrimonio o antes de los 300 días de su disolución Tratándose de una pareja de hombres solo uno puede determinar a su favor un vínculo primario de filiación, pero el otro hombre puede legalmente ser padre adoptivo.

No está permitida en Bélgica la maternidad por subrogación. El parto determina la maternidad, aunque la gestación se haya producido utilizando óvulos de otra mujer distinta de la madre legal. Sí se admite en cambio la fecundación post mortem tras un plazo de reflexión pasados seis meses y antes de dos años de la muerte del varón.

H) Irlanda

La regulación de la reproducción asistida se ha retrasado en relación con otros países de Europa Occidental. Aunque se cuenta con el Informe de una Comisión Oficial emitido en 2005, sólo en 2015 se ha establecido mediante ley que en la práctica de las TRA la maternidad legal corresponde a la mujer que gesta al hijo y

la paternidad al marido o conviviente que presta un consentimiento informado a dicha práctica sobre la mujer cumplidos una serie de requisitos, entre los mismos haber cumplido los 21 años, mientras que los donantes han de tener cumplidos los 18 años. El hijo puede conocer al donante y ser conocido por éste si consiente, tras cumplir 18 años, con alguna excepción, aplicándose estas reglas cuando las TRA se han practicado en una clínica con contribución de donante anónimo. Si el Centro está situado fuera de Irlanda, las actuaciones deben ser conformes a la legalidad del país. De este modo, la mujer y su compañero podrán ver reconocido en Irlanda el vínculo legal de filiación si ambos desconocen la identidad del donante. La gestación por encargo queda fuera de la ley. El Tribunal Supremo conoció en 2014 el caso MR y DR, matrimonio que no pudiendo tener hijo consiguió, mediante un tratamiento aplicado en una clínica de Irlanda el nacimiento de gemelos gestados por una hermana de la mujer demandante con los gametos de ambos esposos, que, sin embargo, no pudieron inscribir a su nombre el nacimiento en el Registro Civil. Existen proyectos de regulación, toda vez que la práctica de la maternidad de sustitución cuando es practicada fuera de Irlanda deja al niño privado de derechos básicos si no puede acceder al reconocimiento legal de la filiación en su país.

I) Alemania

La Ley de 13 de diciembre de 1990 protege con sanciones penales el embrión in vitro, no existiendo normas legales que disciplinen directamente la practica de la reproducción asistida. La vida y la salud del embrión son bienes jurídicos acreedores de protección por parte del ordenamiento y la ley se limita a establecer prohibiciones relativas a la manipulación de embriones humanos. Se podrán crear un máximo de tres embriones por ciclo y no se podrá crear más embriones que los que se quiera implantar. Tampoco se autoriza la selección de sexo del embrión con la excepción del supuesto en que se trate de evitar una enfermedad ligada al sexo. Proscrita la clonación reproductiva y la creación de híbridos y quimeras, en cambio no se prohíbe la transferencia de embriones al útero de la madre tras la muerte del varón, estando sancionada la fecundación post mortem de la mujer con penas de cárcel o pecuniarias. En 1998 la Cámara Federal de médicos publicó unas directrices sobre la práctica de la reproducción asistida. Para posibilitar la investigación con células troncales embrionarias se aprobó la Ley de 28 de junio de 2002, que, si bien prohíbe en principio la importación de tales células o su obtención en Alemania, establece los requisitos para que, de modo excepcional, puedan llevarse a cabo la importación de tales células con fines de investigación.

El número creciente de nacimientos de niños mediante TRA junto a la falta de una legislación comprensiva de la materia ha producido un aumento del cuestionamiento de estas prácticas ante los tribunales, toda vez que la legislación penal todavía vigente prohíbe la donación de ovocitos mientras que la donación

de semen solo queda regulada por códigos de conducta de los profesionales de la medicina sin que esté regulado tampoco el registro de tales actividades pese a que el Tribunal Constitucional afirma el derecho del hijo habido por TRA a conocer su origen. La filiación de los hijos habidos por estos medios también resulta controvertida, pues si bien el marido que consiente la inseminación de la mujer queda convertido en padre legal, en el matrimonio de mujeres se precisa la adopción para establecer un vinculo legal con el hijo de la mujer que lo gestó. Los Tribunales encuentran dificultades para establecer la filiación de los hijos habidos por subrogación en el extranjero, dado que la citada práctica está prohibida en Alemania. Sin embargo, una Sentencia del Tribunal Supremo Federal en 2014 reconoció la doble paternidad de dos alemanes tal como afirmaba un tribunal de California por cuanto uno de ellos era efectivamente el padre biológico, habida cuentan además de las dificultades de una potencial adopción, lo que llevaban a la conclusión del reconocimiento del vinculo de filiación para servir el interés prevalente del menor. En la misma línea el Tribunal Supremo Alemán reconoció la doble maternidad respecto al hijo habido por una mujer unida civilmente con otra mujer en Sudáfrica. aplicando normas de Derecho Internacional Privado Alemán. También se han producido decisiones judiciales que plantean la posibilidad de llevar a cabo en Alemania la inseminación post mortem Por ello se propugna por asociaciones de juristas la conveniencia de una regulación omnicomprensiva de la reproducción asistida que acerque el Derecho Alemán en la materia al de otros países europeos. Una ley aprobada en 2017 permite desde el 1 de octubre del citado año el matrimonio a personas del mismo sexo, pudiendo la mujer que contrae matrimonio con otra adoptar al hijo de ésta. También en 2017 se ha regulado el derecho de acceder al conocimiento de sus orígenes las personas concebidas mediante donación de semen, creando un Registro central en la ciudad de Colonia que contendrá durante 110 años la información de los donantes que deberá ser facilitada a los nacidos mediante este procedimiento llevado a cabo en centros de reproducción asistida, pudiendo solicitar dicha información los mayores de 16 años. Los donantes con posterioridad al 4 de julio de 2018 deberán firmar un consentimiento informado en los Centros de reproducción asistida y si bien pierden en este caso el anonimato quedarán protegidos frente a reclamaciones legales de alimentos o herencia.

J) Austria

La Ley de Medicina procreativa de 1 de julio de 1992 se adoptó tras discusiones académicas y estudios acerca de la práctica de este tipo Medicina. Se trata de una legislación restrictiva que en algunos aspectos busca soluciones de compromiso. La antes citada Ley se aplica a parejas casadas o que convivan, no a mujeres solas, no admitiéndose tampoco la maternidad subrogada. Es legal la inseminación de la mujer con semen de donante, pero no la donación de óvulos o semen en la

práctica de la FIV. Ello daría lugar a una polémica sentencia del TEDH en 2011 que al considerar admisibles las mencionadas prohibiciones de las Ley austriaca podría servir de orientación respecto al verdadero alcance del derecho a la utilización de las TRA.

K) Suiza

La Constitución de la Confederación Suiza fue reformada el 18 de abril de 1999, estableciendo su artículo 119 que el ser humano debe ser protegido contra los abusos en materia de reproducción médicamente asistida e ingeniería genética procurando asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y el respeto a unos principios tales como la prohibición de la clonación y la intervención en el patrimonio genético de gametos y embriones humanos. La Ley Federal en materia de reproducción médicamente asistida de 1998 partiendo del principio de bienestar del niño, que tiene derecho a conocer su origen en tanto sea ello posible, sigue un criterio muy restrictivo en materia de TRA. Sólo las parejas casadas pueden recibir donación de esperma, estando prohibida la donación de ovocitos y de embriones, así como la gestación por sustitución, lo cual explica lo intentos de utilización de dichas técnicas y procedimientos por parte de ciudadanos suizos en otros países. La doctrina mayoritaria considera excesiva tales restricciones, pero los Tribunales se ven constreñidos a oponer la excepción de orden público respecto a relaciones de filiación establecidas fuera de Suiza contraviniendo sus leyes, aunque decisiones recientes no excluyen la posibilidad de reconocer tales relaciones para favorecer el bienestar del hijo, propugnando un examen caso por caso de las demandas judiciales, tal como viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

L) Francia

La Ley de 9 de julio de 1994 sobre respeto al cuerpo humano, relativa a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal reformó el Código Civil, el Código de salud pública y el Código Penal. Tienen el carácter de normas de orden público, las que afirman la primacía y dignidad de la persona y el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida y que el cuerpo humano, sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial. Se prohíbe la donación de gametos a las mujeres sin pareja, la inseminación *post mortem* y la maternidad subrogada. El recurso a la procreación medicamente asistida solo se admite para aquellas parejas que, por causas médicas no estén en disposición de procrear o exista un riesgo significativo para la salud del hijo. El acogimiento de embriones se equipara a la adopción prenatal manteniendo el anonimato del donante. Se autoriza el diagnóstico preimplantatorio en casos excepcionales en los que exista un riesgo alto de transmisión de graves enfermedades.

La legislación francesa ante mencionada se estableció como revisable, efectuándose dicha revisión en 2004, al tiempo que se creó la Agencia de Biomedicina, un organismo de autorización y control independiente de la Administración, que habrá de informar favorablemente actuaciones tales como la investigación sobre embriones in vitro para que sean posteriormente autorizadas por el Ministerio de Salud que deberá establecer una lista de las TRA que pueden actuarse, sometidas a reglas de buena práctica, procurando evitar por ejemplo que la ICSI y el diagnóstico preimplantacional se utilicen como recurso habitual, habiéndose admitido con carácter experimental la posibilidad de seleccionar embriones in vitro para dar lugar al nacimiento de un niño que pueda ser donante de otro afectado de una enfermedad genética grave (bebe medicamento o de la doble esperanza según la posición del observador).

Diversas reformas en las citadas "leyes bioéticas" en 2011 y 2015, así como una ley de 2016 para la modernización del sistema de salud han introducido algunas modificaciones en la regulación de las TRA. Se posibilita la donación de gametos por personas que no hubieran procreado (no más de cinco ovocitos y tres colecciones de esperma) permitiendo también de modo limitado la conservación de gametos para uso propio. La investigación biomédica sobre el embrión *in Vitro* se permite con el consentimiento de los progenitores. La prohibición de la maternidad subrogada ución, claramente establecida en el Derecho Francés ha debido ser atemperada tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2014 relativa a los casos Labassée y Menesson que estimó se había producido una infracción del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Consecuentemente en 2015 la Corte de Casación ha admitido en dos ocasiones la validez de la transcripción en el Registro de certificados obtenidos en Rusia tras pactos de gestación en que se acreditaba la paternidad de ciudadanos franceses, lo que está influyendo en los tribunales franceses que han comenzado a admitir la transcripción de dichos certificados obtenidos fuera de Francia en tanto no se detecten falsedades o irregularidades, minimizando la prohibición del Código civil francés.

M) Grecia

La Constitución Griega reformada el 17 de abril de 2001 establece en su artículo 5.5. el derecho a disfrutar de una protección plena de la salud y de la identidad genética y que las intervenciones biomédicas se adecúen a las prescripciones legales. La Ley de asistencia médica a la reproducción humana de 2002 reforma el Código Civil. Se limita la edad de las usuarias de las TRA hasta el final de la edad fértil, permitiendo la fertilización artificial solo cuando exista incapacidad para tener hijos de forma natural o para evitar la transmisión de una severa enfermedad genética al hijo. Se autoriza la fecundación post mortem en el plazo de dos años y

se acepta la maternidad subrogada gratuita mediante acuerdo escrito de las partes y previa la autorización de un tribunal.

N) Italia

La Constitución afirma la responsabilidad derivada del hecho de la procreación y protege a la mujer gestante y al concebido. Doctrina y jurisprudencia, al abordar los problemas derivados de la procreación asistida, han negado la identificación del ser humano en las diferentes fases de su evolución antenatal con el simple material biológico más allá del grado de subjetividad reconocido por la Ley. Con estos antecedentes se aprobó en 2004 la Ley de procreación médicamente asistida, cuya finalidad es favorecer una solución a los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o la infertilidad humana, asegurando los derechos de todos los afectados, incluido el concebido. Las TRA se plantean como último remedio evitando en lo posible su carácter invasivo, quedando prohibidas las donaciones de gametos y cualquier experimentación sobre el embrión humano, así como su crioconservación que puede consentirse como excepción si se demora su implantación. El desarrollo tecnológico y los cambios sociales han obligado sin embargo, a modificar profundamente el planteamiento y alcance de la citada Ley italiana , particularmente tras recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional de Italia que, en Sentencia de 5 de junio de 2015 afirmó la inconstitucionalidad de la prohibición de prácticas heterólogas establecida por la Ley italiana 40/2004 respecto a parejas infértiles o portadoras de una grave enfermedad genética transmisible. La inconstitucionalidad no se extiende a la prohibición de la maternidad de sustitución establecida en la ley italiana, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Paradiso y Campanelli v. Italia modificó la respuesta que había dado en 2014 en dos casos en que Francia fue demandada, desestimando el recurso, toda vez que la Convención Europea no reconoce el derecho a convertirse en padre y que los Estados tienen en materias sensibles un amplio margen de apreciación. Teniendo en cuenta que materias conexas, tal como la adopción no han sido objeto de la reforma legislativa de Derecho de familia llevada a cabo en 2016 y que los Tribunales italianos han interpretado de forma distinta casos planteados en materia de maternidad de sustitución, se aboga en la doctrina por una legislación que clarifique la respuesta jurídica en estos casos en que están en juego los derechos de los niños.

Ñ) Rusia

Se ha apuntado que el aborto legalizado por vez primera en Rusia en 1920 y ampliamente utilizado en el pasado incluso como medio de control de natalidad, llevaría en etapas posteriores a prescindir del debate ético en relación con la utilización de embriones humanos obtenido in vitro. En 1993 se estableció una legislación para salvaguardar la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa que

expresamente reconocía el derecho de la mujer adulta en edad fértil a acceder a las técnicas de IA y FIV. Una Orden del Ministerio de Salud del año 2003 completaba esta regulación creando una situación muy favorable para las prácticas de la TRA toda vez que se permite la donación de gametos incluso con carácter comercial y también la maternidad subrogada si existe una indicación médica, mientras que los cambios en la filiación en los casos que resulte procedente pueden lograrse de acuerdo con las normas del Código de familia de 1995.

O) Argelia

La Constitución establece que el Estado garantiza la inviolabilidad de la persona humana y la familia y los derechos de los niños son protegidos por el Estado y la sociedad. El código de familia establece que la filiación se determina por un matrimonio valido, el reconocimiento de la paternidad o la prueba ante un tribunal. La reforma del Derecho de familia de 2005 autorizó que el marido pueda con el consentimiento de su esposa recurrir a la asistencia médica por procreación asistida de tipo homologo sujetándose a las reglas establecidas legalmente de buena práctica clínica y de los laboratorios a fin de tratar la infertilidad de la mujer casada. La donación de líquido seminal y la maternidad subrogada están prohibidas.

P) Sudáfrica

El Tribunal Constitucional en su Decisión de 29 noviembre de 2016 ha validado la exigencia legal de que exista algún vínculo genético cuando se recurra a la maternidad de sustitución. Un reciente estudio que compara el alcance de esta decisión judicial con la propuesta de Holanda en relación con la maternidad de sustitución considera la trascendencia que en todo caso corresponde al derecho del hijo a conocer su origen para afirmar su identidad y la necesidad de establecer registros como se propone en Holanda, norma que se sugiere a la comunidad internacional a los efectos de garantizar los derechos de los niños habidos mediante TRA.

Q) Oriente Medio y Extremo Oriente

A principio del presente siglo en estas regiones del mundo sólo Taiwán tenía una específica legislación en materia de reproducción asistida, aunque existían regulaciones gubernamentales en Singapur, Malasia, Israel, Hong Kong y Arabia Saudí y también se reclamaba licencia para estas actividades en países como Indonesia, Tailandia, Japón o Líbano. Sólo en unos pocos países (Taiwán, Singapur, Corea, Japón, Israel) existían registros en la materia. En casi todos los países islámicos esta prohibida la donación de gametos. En China una Ley de 1994 sobre asistencia sanitaria materno infantil estableció la orientación médica claramente directiva a la

práctica de la interrupción del embarazo cuando se detectaba un trastorno grave que afectara a la salud del feto o de la madre. En este contexto se estableció en el año 2000 una ordenanza para regular las TRA admitiendo la donación de gametos y la investigación con embriones aplicable a las parejas infértiles incluyendo los acuerdos sobre maternidad subrogada, allí donde no entre en juego una legislación especifica. La citada normativa se inspira claramente en la legislación británica, lo que llevó a la implantación de un Consejo de Tecnología Reproductiva Humana que puede nombrar comités delegando funciones, otorgando licencias e imponiendo códigos de práctica. La ordenanza 2000 establece una serie de prohibiciones relativas a la aplicación de TRA a parejas no casadas precisando los gametos que pueden utilizarse en un acuerdo de maternidad subrogada o los límites aplicables a la investigación con embriones humanos.

En los países asiáticos que admiten la donación de gametos y embriones humanos el hijo se vincula a los receptores sin poder conocer su identidad genética. Singapur, Corea e India permiten la donación de ovocitos sin anonimato. Los servicios de reproducción asistida se establecen usualmente sólo para parejas casadas. En la India se estableció en 1994 una ley para prevenir las malas prácticas relativas al diagnostico prenatal. Conforme a la misma, ninguna persona que lleve a cabo estas técnicas informará a la mujer embarazada o a sus familiares sobre el sexo del feto verbalmente, por medio de signos o de cualquiera otra manera. Israel permite la práctica de las TRA para mujeres no casadas o solas, autorizando con restricciones la maternidad subrogada después del caso judicial Nachmaní en 1996. Las técnicas de reproducción asistida y de diagnóstico prenatal están en la actualidad ampliamente extendidas en Japón, impulsadas por la baja natalidad y la presión social. sobre las mujeres para tener descendencia. En Filipinas una reforma del código de familia en 1988 permitió la vinculación a una pareja casada del hijo habido por reproducción asistida, mediando el consentimiento conjunto de los esposos.

R) España

La Ley 35 de 1988 que regulaba las TRA fue recurrida ante el Tribunal Constitucional en 1989, siendo resuelto el recurso diez años después de modo favorable a la sustancial constitucionalidad de la citada Ley, pero el desarrollo reglamentario de la Ley fue llevado a cabo fuera de plazo con notable retraso, incluidos aspectos tan importantes como el registro de la actividad de los centros que aplican TRA, normativa que, en la actualidad, sigue sin cumplimentarse a nivel estatal.

La LTRA de 1988 fue modificada parcialmente en 2003 para intentar resolver el problema generado por la acumulación de los llamados embriones sobrantes, y sustituida más tarde por la vigente Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción

Humana Asistida (LTRHA) que no difiere sustancialmente en sus planteamientos y estructura de la legislación de 1988, aunque se orienta decididamente a favorecer la investigación biomédica, objeto en 2007 de una amplia y detallada regulación.

La LTRHA 2006 en su artículo 1 precisa el concepto legal de preembrión y prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos, pero sigue sin hacer referencia la a la condición humana del preembrión, lo que contribuye a su cosificación e instrumentalización, tanto más cuanto que se prescinde de destacar, tal como hace la Ley británica de Embriología y Reproducción Humana, que el embrión humano es obtenido y mantenido fuera del cuerpo de la mujer mediante procedimientos técnicos, lo que puede resultar de gran relevancia en el plano jurídico en relación con la responsabilidad de los agentes implicados, habida cuenta que el Tribunal Constitucional afirmó en la Sentencia 116/1999 que los preembriones in vitro merecen cierta protección aunque ésta no sea equiparable a los implantados en el útero materno , y que los bancos de gametos, y preembriones, habrán de estar debidamente autorizados y controlados. Por otra parte, Mientras que la LTRA de1988 limitaba las actuaciones en relación con las TRA en una lista cerrada, en la LTRHA 14/2006 se admite que puedan experimentarse nuevas técnicas, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana y la aprobación de la autoridad sanitaria correspondiente, actualizando la lista de las permitidas, incluido el diagnóstico genético preimplantacional para realizar la selección de embriones con fines terapéuticos para tercero.

La Ley 14/2006 TRHA establece, al igual que hacía la legislación derogada, que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar con independencia de su estado civil puede ser usuaria de las TRA. No es obstáculo para ello la orientación sexual, habida cuenta que tras la reforma del Código civil español en 2005 el matrimonio tiene los mismos requisitos y efectos sea los contrayentes del mismo o diferente sexo. De este modo, la asistencia a la procreación no atiende sólo a problemas de esterilidad o infertilidad de la pareja humana, deviniendo en la práctica un modo alternativo de reproducción. Confirmando esta tendencia, al promulgarse en España la Ley 3/2007 sobre rectificación registral relativa al sexo de las personas se modificó la Ley 14/2006 permitiendo en el caso de una mujer casada con otra usuaria de las TRA, que pueda determinarse la filiación del hijo en el Registro Civil, también a favor de aquélla. La LTRHA mantiene el anonimato en los supuestos muy frecuentes de donación de gametos, aunque pueda en casos extraordinarios en que peligre la vida o salud del hijo o sea necesario en un proceso penal, revelarse de forma confidencial la identidad del donante, sin que ello afecte a la determinación de la filiación. Las reglas que la LTRHA establece en materia de filiación modifican las del Código Civil tendiendo ello a favorecer la utilización de las TRA, aunque el Tribunal Constitucional reconociera implícitamente en la citada Sentencia 116/1999 que los derechos de los menores podían en algunos casos

resultar negativamente afectados. La LTRHA 2006 admite como la Ley de 1988 la fecundación post mortem, hasta doce meses siguientes al fallecimiento del marido constando su consentimiento, que se presume si se obtuvieron preembriones antes del fallecimiento. El varón unido a la mujer por vínculo no matrimonial puede hacer uso de está permisión legal que permitirá en su caso el establecimiento de la filiación cumplimentando los requisitos que marca la ley.

La vigente LTRHA sigue considerando nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, determinándose la filiación por el parto, tal como se establecía en la LTRA de 1988, dejando igualmente a salvo la posible acción para reclamar la paternidad respecto al padre biológico conforme a las reglas generales. Sin embargo, resoluciones de la Dirección General de los Registros han admitido la relevancia de decisiones judiciales y de documentos que acreditaban relaciones de filiación subsiguientes a contratos de gestación por encargo llevados a cabo en otros países, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene una posición más proclive al rechazo legal de los citados contratos, lo cual deberá sin embargo matizarse ante la orientación de las recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abogan por una protección más efectiva de los derechos de los niños habidos a resultas de estas actuaciones que bordean en muchos casos la figura del fraude de ley.

El Derecho particular de Cataluña reguló la filiación derivada de la aplicación de TRA, incluida la fecundación post mortem, mediante una ley autonómica en 1991, regulación que ha servido de antecedente a la contenida actualmente en el Código Civil de Cataluña.

S) Portugal

La Constitución de la República Portuguesa revisada en 1997 establece en su artículo 26 que «La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, especialmente en la creación, desarrollo y utilización de la tecnología y en la experimentación científica". La Ley 32/2006 de Procreación médicamente asistida (PMA) se refiere específicamente a la IA, FIV, ICSI y al diagnostico preimplantacional junto a aquellas técnicas de laboratorio equivalentes o complementarias en las que se manipulen gametos o embriones. La mencionada Ley establece que las PMA son un medio subsidiario y no alternativo de procreación y sólo se podrá hace uso de las mismas mediando un diagnóstico de infertilidad o para evitar la transmisión de una dolencia grave. Las PMA se aplican a personas casadas no separadas, mayores de 18 años, sin anomalías psíquicas y a la pareja heterosexual que conviva al menos dos años. No se admite la utilización de las PMA para mejorar las características del nacido o seleccionar el sexo, pero sí para

detectar una dolencia grave o cuando se considere necesario para obtener un antígeno (HLA) que permita tratar dolencia grave. En la FIV se deberá restringir el número de ovocitos que se fecundan y de embriones que se implantan de acuerdo con la situación clínica de la pareja, las buenas prácticas y el consentimiento informado. Se admite la IA y FIV post mortem para cumplir un proyecto parental claramente establecido por escrito en el plazo que se considere ajustado.

La Ley portuguesa 32/2006 sobre procreación medicamente asistida ha sido sustancialmente modificada por las leyes 17 y 25 de 2016 que erosionan el principio de subsidiariedad, aumentan el circulo de beneficiarios y admiten, siquiera sea de forma limitada, la gestación por sustitución. Según el nuevo artículo 4.3 las TRA pueden ser utilizadas por cualquier mujer, sin requerirse un diagnóstico de infertilidad y con independencia de su estado civil u orientación sexual. Basta haber cumplido 18 años, pudiendo resultar beneficiadas parejas de mujeres, estando o no casadas. El proclamado principio de dignidad humana no invalidará el contrato de maternidad de de sustitución si se cumple una serie de requisitos, cuando exista una situación clínica que impida la gestación. El contrato formal y gratuito requiere que las partes sean informadas acerca de los beneficios y riesgos debiendo ser aprobado por la Comisión Nacional sobre procreación médicamente asistida. Se requiere la utilización de gametos por parte de alguno de los beneficiarios sin que la madre gestante pueda aportar sus propios ovocitos. No se admite la validez del contrato cuando la mujer gestante se encuentre en situación de dependencia económica respecto a la otra parte. Lo expuesto anteriormente implica cambios sustanciales en el concepto legal de filiación en Portugal y plantea dudas en torno al mantenimiento del principio que atiende al mejor interés del niño. La legislación portuguesa no permite la fecundación post mortem, pero sí permite la implantación del embrión obtenido con los gametos de la pareja en un plazo razonable tras la muerte del varón.

T) Países latinoamericanos

Las TRA se practican ampliamente en Argentina. México, Brasil y Colombia, pero resulta escaso en muchos casos el desarrollo de la correspondiente regulación jurídica. En Argentina ha entrado en vigor en 2015 un nuevo Código Civil y Comercial que introduce en el Derecho de filiación como una tercera fuente, junto a filiación por naturaleza y por adopción, la voluntad de procrear operativa mediante las técnicas de reproducción asistida, que inicialmente se aplicaron como una alternativa médico-terapéutica, pero que en la actualidad han ampliado de modo considerable el número de beneficiarios. La regulación vigente en Argentina se apoya en los principios constitucionales, tales como el derecho a fundar una familia y a la salud sexual y reproductiva, con la pretensión de ampliar derechos, atendiendo a la evolución de la sociedad. La Ley de Acceso integral a las

Técnicas de Reproducción Asistida y su Reglamento de 2013 se complementa con las reglas del nuevo Código Civil, particularmente los artículos 558 a 593, aplicables a la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Se reconoce el derecho a saber del nacido mediante TRHA con material de tercero. Se establece la obligación del Estado de resguardar toda la información relativa a los donantes, adoptándose una solución intermedia en lo que respecta al levantamiento del anonimato del donante que puede lograrse exponiendo razones fundadas en un proceso judicial. En cuanto a la práctica de la gestación por sustitución no está prohibida, pero tampoco regulada en Argentina, por lo que, aun silenciada por el Código, ha pasado a formar parte de la realidad social, habiendo logrado reconocimiento en algunos casos mediante polémicas sentencias judiciales.

Los informes sociológicos obtenidos en algunos de los países iberoamericanos muestran cierta desinformación acerca las potencialidades y dilemas éticos que plantean los avances científicos en el campo de la genética humana y las prácticas biotecnológicas, al tiempo que una predisposición al aprovechamiento de los eventuales beneficios derivados de las mismas, favoreciendo la falta de regulación el predominio de las reglas del mercado. Referencias aisladas a las TRA como la que hace genéricamente el Código Civil chileno en su a. 182 para establecer la filiación de los nacidos mediante las mismas, deja en la penumbra muchas cuestiones acerca de la licitud de tales técnicas. También resulta difícil de coordinar las normas del Código Penal para el Distrito Federal de México de 2002 en relación con la práctica de la IA, FIV y manipulación genética, con la legislación sanitaria aplicable en la República Federal Mexicana. donde los contratos de gestación subrogada no tienen validez legal, pero tampoco están prohibidos, aunque sí cuentan con regulación protectora de la mujer gestante y del nasciturus en el Estado de Tabasco. .Sin embargo, en términos muy generales cabe hablar de una diferente óptica jurídica con la que se contempla en estos países la problemática de la reproducción asistida en relación con Estados Unidos y Europa, particularmente en lo que concierne al estatuto jurídico del embrión obtenido in vitro como muestra la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2001 afirmando que los embriones humanos no pueden considerarse meros instrumentos y refiriéndose a unos principios éticos contenidos en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos suscritas por Costa Rica a la vez que citaba la Ley española de 1988 TRA como vulneradora de tales principios. Sin embargo decisiones judiciales más recientes admiten de forma creciente una libre utilización de las TRA, al tiempo que desde distintas posiciones doctrinales se advierte de la falta de operatividad del concepto legal de persona que deriva de textos vigentes en muchos códigos civiles de países latinoamericanos , frente a prácticas de rutina que se realizan en laboratorios de investigación y clínicas de fertilización, o la falta de regulación ante casos de maternidad subrogada , abogando la doctrina por encontrar soluciones efectivas

para los conflictos derivados de la utilización de TRA. Se advierte también que las desigualdades existentes en muchos pueblos de América Latina podrían aumentar y generar abusos en el sensible campo de las relaciones familiares si no se encara adecuadamente la regulación de las TRA, la investigación biomédica y en general los cambios sociales y económicos derivados del desarrollo tecnológico, señalándose como principios rectores en Bioética en América Latina que podrían orientar también los proyectos de regulación en curso de las TRA el principio de dignidad de la persona y respeto a los derechos humanos, no comercialización del cuerpo humano, no discriminación, consentimiento libre e informado, conservación y aprovechamiento sustentable de la diversidad biológica, libre investigación de la paternidad y maternidad genéticas y libertad de investigación científica en un marco de referencias éticas.

II. LA PRÁCTICA DE LAS TRA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las TRA se han desarrollado en muchos países atendiendo a la libertad de creación científica y técnica y al derecho a beneficiarse de los progresos derivados de la misma, tal como se significa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aplicados al creciente problema de la infertilidad de la pareja humana. Sin embargo, debe observarse que las TRA inciden en los derechos fundamentales a la vida, la libertad y seguridad de las personas y en los derechos a la intimidad y a no recibir tratos inhumanos o degradantes, reconocidos también de forma creciente en las Declaraciones de Derechos.

En la actualidad el acceso a las TRA plantea la cuestión de la existencia de un derecho a la reproducción utilizando las citadas técnicas, pudiendo considerarse dominante, particularmente allí donde extiende su influencia el Derecho anglosajón, la doctrina de los derechos reproductivos. Las Conferencias mundiales de la ONU celebradas en El Cairo y Beijing celebradas en 1994 y 1995 respectivamente reconocieron el derecho a la libertad reproductiva, considerando instrumentalmente que el asegurar tales derechos reproductivos a las mujeres es condición previa para que puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto a los hombres. La Conferencia sobre la mujer que tuvo lugar en Beijing consagró el nuevo concepto de salud reproductiva que reclama medios no sólo legales sino también materiales o económicos para poder decidir en cuestiones relativas a la procreación.

La Organización de las Naciones Unidas ha impulsado textos relacionados con la reproducción y la Biomedicina que tienen un valor más simbólico o declarativo que normativo, pero que favorecidos por el crecimiento exponencial de los medios

de comunicación pueden ir consolidando su vigencia como normas o principios propiamente jurídicos. En esta línea, la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre de 1997 que reiteradamente alude al concepto de dignidad humana, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos(2003) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos(2005) que contó con un notable respaldo de países iberoamericanos para garantizar condiciones básicas de salud pública (articulo 14), superando la reticencia de algunos países a la extensión de los derechos sociales, aunque no hace referencia a los derechos reproductivos.

Encomiable resulta en este campo la labor del Consejo de Europa que en 1982 emitió la Recomendación 934 sobre ingeniería genética encargando la elaboración de borradores de regulación de los procedimientos procreativos biomédicos; también la Recomendación 1046 (año 1986) sobre el empleo de embriones humanos y fetos para fines diagnósticos, científicos, terapéuticos individuales y comerciales. El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 es un texto jurídico internacional abierto incluso a Estados no europeos siendo el más completo de este tipo hasta la fecha. En su artículo 2 se establece que el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad y de la ciencia, y en el artículo 18 se propugna una protección adecuada para el embrión in vitro y se sienta la prohibición de crear embriones para investigar. Se establecen por otra parte en el citado Convenio derechos de acceso equitativo a los beneficios de la sanidad, y obligaciones derivadas de la conducta profesional, así como normas relativas al consentimiento informado, a la protección del genoma humano y a la prohibición de obtener lucro del cuerpo humano o de sus partes, habiendo previsto el desarrollo del citado Convenio a través de protocolos adicionales, tal como el aprobado en 2001 prohibiendo la clonación.

La Unión Europea no se ha pronunciado aún de manera vinculante y de forma general sobre la tecnología reproductiva, si bien se ha ocupado puntualmente de problemas éticos y jurídicos directamente relacionados con la misma, tal como la FIV, la manipulación genética, la clonación y la investigación con células provenientes de embriones humanos. La Carta de Derechos Fundamentales aneja al Tratado de una Constitución para Europa dedica su primer artículo a proclamar la inviolabilidad de la dignidad humana, y establece como corolario el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, así como algunas normas que han de respetarse en el ámbito de la Medicina y la Biología. Por otra parte, varias instancias europeas y de ámbito mundial han adoptado códigos internacionales de buena conducta profesional que aun careciendo de valor normativo regulan la práctica de la reproducción asistida en aquellos países donde falta la legislación interna. Es el caso de la European Society for Human Reproduction and Embriology (ESHRE) y en EE.UU. la American Society for Reproductive Medicine (ASRM), cuyo

cometido principal es representar y defender en el ámbito nacional los intereses de los médicos especialistas en Medicina reproductiva.

1. Posiciones doctrinales sobre la reproducción asistida

En la actualidad, sólo corrientes minoritarias abogan por la prohibición en el plano jurídico de la reproducción asistida, fundamentadas en una visión esencialista de la naturaleza humana. En este grupo tienen un peso específico corrientes religiosas y tradiciones compartidas por amplios sectores de la población mundial que se manifiestan en el momento actual enfrentándose a la globalización tecnológica. Así sucede en algunos países islámicos, dado que la ley religiosa es al tiempo ley civil en el ámbito de la familia, donde sin rechazar los avances científicos y técnicos, no se aceptan sin embargo las prácticas reproductoras con gametos que no sean los de los esposos o de modo que pueda quedar en la incertidumbre la filiación paterna. Parecidamente la religión judía aun siendo favorable al desarrollo científico y técnico también repudia en términos generales la contribución de donantes en las TRA o que la filiación pueda quedar indeterminada. Desde la óptica de la religión evangélica se prohíbe en términos generales la contribución de donantes en el proceso reproductivo de la pareja humana y se rechaza la obtención de embriones sobrantes. Aunque la posición actual de la Iglesia Católica sea de reconocimiento y respeto por el progreso científico, hay notorias discrepancias entre la moral católica y la práctica de las TRA por contravenir principios básicos que atañen a la protección de la vida y la integridad del ser humano desde su concepción, a la necesaria unión entre el bien de los esposos y la transmisión de vida humana y a la comprensión de la ciencia y la técnica como un bien al servicio del hombre. La valoración del riesgo ligada a las prácticas biotecnológicas ha dado lugar también a distintas corrientes de opinión acerca de las TRA. Así, los autores anglosajones próximos al utilitarismo y al liberalismo se muestran favorables a la concesión de una libertad amplia en el empleo de la biotecnología. Se considera que la procreación constituye un factor importante para el bienestar de las personas que al mismo tiempo implica asunción de unas cargas que deben ser asumidas voluntariamente. Por ello no se encuentra razón para negar la posibilidad de reproducirse si se dispone de los gametos y los medios técnicos necesarios. Un planteamiento distinto que cuenta con numerosos seguidores en Europa, sitúa libertad y responsabilidad como principios complementarios y argumenta que mientras no se conozcan con seguridad los efectos de la tecnología reproductiva y genética difícilmente puede haber legitimación moral para arriesgar la vida y la integridad de las generaciones venideras. La oposición más radical a la conversión de la tecnología reproductiva en un medio alternativo de la procreación natural se apoya en argumentos iusnaturalistas sostenidos hoy por el catolicismo y el ecologismo. Desde el pensamiento feminista se han vertido opiniones muy variadas sobre la Medicina reproductiva. Por una parte, se defiende el derecho de la mujer

a controlar el proceso de reproducción como una manifestación del principio de autonomía y se afirma que las mujeres deberían ostentar la facultad de decidir, aunque oyendo al varón. Sin embargo, un sector de la opinión feminista considera que la experimentación intensa llevada a cabo en los últimos treinta años con el fin de explorar todas las posibilidades de la tecnología de la reproducción ha obligado a muchas mujeres a someterse a experimentos peligrosos y en muchos casos inútiles, denunciado también la falta de control femenino sobre estas prácticas que podrían tener el efecto inverso de aumentar la decisión de los hombres sobre la fecundación y la gestación. Existe también corrientes feministas que consideran que la tecnología reproductiva forma parte de un movimiento más amplio que va hacia la indiferenciación de los sexos y que abocará a que los hijos se produzcan en el laboratorio. Por su parte, los profesionales dedicados a las tecnologías reproductivas argumentan que éstas nacieron como remedio a la esterilidad y no como alternativa a la reproducción restando importancia a la baja tasa de éxitos de las TRA, aunque escasean las críticas directas al negocio de la esterilidad y a la clara primacía que en algunos países adquieren las reglas del mercado.

2. La adaptación de la legislación a la revolución reproductiva

Pese a los profundos cambios que las TRA introducen en las relaciones familiares, particularmente en el campo de la filiación, la reflexión interdisciplinar que se produce en muchos países se proyectó inicialmente sobre las consecuencias de más largo alcance de la fertilización extracorpórea dado que con la FIV se produce una cosificación de los seres humanos que nacen como resultado de tales técnicas y con mayor razón de los embriones humanos considerados como simples materiales reproductivos y de los gametos humanos cuya funcionalidad genésica puede ser actuada con total independencia de la voluntad de las personas de quien procede. Las TRA han contribuido al desarrollo científico de la medicina, biología y genética humanas, pero al tiempo han erosionado las bases de instituciones orientadas secularmente a favorecer la cooperación entre los seres humanos en el ámbito familiar, posibilitando en muchos casos la proliferación de prácticas que transforman actos que inciden decisivamente en el citado ámbito de intimidad en servicios de valor económico. En tales condiciones, el ataque a los derechos humanos no proviene, al menos de modo principal, de la tiranía u opresión del Estado o poderes constituidos sino del omnipresente desarrollo tecnológico que aun en las sociedades democráticas avanzadas distorsiona la percepción de los valores jurídicos, desconecta las consecuencias de los actos humanos de su finalidad inicial y difumina el sentido de la responsabilidad de las personas. Sin embargo, la posición predominante hoy día, particularmente en países anglosajones tiende a considerar que existe un derecho a la reproducción como una especie de derecho al hijo, dado que se ha modificado la concepción de la infertilidad por la posibilidad de aplicar técnicas cada vez más avanzadas. De otra

parte, aunque los servicios de aborto no formen parte propiamente del citado derecho es clara la conexión de ambas prácticas dentro de los llamados derechos reproductivos En cuanto a los países en vías de desarrollo la tendencia dominante trata de establecer un derecho a la salud reproductiva del que derivarían otros derechos complementarios, pero el costo y cualificación profesional que exigen las TRA ponen de manifiesto diferencias irritantes respecto a la situación de amplias capas de población de los citados países, amén de contribuir en algunos casos las TRA a fomentar la discriminación por razón del sexo de los nacidos. De otra parte, cabe señalar que la construcción de los derechos reproductivos no tiene en cuenta la desigual posición del hombre y la mujer para actuar su capacidad reproductora, ni el hecho de que la cooperación de la mujer sigue siendo indispensable para la gestación del hijo cualquiera que sea la forma en que la concepción se lleva a cabo, no pudiendo imponerse coactivamente, teniendo en cuenta además que la comunidad no puede garantizar la provisión de gametos o embriones para hacer efectivo el derecho a la reproducción y que a escala general no parece que funcione en la práctica la pretendida solidaridad de los donantes.

Desde la citada posición que acepta la existencia de derechos reproductivos se ha planteado la posibilidad de una reglamentación abierta de las TRA como un sistema alternativo al modelo tradicional de la familia, mientras que otras corrientes propenden a una reglamentación cerrada alimentada de una lógica prohibicionista. El sistema de autorizaciones adoptado en el Reino Unido se situaría en una vía intermedia, adecuada a la tradición jurídica del *Common Law* y a la eficiencia de los Entes o Comisiones llamados en el citado país a desempeñar funciones institucionales. El discurso cambia en un sistema de Derecho Civil como el Europeo Continental o el de los Países Iberoamericanos donde las reglamentaciones abocan a convertir las TRA en un medio alternativo de procreación.

El examen de las principales regulaciones de las TRA establecidas en Estados europeos permite observar que se ha recurrido con largueza al Derecho punitivo, en ocasiones sin guardar las citadas normas una adecuada conexión con otros sectores del ordenamiento. Sin embargo, de acuerdo con el principio de mínima intervención del Derecho penal, convendría extremar la cautela para salvaguardar la libertad de procrear de las personas y la libertad de investigación científica. El panorama se ha complicado extraordinariamente en los últimos decenios, a medida que los avances concatenados de la Embriología y la Genética humanas pueden con facilidad desembocar en actuaciones donde se ponga en juego bienes y derechos inherentes a las personas, relaciones familiares básicas y el propio destino de los humanos.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varios casos en que se utilizaban las TRA, aceptando que

las demandas interpuestas encontraban apoyo en el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 de la Convención Europea de 1950 que se procura interpretar dinámicamente), reiterando en sus sentencias el TEDH que tratándose de cuestiones sensibles los Estados disponen de un amplio nivel de apreciación, al tiempo que se intenta avanzar en la homogeneidad de la respuesta jurídica. Así, en el caso Evans contra Reino Unido (2007) la Gran Sala del TEDH entendió que debía prevalecer la posibilidad de revocar el consentimiento que dio el varón a la implantación de embriones en la mujer de acuerdo con la ley británica frente a la demanda de ésta, separada de su marido, pretendiendo seguir en solitario con el proyecto parental de ambos. En cambio, el TEDH entendió que el Reino Unido se había extralimitado al negar a una ciudadana británica la posibilidad de ser inseminada utilizando el material genético de su marido recluso (Caso Dikynson contra UK, 2007). En el caso S.H y Otros frente a Austria, dos parejas recurrieron la prohibición de la ley austríaca que impedía su proyecto parental que requería la donación de gametos para la práctica de la FIV. El TEDH entendió en 2010 que se había producido una discriminación por cuanto la ley austríaca permitía la inseminación artificial con contribución de donante, pero la Gran Sala del TEDH en Sentencia de 3 de noviembre de 2011 levantó la sanción impuesta al Estado Austriaco-. En cambio, el TEDH condenó a Italia por entender que la prohibición legal de llevar a cabo el diagnóstico prenatal solicitado por una pareja para prevenir la existencia en su descendencia de una grave enfermedad no era coherente con la posibilidad legal de practicar el aborto a los fetos afectados de aquella misma enfermedad. (Caso Costa y Pavan contra Italia (2012).

La gestación por encargo es una cuestión altamente controvertida en Europa en el momento actual por su sesgo discriminatorio, particularmente cuando el encargo se asume por mujeres en situación precaria de países no desarrollados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha atendido en varias ocasiones demandas planteadas acerca de esta práctica -tal las citadas Sentencias Menesson y Labassee contra Francia en 2014 y Paradisso y Campanelli contra Italia en 2015 que, con independencia de la sanción que correspondiera en cada caso a las apreciadas intromisiones en la vida privada y familiar de los comitentes destacaron la necesidad de proteger a los niños objeto de este tráfico, hubiera o no vínculo parental, genético o de otro tipo. El TEDH ha puesto también de manifiesto que resulta necesario reducir el margen de apreciación del Estado en los supuestos en que la relación paterno filial se hubiera prolongado durante un tiempo considerable, respetando en esos casos el vínculo establecido por cuanto ello afectaba al derecho a la identidad del hijo.

III. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA

Las TRA en su intento de controlar el proceso de reproducción humana pueden implicar peligros para la vida e integridad física o moral de la mujer gestante o del hijo habido mediante estos procedimientos. Atendiendo a ello, se establecen criterios de práctica clínica a los que deberán sujetarse los profesionales al objeto de reducir al máximo la responsabilidad derivada de estas prácticas. Admitida la intervención de procedimientos técnicos en la intimidad de la procreación humana, resulta lógico que las TRA se adecúen a criterios de eficiencia y calidad con lo que la idea de eugenismo rechazada en los países democráticos vuelve a introducirse de forma insidiosa por este medio, siendo previsible que en el futuro las TRA generen desigualdades o discriminaciones que el derecho habrá de impedir o contrarrestar.

En la actualidad resulta evidente que las TRA se han abierto un espacio en la realidad social de los países desarrollados y mediante el impulso de la globalización comienzan a expandirse también a escala mundial siguiendo las reglas del mercado en tanto no haya leyes prohibitivas o que establezcan restricciones. Las diferentes tradiciones jurídicas, religiosas y culturales explican en buena medida la diversidad de tratamiento jurídico de las TRA en los respectivos países, existente incluso en los estados de la Unión Europea. Sin descartar el que tal diversidad pueda en alguna medida favorecer la búsqueda de la mejor respuesta a los complejos problemas que plantean las TRA en orden a la protección de los derechos humanos, es clara la conveniencia de una convergencia de las citadas regulaciones a la que podría llegarse a través de acuerdos internacionales y merced a la difusión de textos declarativos que aun no contando con la coercibilidad de la norma legal ayuden a conformar las convicciones sociales.

La protección jurídica de la persona se erige en cuestión central en la llamada sociedad del riesgo, dada la rapidez del avance tecnológico, la falta de sedimentación de los conocimientos y la distorsión que con frecuencia se contempla la relevancia de los nuevas técnicas y descubrimientos. La FIV ha venido a confirmar, que el desarrollo biológico, condicionante en todo caso de la identidad y del desarrollo personal del ser humano es un proceso continuo que se inicia con la fecundación, resultando de ello la necesidad, desde una perspectiva estrictamente jurídica, de proteger el embrión *in vitro* en cuanto germen identificado de vida humana y de controlar actividades biotecnológicas que trascienden con mucho los intereses privados que les sirven de principal impulso. La polémica acerca del estatuto ético antropológico del embrión humano ha perdido fuerza en los últimos años ante el paradigma epigenético que se ha ido abriendo paso en la biología referido a la emergencia de una nueva organización que exige la interacción con el medio para su despliegue. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica cabe destacar

que el Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos reclama una protección adecuada para el embrión humano y que la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2011 prohíbe patentar células madre embrionarias acogiendo una concepción amplia y a la vez unitaria de embrión orientada hacia la persona humana. Con lo cual cabe argumentar que el problema de la legitimidad de las "asistencias a la procreación" se traslada en buena medida al acto de obtención , manipulación y utilización de gametos y embriones humanos *in vitro* que habrá de justificarse en cada caso ante el Derecho, incluyendo medidas legales que coadyuven a posibilitar el desarrollo vital de los embriones , tales como ligar su obtención a la existencia de un proyecto parental, toda vez que no puede el Derecho imponer su implantación a ninguna mujer, ni resulta justo reducir los gametos humanos, considerados en su funcionalidad, a la condición de simples materiales, ni, mayormente, reducir a los embriones humanos en tanto mantengan posibilidades de evolución, a la condición de cosas. Sin embargo, la FIV ha producido acumulación de embriones humanos incluso en países dotados de legislación con medidas protectoras, ofreciéndose como alternativas para los embriones no implantados su donación, destrucción o utilización para la investigación. En algunos ordenamientos que regulan las TRA se ha tratado de suprimir o limitar preventivamente la responsabilidad derivada de utilización de dichas técnicas, estableciendo plazos en el desarrollo embrionario o fetal, utilizando en ocasiones denominaciones tales como la de "preembrión", todo ello con la finalidad de configurar una suerte de derecho de propiedad sobre los embriones humanos, pero dicho tratamiento resulta inadecuado, en mi opinión, estando en juego libertades inherentes a la persona como son la de procrear o la de investigación científica y aboca indefectiblemente en una limitación o supresión de tales libertades. Tal es lo que sucede en el caso de la fecundación post mortem que se ha tratado de justificar aduciendo algún tipo de beneficio psicológico, pero que reclama no solo el consentimiento previo de la persona fallecida para salvaguardar la dualidad en el ejercicio de la libertad de procrear, sino también la sujeción a unos plazos para moderar las consecuencias de un ejercicio desmesurado de tal libertad, abocado a producir sin el sostén del Derecho, pérdida o desprotección de derechos para el hijo, incluidos los inherentes a su persona.

La variedad de respuesta legislativa en el tratamiento jurídico de las TRA ha ido acompañada en los últimos tiempos por la creación de Agencias o Autoridades creadas al efecto y por códigos de prácticas, solución pragmática que no exime de la necesidad de revisar las previsiones estatutarias cuando se producen nuevos avances en la materia. Es por ello que, en el ámbito de la Unión Europea, al tiempo que se mantienen regulaciones permisivas de las TRA o se aboga por la eliminación de las restricciones existentes que trata de salvar la demanda transfronteriza de servicios a los centros que ofrecen TRA, se reclama también un debate público

renovado y actualizado para analizar las repercusiones de todo orden que la utilización de las citadas técnicas conlleva.

La construcción jurídica que reconoce la existencia de bienes y derechos de la personalidad, inherentes al ser humano, que no pueden ser transferidos ni renunciados como regla general, aunque sí para finalidades permitidas por la ley, en tanto se mantenga un mínimo invulnerable de protección a los citados bienes y derechos, podría contribuir-entiendo- a la deseable convergencia legislativa en la regulación de las TRA. Dicha construcción puede apoyarse en algunos ordenamientos jurídicos avanzados en el principio matriz de dignidad de la persona y de respeto a los derechos que le son inherentes, plasmado en preceptos constitucionales y civiles de Estados europeos y americanos. De este modo, cabe sostener que la citada construcción jurídica de los derechos de la personalidad modifica y completa el alcance de la doctrina predominante de los derechos reproductivos, al conciliar la dignidad y la libertad humanas, en tanto no se suprima en el plano jurídico la responsabilidad de todos los agentes involucrados en la práctica de las TRA, dando coherencia al entero tratamiento jurídico de las citadas técnicas en el que se integran en la actualidad en muchos países normas administrativas o penales que operan de forma coyuntural o con un valor simbólico.

Al reconocer al hombre y a la mujer el derecho inherente a desarrollar su capacidad de procrear derivado de los derechos, también inherentes, al matrimonio y a la fundación de la familia, ejemplarmente unidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se reconoce igualmente que la práctica de las TRA puede contribuir a la efectividad de los citados derechos y, directa o indirectamente. a una más eficaz protección de la salud de las personas. Desde la perspectiva de la asistencia sanitaria sin embargo, el derecho de acceso a las TRA presenta un contenido contingente y variable, pues aunque, ciertamente, la utilización de estas técnicas está ampliando, de hecho y de derecho, el círculo de personas que mantienen una situación de vida familiar o parafamiliar, ello no puede significar en ningún caso la existencia de un derecho al hijo, al que no cabe considerar, en cuanto persona, como objeto de derechos. De este modo, con independencia de la posición que se adopte en los distintos países respecto a la reproducción asistida, parece existir consenso en el ámbito europeo acerca de la necesidad de garantizar a los usuarios la seguridad y calidad de tales prácticas que deben ser controladas si se quiere avanzar en la salvaguarda de los derechos inherentes de las personas implicadas en la llamada medicina reproductiva que está cobrando un nuevo impulso con la utilización conjunta de avanzadas tecnologías en campos tales como la información, robótica e inteligencia artificial, creando y anunciado nuevos escenarios. De modo especial la ley debería proteger, aplicando el principio de precaución, los derechos de los niños nacidos mediante las TRA, teniendo

en cuenta que se incrementa en muchos aspectos el riesgo de que sufran un perjuicio en sus derechos de la personalidad. Por ello no es de extrañar que en distintos países la regulación de las TRA incluya recientemente el derecho del hijo a conocer sus orígenes, incluida la identidad de su padre y madre biológicos, para una mejor protección de su propia identidad, en cuya configuración puede desempeñar también un papel importante el entorno familiar mantenido durante un período prolongado de la crianza del hijo, tal como ha puesto de relieve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al enjuiciar algunos casos de gestación subrogada.

En relación con la citada práctica de gestación por encargo, cuestión altamente debatida en el inmediato presente, resulta evidente, que los derechos inherentes a la persona de la mujer gestante quedan mejor salvaguardados manteniendo la regla de que ella es la madre legal del hijo que dio a luz. Igualmente, debería afirmarse legalmente que los pretendidos contratos de gestación por cuenta ajena deben ser considerados ineficaces por inadecuación del objeto. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos inherentes a las personas nacidas por la ejecución de estos acuerdos aconseja un examen de la situación creada en cada caso y el establecimiento de una regulación flexible que permita sin automatismos encontrar una solución justa que incluya la asunción por todas las partes de los derechos y responsabilidades que correspondan, de modo que pueda procederse tras el parto, evitando innecesarias dilaciones, a tomar las medidas más adecuadas para la protección del nacido que establece el Derecho, incluida la sustitución con control judicial de la persona que ejercerá la autoridad materna, si se estima procedente, mediante la adopción, que debería verse facilitada, en mi opinión, en el supuesto de que la pretendida paternidad o maternidad legal coincida con la genética y en los casos en que la nueva relación de filiación se mantenga como una situación de hecho consolidada, atendiendo siempre al interés prevalente del menor.

A la vista de la creciente complejidad de los problemas derivados de la utilización de las TRA, sería deseable que la convergencia de regulaciones propugnada por textos supranacionales en materia de derechos humanos respecto a las aplicaciones de la Medicina y Biología se extienda a la reproducción y a la embriología humana y se dirija a la protección de la vida humana, en todos sus estadios, de modo congruente. Los conocimientos científicos y técnicos ligados a la practica de la reproducción asistida estén avanzando y difundiéndose rápidamente, pero el verdadero progreso reclama además la orientación de dichos conocimientos a la causa del ser humano, contemplado por el Derecho como persona titular de derechos inherentes extensibles al ámbito familiar y a la protección del medio ambiente para el beneficio de las actuales y futuras generaciones.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR EN ESPAÑA: REFORMAS RECIENTES

INFORMED CONSENT OF THE CHILD IN SPAIN: RECENT REFORMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 514-547

Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La regulación de la autonomía del menor en el ámbito específico de la salud en España se realiza en la legislación estatal y autonómica sobre autonomía del paciente. La Ley 41/2002 ha sido modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Actualmente, la ley dispone que cuando se trate de un menor mayor de 16 años éste puede otorgar su consentimiento por si mismo, aunque cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo, modificación introducida por la reforma citada, que limita notablemente las posibilidades de toma de decisiones por estos menores; mientras que se establece el consentimiento por representación de los padres o tutores para el menor de 16 años, debiendo darles la correspondiente información. A pesar de la reforma, queda todavía pendiente de esclarecer el alcance que pueda tener el consentimiento del denominado menor maduro. Asimismo, la reforma incide en el consentimiento otorgado por los representantes legales, perfilando las condiciones de tal consentimiento, que no realizaba la anterior legislación.

PALABRAS CLAVE: Autonomía del menor; consentimiento informado menor; menores de edad; menor maduro; conflicto de intereses; representantes legales.

ABSTRACT: *The regulation of the autonomy of the child in the specific field of health in Spain is carried out in the state and autonomic legislation on patient autonomy. Law 41/2002 has been modified by the Law 26/2015, of July 28, to modify the system of protection of childhood and adolescence. Currently, the law provides that in the case of a minor over 16 years of age, he or she can give his / her consent on his / her own, although in the case of a serious risk to the life or health of the minor, according to the doctor's criterion, the Consent will be provided by the minor's legal representative, once the opinion of the minor has been heard and taken into account, a modification introduced by the aforementioned amendment, which significantly limits the possibilities for decision-making by these minors; while consent is established by representation of the parents or guardians for the child under 16 years of age, and they must be given the corresponding information. Despite the reform, it is still pending to clarify the scope of the consent of the so-called mature minor. Likewise, the reform affects the consent granted by the legal representatives, outlining the conditions of such consent, which the previous legislation did not carry out.*

KEY WORDS: *Autonomy of the minor; minor informed consent; minors; minor mature; conflict of interest; legal representatives.*

SUMARIO.- I. MARCO JURÍDICO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ESPAÑA.- II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTEXTO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.- III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO. REFORMAS RECIENTES.- IV. EL DERECHO DEL MENOR DE EDAD A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL PREVIA AL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO. V. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO POR EL MENOR DE EDAD. DISTINTOS SUPUESTOS.- 1. Otorgamiento del consentimiento por menores no emancipados.- 2. Otorgamiento del consentimiento por menor emancipado o mayor de 16 años no emancipado.- A) Otorgamiento de consentimiento por menor emancipado.- B) Otorgamiento de consentimiento por menor de edad mayor de 16 años no emancipado.- C) La excepción al otorgamiento del consentimiento.- D) La controvertida situación del menor maduro.- VI. OBSERVACIONES FINALES.

I. MARCO JURÍDICO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ESPAÑA

En España, como en los demás países europeos, en el ámbito sanitario y biomédico, se ha dado una relevancia casi absoluta a la voluntad de los usuarios o pacientes del sistema de salud, tanto público como privado, en la aplicación de los tratamientos e intervenciones que se deban realizar sobre los mismos[1], en cuanto la persona tiene que tomar decisiones sobre su propia vida e integridad física, decisiones que pueden alcanzar también a otros bienes de la personalidad, por lo que se ha señalado que dicha autonomía implica, en este ámbito, una esfera reservada a la voluntad del individuo, único legitimado para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia, en relación a su vida e integridad física, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital[2].

La manifestación de esa autonomía personal en dicho ámbito se realiza a través del denominado consentimiento informado.

La regulación de la autonomía de la persona en el ámbito específico de la salud se ha establecido tanto en la legislación estatal como en legislación derivada de las diversas Comunidades Autónomas, cuya regulación es similar en todas ellas, siguiendo las pautas establecidas en aquélla.

1 Dicha autonomía en nuestro país tiene su fundamento último en la dignidad de la persona humana, en los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos expresamente en el art. 10 CE como fundamentos del orden político y de la paz social, y en la libertad de la persona, consagrada como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1 de la misma.

2 Así lo ha defendido Fernández Bermejo, M.: "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II)", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 133, 1994, p. 2.

• Josefina Alventosa del Río
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: josefina.alventosa@uv.es

En la legislación estatal, la regulación del consentimiento informado se recoge en 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. En ella se regula, además del consentimiento informado, las instrucciones previas y la historia clínica. Esta ley tiene el carácter de básica, como ya enuncia su propio título y como establece su Disposición Adicional Primera, con respecto a la demás legislación que aborda la autonomía del paciente.

Entre las definiciones básicas que ofrece dicha norma, se define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud" (art. 3). En su virtud, desarrolla a continuación los dos elementos que forman parte de esa conformidad, la información y el consentimiento, señalando los sujetos que deben recibir aquélla y otorgar éste (arts. 4 a 10). Se establece como regla general que el titular de la información y del otorgamiento del consentimiento es el paciente afectado, salvo los casos de excepción, reseñados en la propia ley, que se refieren a la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley y en las situaciones de urgencia (art. 9.2), así como la renuncia a dicha información por el sujeto afectado (art. 9.1). Por último, la ley determina el consentimiento por representación en los casos de incapacidad, incapacitación judicial y minoría de edad (art. 9.3).

Por su parte, en las Comunidades Autónomas se ha regulado también la autonomía del paciente bien a través de una legislación específica sobre dicha materia bien a través de las leyes de salud de las mismas[3].

3 Dicha legislación es la siguiente: Orden de 28 de febrero 2005 de la Consejería de Sanidad de Canarias, que aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión, aunque no se hace referencia expresa a los menores; Ley 5/2010, de 24 junio sobre derechos y deberes en salud de Castilla-La Mancha; Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de la personas en relación con la salud de Castilla y León; Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de Cataluña; Ley 3/2005, de 8 julio de la Asamblea de Extremadura de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura; Ley 3/2001, de 28 mayo del Parlamento de Galicia del Consentimiento Informado y de la historia clínica de los paciente, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo; Ley 3/2009, de 11 mayo de la Asamblea Regional de Murcia de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de Región de Murcia; Ley Foral 17/2010, de 8 noviembre del Parlamento de Navarra de Derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra; Decreto 38/2012, de 13 de marzo del País Vasco sobre la Historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica; y la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunidad Valenciana, y que dedica su Capítulo II (arts. 54 y ss.) a los derechos del menor en el ámbito sanitario. También habría que referirse a las leyes de salud de las CCAA que no tienen especial legislación sobre autonomía del paciente y en las que se hace referencia al consentimiento informado; así, la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de la Rioja (art. 6), cuya regulación es similar a la ley estatal; la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (art. 14. 1, c), cuya regulación es similar también a la de la ley estatal, y la Ley 5/2003, de 4 abril, de Salud de les Illes Balears (art. 12. 6), que señala expresamente que el consentimiento de los menores de 16 años corresponde a los padres o tutores y que la opinión del menor se tomará en consideración en función de su edad.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTEXTO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad del menor para tomar decisiones en el ámbito sanitario se regula en la citada legislación estatal y autonómica relativa a la autonomía de la voluntad del paciente. Se deriva de ello que en nuestro país no existe una normativa específica sobre el consentimiento informado del menor (salvo en la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación a las intervenciones de cirugía estética), sino que su regulación se inserta en la legislación general sobre autonomía del paciente.

Dicha capacidad se aparta en cierta medida de la capacidad de obrar del menor que se regula en nuestro Código civil, cuya regulación, sin embargo, hay que tener en cuenta en el ámbito sanitario para resolver algunas cuestiones que quedan irresolutas en la legislación sanitaria.

En el Código civil se contemplan tres situaciones jurídicas diferentes en función de la edad, según la cual se atribuye distinta capacidad de obrar: la minoría de edad, la emancipación y la mayoría de edad.

La mayoría de edad se fija en nuestro ordenamiento en los 18 años (arts. 12 CE y 315 CC) y concede al mayor de edad la plena capacidad de obrar, salvo las excepciones establecidas en la ley (art. 322 CC).

Por el contrario, en cuanto a la minoría de edad, el Código civil no tiene un precepto similar al citado art. 322 para establecer de manera general la capacidad de los menores de edad, lo que se debe a las diversas etapas por la que va pasando un menor, de manera que nuestra legislación les va reconociendo una capacidad gradual y progresiva. Es necesario puntualizar que en nuestro Derecho parece que no existe una norma que claramente establezca quiénes se pueden considerar menores, aunque hay diversas disposiciones en donde se hace referencia a los mismos, y en todas ellas se toma como criterio determinante el de la edad. Partiendo de que la mayoría de edad se establece a los 18 años, se deduce, *a contrario sensu*, que la minoría de edad es un estado de la persona que se extiende desde que nace hasta que alcanza la mayoría de edad[4], distinguiendo nuestro Código las situaciones de menor de edad no emancipado y emancipado. En los casos en que el menor no tiene capacidad natural de entender y querer, el CC no otorga capacidad de obrar alguna; en estos casos, el art. 162.1 del mismo establece que "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de

4 Esta idea se refleja en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art.1.4), aunque en las leyes relativas a la infancia y a la juventud de las distintas Comunidades Autónomas la distinción es diferente. Véase al respecto Alventosa Del Río, J.: "Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias", *Revista española de drogodependencias*, núm. 3, 2013, pp. 280-281.

sus hijos menores no emancipados"; si los menores de edad no tienen padres, la representación legal la ostentarán los tutores que sean designados por el Juez (arts. 222 y 267 CC). La representación legal implica que los padres o tutores actúan en nombre de los menores de edad, salvo los casos en que la ley exceptúa su actuación o aquellos en los que, además, requieren la autorización judicial (cfr. arts. 162, que se refiere a los actos relativos a los derechos de la personalidad o aquellos otros que pueda realizar por si mismo el menor según sus condiciones de madurez, y 164 y ss. y 267 y 271 CC)[5]. Sin embargo, conforme van cumpliendo años, a los menores se les reconoce la posibilidad de realizar ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia nuestro ordenamiento la edad de 12, 14 y 16 años.

Por último, la emancipación implica la liberación del menor de edad de la sujeción a la autoridad de la patria potestad o de la tutela, que se lleva a cabo por las causas y los requisitos establecidos en el CC (arts. 314 ss. CC), y que habilita al menor "para regir su persona y bienes como si fuera mayor", estableciendo el Código civil unas limitaciones a esa capacidad únicamente de carácter patrimonial (arts. 323 y 324 CC), y que son de interpretación restrictiva, por lo que con respecto a su persona, el menor emancipado puede actuar con plena libertad, salvo las expresas limitaciones que establece alguna legislación extracodicial.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha producido en los últimos tiempos un reconocimiento del menor como sujeto de derechos, al que se ha ido atribuyendo paulatinamente una mayor autonomía personal. Este enfoque se recogió ya en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo art. 2 se dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva, estableciendo el derecho de los mismos a ser oídos (art. 9). Dicha norma 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, complementada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que refuerzan los derechos del menor y su consideración como sujeto digno de una protección especial en todos los ámbitos. Además de estas normas, hay que señalar que las Comunidades Autónomas han ido publicando leyes de protección de la infancia y de la juventud, en las que se mencionan expresamente, entre los derechos que se les reconoce a los menores, el derecho a la vida y, especialmente, a la salud. A ello hay que añadir que enla LOPJM, especialmente en la reforma que se ha producido, se establece que cualquier actuación que se realice sobre un menor debe estar presidida por

5 Las funciones de padres y tutores deben ejercerse en beneficio del menor de edad (arts. 154 y 216 CC), y comprenden el deber de velar por éstos, alimentarlos, educarlos, procurándoles una formación integral, representarlos, y administrar sus bienes (cfr. arts. 154, y 267 y 269 CC, respectivamente).

el principio fundamental del interés del mismo, procurándole el mayor beneficio posible (art. 2. de la LO 8/2015[6]), teniendo en cuenta, entre otros criterios, el de protección a la vida, supervivencia y desarrollo del menor.

En esta legislación se pone de manifiesto la relevancia que en nuestro ordenamiento jurídico se da a la autonomía del menor que reúna las condiciones de madurez suficientes para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos y la realización de sus propios actos. Pero también se hace referencia a la atribución que se hace a los padres o tutores para suplir dicha voluntad.

Entre esas decisiones cobran una importancia fundamental las que se tomen en el ámbito sanitario, pues afectan a la salud, e incluso a la vida, del menor, y, también, a su intimidad y a otros derechos interrelacionados con aquellos, todos ellos considerados derechos fundamentales en nuestra Constitución y en la LOPJM de 1996.

De hecho, en la realidad social se han producido algunas situaciones en que tales decisiones revisten una particular gravedad, tales como los casos de negativa a tratamientos, aborto de menores, eutanasia, ensayos clínicos, drogodependencia, transexualidad o padecimiento del VIH/SIDA. Llegando algunas de ellas a suscitar una gran controversia social y científica. Así los casos de Hannah Jones, una menor británica de 13 años que desde los cinco había recibido un tratamiento contra la leucemia y que requirió un transplante de corazón, al que en principio dicha menor se opuso con el beneplácito de sus padres, aun cuando posteriormente dio el consentimiento para ello; o el de Casandra C., una menor norteamericana de 17 años, diagnosticada de la enfermedad de linfoma de Hodgkin, que se negó a recibir tratamiento para su enfermedad, con apoyo de su madre, aunque la Corte Suprema de Estados Unidos autorizó el tratamiento[7]; o de Marcos, un menor español de 13 años, que, a causa de una lesión, necesitó transfusión de sangre, a la

6 Dicho precepto establece una serie de criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés suprior del menor, entre los que se tienen que tener en cuenta, entre otros, la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; y la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, sin que sufra discriminación alguna (art. 2.2, letras a, b, c y d), teniendo en cuenta la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores (art. 2.3).

7 Véase más pormenorizadamente el desarrollo de estos casos y los argumentos utilizados por los sujetos implicados, así como la reacción de los profesionales y de la sociedad en Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho (www.INDRET.com)*, Barcelona, julio 2015, pp. 25-28.

que se negó por sus convicciones religiosas, con el respaldo de sus padres, y que falleció como consecuencia de la falta de dicha transfusión, aun cuando en último término había sido autorizada por el Juez.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que en estas decisiones están implicadas, al menos, tres partes: el propio menor, sus padres, o en su caso, sus tutores, y el médico o el equipo médico responsable de su asistencia. Dando lugar a que se entrecrucen diversos intereses: por un lado, el derecho a la salud y a la intimidad del propio menor; por otro lado, la potestad de los padres y, en su caso, de los tutores, de velar por el bienestar, tanto físico como moral, del mismo; y, por último, la responsabilidad del médico de salvaguardar la salud del menor.

Por lo que parece que la atribución a uno de estos sujetos de una determinada decisión es una cuestión delicada, que no soluciona satisfactoriamente la legislación sanitaria, y que en determinados casos no puede resolverse exclusivamente por dicha legislación, y que no son de fácil solución, pues hay otros factores implicados, como las relaciones de afectividad entre padres e hijos, el temor reverencial de los hijos hacia sus padres y tutores, el ambiente cultural de la familia y del entorno social, especialmente el escolar, y la necesidad del apoyo familiar que se requiere en la recuperación de la salud de éste.

En este contexto, hay que tener en cuenta que las relaciones entre padres e hijos y entre menores y tutores se rigen por la legislación civil, a la cual se remite la legislación sanitaria.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO. REFORMAS RECIENTES

La atribución del consentimiento informado al menor de edad en el ámbito sanitario ha sufrido una evolución en nuestra legislación.

En un principio, el consentimiento informado se regulaba en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el núm. 6 del art. 10, en donde se establecía que los usuarios del sistema sanitario español tenían derecho "A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento", disponiendo el art. 9 el derecho a negarse al tratamiento, salvo las excepciones previstas en la propia

ley. Como se observa, en esta disposición no se hacía referencia expresa al consentimiento de los menores, salvo la referencia general recogida en el apartado b de dicho precepto, que tan solo preveía, sin más consideraciones, que cuando la persona no estaba capacitada para tomar decisiones, éstas las tomarían sus familiares. La doctrina señalaba que dicho precepto fue redactado en términos de gran generalidad, quedando muchas cuestiones por precisar, por lo que se produjeron graves dificultades en su aplicación práctica, sobre todo en relación a los menores por su gran ambigüedad e imprecisión[8].

Sin embargo, la nueva visión de la persona y del reconocimiento de los derechos inherentes a ella, provocó que ciertas Comunidades Autónomas emprendieran la tarea de regular de manera concreta la autonomía del paciente[9], y que culminó con la publicación 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, actualmente vigente, aunque con alguna modificación, a la que han seguido la publicación de otras normas sobre autonomía del paciente en las CCAA, como ya se ha indicado. Dicha norma establece una regulación muy concreta tanto en lo relativo a la autonomía personal del paciente como al derecho a la información y al otorgamiento del consentimiento por parte del mismo. Esta legislación específica ha tenido en cuenta la nueva visión que se ha ido construyendo en la normativa nacional e internacional acerca de los menores[10], por lo que se introduce en dicha ley un precepto concreto en relación al consentimiento informado de los mismos, así como también se realizó en la legislación autonómica citada

Con carácter general, en la Ley 41/2002 se señala que el titular del otorgamiento del consentimiento es el paciente afectado (art. 2), después de recibir la información adecuada (arts. 4 y 8).

Pero, además de esta norma general, en la Ley se establece un precepto en el que concretamente se hace referencia a los menores de edad, el art. 9,

8 En este sentido, Broggi Brias, M.C., Drane, J.F.: "Algunos problemas en la aplicación del consentimiento informado", *Quadern Caps*, núm. 26, 1997, p. 30, quienes señalan que la ley quiso promover el afloramiento de nuevos valores, singularmente, el de la autonomía personal en la relación clínica, pero no profundiza en las necesidades concretas del paciente y la manera de satisfacerlas. Consecuencia de ello fueron los numerosos pleitos planteados ante nuestros Tribunales; véase una muestra de los mismos en la selección realizada por Galán Cortés, J.C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid 1997, pp. 65-147.

9 Así, la Comunidad Autónoma de Cataluña publicó la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, y la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, que inspiraron la publicación de la Ley 41/2002.

10 Entre esta legislación destaca especialmente el Convenio de Oviedo que establece en el art. 6.2: "Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley - La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez".

que ha sido modificado en diferentes ocasiones, como se va a indicar, y en cuyo apartado 3, c, se disponía que se otorgará el consentimiento por representación "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.- Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación", aunque se añadía inmediatamente que "Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". De manera semejante se regula el supuesto en la legislación autonómica[11]. Por otra parte, el apartado 4 del art. 9 establecía: "La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación".

La norma del art. 9.3 se refiere a menores de edad, distinguiendo a su vez menores de 16 años, en cuyo caso el consentimiento lo prestan sus representantes legales, y mayores de 16 años y menores emancipados, en cuyo caso se establece que no cabe prestar consentimiento por representación[12]. En cuanto a los supuestos específicos que se pueden dar en el ámbito sanitario, como se observa, la ley se remitía a la legislación concreta que regulaban tales supuestos y a la legislación general sobre mayoría de edad[13].

Sin embargo, el apartado 4 de este precepto fue modificado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en la Disposición final segunda, suprimiendo la referencia

11 Así, en las citadas en nota 3 Ley de Castilla-La Mancha (art. 20.1,c); en la Ley de Castilla-León (art. 28.3); en la Ley de Cataluña (art. 7.2,d); en la Ley de Extremadura (art. 25.1,c); en la Ley de Galicia (art. 6.1,c), con alguna particularidad en esta última norma; en la Ley de Murcia (art. 46.1,c y 2); en Ley de Navarra (art. 51.1,c); en el Decreto del País Vasco (art. 25.7); y en la Ley de Salud de la Comunidad Valenciana (art. 43.4,c); por último, hay que destacar la Comunidad Autónoma de Andalucía cuya Consejería de Sanidad ha publicado un Decreto en el que se contempla específicamente la situación de los menores en el ámbito sanitario, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad, en el que se hace referencia al consentimiento de lo menores en el art. 6. La Comunidad Valenciana promulgó una ley específica sobre salud de menores, la Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de la Comunidad Valencia, derogada actualmente por la citada Ley 10/2014, en donde se hacía referencia al consentimiento de los mismos en los arts. 13.3° y 15.

12 Véase el desarrollo que de tal legislación realicé, en su momento, entre otros autores que también han abordado extensamente esta materia, Alventosa Del Río, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291.

13 Véase referencia al consentimiento informado de los menores en dichas situaciones en Alventosa Del Río, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", cit., pp. 283-286; y Markova Ivanova, A.S.: "El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud", *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 6 (Ejemplar dedicado a: Estudios: derecho, salud y ciencias de la vida), 2017, pp. 14-25.

a dicha interrupción, puesto que esta ley establecía un precepto concreto respecto al consentimiento de las menores en esta situación, atribuyéndoles la posibilidad de prestarlo por si mismas (art. 13.4)[14].

Por otra parte, dicho precepto se volvió a modificar en su apartado 5 por el art. 7 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que introduce la información que debe proporcionarse a las personas con discapacidad, y, aunque no se mencionara expresamente, hay que entender que incluye indirectamente también a menores de edad discapacitados.

Pero la modificación más importante del art. 9, que ha dado lugar a la regulación actualmente vigente, se ha producido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuya Disposición final segunda modifica los apartados 3, 4 y 5, y se añaden los apartados 6 y 7.

En esta modificación se sigue distinguiendo entre menores de edad que no han cumplido 16 años y menores de edad con 16 años cumplidos no emancipados y menores emancipados, manteniendo similar regulación, pero con ciertas puntualizaciones que cambian el sentido del otorgamiento del consentimiento por los mismos (art. 9, apartados 3 y 4). Y se establecen precisiones en relación a la prestación del consentimiento por el representante legal (art. 9, apartados 6 y 7), lo que se va a precisar en los epígrafes siguientes.

Por último, se vuelve a modificar el apartado 5 por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo artículo primero suprime el apartado cuarto del art. 13 de la LO 2/2010, y cuyo artículo segundo modifica el citado apartado 4 del art. 9 de la Ley 41/2002, cuya regulación actual establece: "La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.- Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte

14 Dicho precepto establecía: "En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.- Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.- Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo".

de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil".

IV. EL DERECHO DEL MENOR DE EDAD A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL PREVIA AL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO

Como es sabido, una decisión válida del paciente, emitida en el ámbito sanitario, requiere de dos elementos: la información que debe proporcionarse al paciente sobre diagnóstico, tratamiento y pronóstico de su padecimiento, y el posterior otorgamiento de su consentimiento.

La Ley estatal 41/2002 sobre autonomía del paciente reconoce el derecho de todo paciente, sin hacer distinciones en cuanto a su edad, a la información asistencial, pudiendo informarse también, si éste lo desea, a sus familiares o allegados (arts. 4 y 5)[15].

Añadiendo el art. 5, en sus párrafos 2 y 3, que: "2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal- 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

El contenido de ambos apartados puede plantear alguna duda por cuanto ambos se refieren a la situación de incapacidad o de falta de capacidad.

Sin embargo, cabe estimar que cuando en el número 2 se habla de incapacidad parece que se hace referencia tanto a la incapacidad decretada judicialmente como a la incapacidad por razón de edad, puesto que en el mismo se hace alusión a que la información en su caso la recibirá el representante legal, acertadamente, además del propio paciente si se encuentra en condiciones de entender. En el caso de los menores de edad, y poniendo este precepto en relación con el art. 9, apartados 3, c , y 4, de la Ley estatal, cabría distinguir, a su vez, tal como se hace cuando se trata del otorgamiento del consentimiento, por un lado, la situación de los menores emancipados y menores mayores de 16 años, que son los titulares del derecho a la información, salvo la excepción que se realiza en el párrafo segundo del apartado 4, en cuyo caso la información la deben recibir también los

15 En el mismo sentido se establecen en los arts. 2.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; 2.1 y 2 y 3.1 de la Ley 11/2002 de Navarra; 42.2. 1° y 3° de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana, y 18.1 de la Ley de Castilla y León. Nada se dice explícitamente, empero, en la Ley 3/2001, de Galicia, aunque del contenido de los arts. 6, 7, 8 y 11 se desprende que en principio el titular del derecho a la información es el usuario y no otra persona, salvo casos excepcionales. Así se establece también en el art. 5 del Convenio de Oviedo.

representantes legales, además de los menores; y, por otro lado, la de los menores no emancipados, a su vez menores de 16 años, respecto de los cuales reciben la información sus representantes legales[16], aunque se debe informar también al propio menor según el grado de madurez del mismo, por aplicación del art. 5.2 de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante[17], y de los arts. 162, párr. 2º, núm. 1º, y 267 CC, y 6.2 del Convenio de Oviedo. Sin embargo, se ha puesto de relieve por la doctrina ciertas carencias en el proceso de información a los menores en la realidad asistencial[18].

Por el contrario, cuando el número 3 de la Ley se refiere a la carencia de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, parece que se está haciendo referencia al caso de incapacidad de carácter temporal, por razones que no impiden el autogobierno de la persona permanentemente, y que pueden ser fruto del estado de salud de la misma en ese momento temporal. En este caso, el precepto señala que la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Precepto que también cabe aplicar a los distintos estadios de edad en la que se puede encontrar el menor, habiéndose de significar, no obstante, que, en el caso de menores de 16 años, la información no se puede dar a cualquier familiar, si no a quien concretamente ostente la representación legal.

16 Con referencia a la información que se debe a los representantes legales, destaca la necesidad de dicha información la SAP de Navarra 1 febrero 2002 (AC 2002, 1114), que contempló el caso de una menor que fue sometida a intervención quirúrgica, con el resultado de entrar en coma y de graves lesiones neurológicas, y de cuyas consecuencias no fueron informados debidamente los padres, alegando el equipo médico que realizó la operación que consideraron necesaria la realización de la misma. La Sala señaló que "Ninguna duda debe ofrecer, que el consentimiento debió ser prestado por los padres, en cuanto eran los representantes legales de la menor, por estar ésta sometida a la patria potestad de aquellos, información que no se ha probado tuviera lugar de forma efectiva y real, y que debe hacernos concluir en la inexistencia del consentimiento informado real y eficaz. Tampoco puede excluirse el consentimiento informado, por la circunstancia de que la intervención fuera necesaria, tal y como se recoge en la sentencia de primera instancia, pues no es la necesidad de una intervención, una de las causas de excepción a ese consentimiento informado, sino la urgencia, tal y como recoge el precepto antes invocado, pues sólo puede prescindirse del consentimiento informado, cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, circunstancia esta que evidentemente no se da en el caso de autos sin que su consentimiento pueda considerarse, que deba ser suplido, sin ningún control judicial por los facultativos" (El precepto al que se refiere la Audiencia en esta sentencia es el derogado 10.6 de la Ley General de Sanidad de 1986). Dicha sentencia fue ratificada por el STSJ de Navarra 6 septiembre 2002 (AC 2002, 1114).

17 Así, Decreto de Andalucía (art. 5), que establece además esta información como un derecho del menor y lo regula con mayores precisiones; Ley de Castilla-La Mancha (art. 10); Ley de Castilla-León (art. 18); Ley de Cataluña (art. 3); Ley de Extremadura (art. 5); Ley de la Región de Murcia (art. 31); Ley de Navarra (art. 43.2); Ley de la Comunidad Valenciana (art. 42.2, párrafo 5º).

18 En este sentido lo señalan Rodríguez Domínguez, F.J., García Calvo, t., Pérez Cárceles, Mª.D., Osuna Carrillo-Albornoz, E.J.: "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario", *DS: Derecho y salud,* vol. 26, núm. Extra 1 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), 2016, pp. 230-233, a la vista del estudio observacional descriptivo que realizaron en 100 pacientes entre los 12 años y 18 años de edad, con el objetivo de "conocer el comportamiento del menor respecto al criterio de gravedad, también reconocido como fundamental en la legislación vigente, y valorar el proceso de obtención del consentimiento informado y la madurez en relación a una diversidad amplia de situaciones", con resultados que se han recogido en el artículo reseñado.

Por otra parte, existen otras limitaciones al derecho de información al paciente, que en parte, se recogen en los arts. 5.4 y 9.1 de la ley estatal y en la legislación autonómica: el denominado estado de necesidad terapéutica, la renuncia al derecho a la información por el propio paciente y el diagnóstico fatal, que afectará igualmente a los menores de edad, en el mismo grado que deban recibir la información.

En cuanto a la forma de la información, el art. 5.2 de la Ley estatal, y legislación autonómica concordante, establece que la información que se proporcionará al paciente se realizará de modo adecuado a sus posibilidades de compresión, lo que se establece con carácter general, pero que hay que aplicar especialmente a la información proporcionada a los menores de edad.

V. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO POR EL MENOR DE EDAD. DISTINTOS SUPUESTOS

Como se ha indicado, el art. 9, en sus apartados 3 y 4, hace referencia al otorgamiento del consentimiento por los menores de edad, distinguiendo entre menor de edad que no sea capaz de comprender la intervención (apartado 3) y menores emancipados o mayores de 16 años (apartado 4). Por lo que conviene examinar dichas situaciones separadamente.

1. Otorgamiento del consentimiento por menores no emancipados

El supuesto en cuestión se regula en el art. 9.3, c), que establece que se otorgará el consentimiento por representación: "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor"[19]. Prácticamente se mantiene el mismo criterio que en la redacción anterior de este supuesto, salvo la referencia a la Ley Orgánica. Este mismo sentido se ha recogido en la legislación autonómica[20].

19 En la versión anterior del citado apartado, que se recogía en el art. 9.3, b, párr. 1º, primer y segundo incisos, se señala que se otorgara el consentimiento por representación "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos".

20 Así, Decreto de Andalucía (art. 6.1 y 2); Ley de Castilla-La Mancha (art. 20.1, c); Ley de Castilla-León (art. 28.3); Ley de Cataluña (art. 7, d); Ley de Extremadura (art. 25.1, c): Ley de Galicia (art. 6, c); Ley de la Región de Murcia (art. 46.1, c); Ley de Navarra (art. 51.1, c y 2): Ley del País Vasco (art. 25.7); Ley de la Comunidad Valenciana (art. 43.4,b), exigiéndose en Galicia y en la Comunidad Valenciana que se acredite la situación de representante legal fehacientemente y que esté legalmente habilitado para tomar decisiones por el menor.

Obsérvese que el apartado no hace referencia a edad alguna del menor. En contraste con lo que dispone el art. 9.4, parece que el supuesto al que se refiere este apartado es el de menores no emancipados que no hayan cumplido 16 años, puesto que a los menores que ya hayan cumplido 16 años se refiere el citado apartado 4.

Dicho criterio está en consonancia con lo que dispone el Convenio de Oviedo (art. 6.2) y el Código civil, que en los arts. 154, 162.1 y 267 estipulan que si el menor de edad no tiene suficiente grado de madurez para ejercitar los derechos que le incumben, tal ejercicio corresponde a sus representantes legales.

Como se observa, pues, en caso de menor de 16 años el consentimiento informado corresponde a los representantes legales[21].

Sin embargo, se establece la obligación de oír al menor, tanto en la ley básica como en la legislación autonómica, que en la nueva redacción dada por la reforma de la Ley 26/2015 no establece el mínimo de edad de 12 años. Lo que concuerda con el derecho de los menores a ser oídos que se establece en el art. 9 de la LOPJM. Dicho precepto dispone en su número 1 que: "El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez"[22]. Señalándose que las comparecencias o audiencias se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje comprensible y accesible y adaptado a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Por otra parte, los apartados 6 y 7 del art. 9 de la Ley 41/2002 se refieren a las decisiones que deben adoptar los representantes legales. Ambos apartados establecen unos criterios de carácter general que se aplican a cualquier sujeto que sea representante legal, y no sólo a los representantes legales de los menores, pero que afectan también a éstos.

21 Hay que tener en cuenta las limitaciones establecidas en los casos de internamientos de carácter urgente de menores en centros de salud mental, pues ello se rige por el art. 763 de la LEC.

22 Pone de relieve la diferencia de redacción introducida por la reforma de este párrafo por Ley 26/2015, y su alcance Del Campo Álvarez, B.: "El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 8, 2018, p. 217.

En dichas normas se dispone que el consentimiento otorgado por los mismos debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, lo que en el caso de los menores viene subrayado por el art. 2.2, a), de la LOPJM, que establece como un criterio de interpretación del interés superior del menor la protección del derecho a la vida y a su supervivencia. Sin embargo, si estas decisiones se manifiestan como contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por otra parte, también se establece que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, participando el paciente en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Hay que tener en cuenta, además, que el propio Código civil establece que las decisiones que los representantes legales de los menores (padres o tutores) tomen en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela se tomarán siempre de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (arts. 154, párrafo 2º, y 268).

Y por supuesto, tales decisiones deben tomarse siempre en interés del menor, que es el criterio primigenio que rige toda actuación realizada sobre los menores.

2. Otorgamiento del consentimiento por menor emancipado o mayor de 16 años no emancipado

En el citado art. 9.4 de la Ley 41/2002 se establece que "Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación". Sin embargo, en el párrafo segundo de dicho apartado se añade: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

En este precepto se equipara la situación del menor emancipado a la del menor no emancipado mayor de 16 años a la hora de otorgar el consentimiento en el ámbito sanitario. Sin embargo, hay que tener en cuenta que ambas situaciones

son distintas desde el punto de vista jurídico, puesto que la emancipación concede al menor un ámbito de actuación mayor que el que corresponde a un menor no emancipado. Y de hecho así parece recogerse en el propio art. 9.4 al establecer la precisión del párrafo segundo.

A) Otorgamiento de consentimiento por menor emancipado

Del art. 9.4 se deduce que el menor emancipado tiene capacidad plena para tomar decisiones en el ámbito sanitario puesto que carece de representantes legales (salvo las propias limitaciones establecidas por la ley en algunas situaciones específicas; vgr. reproducción humana asistida), dado que una de las funciones de la emancipación es conceder al menor la independencia de la autoridad de dichos sujetos. Ello es coherente con la disposición del art. 323.1 CC, que establece que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, salvo las excepciones establecidas por el propio precepto y por otra legislación extracodicial.

Ahora bien, es claro que en los casos en que la propia ley 41/2002 establece límites al otorgamiento del consentimiento (existencia de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica), dicho consentimiento no se requerirá del menor, sino que procederá la actuación de las autoridades sanitarias o del profesional sanitario (art. 9.2, a y b, de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante). Del mismo modo, se producirá el otorgamiento por representación en los casos en que el menor no sea capaz de tomar decisiones o esté incapacitado judicialmente (art. 9.3, a y b, de la Ley 41/2002 y legislación autonómica concordante).

B) Otorgamiento de consentimiento por menor de edad mayor de 16 años no emancipado

En el mismo precepto 9.4 de la Ley 41/2002[23], la capacidad de un menor de edad mayor de 16 años no emancipado recibe el mismo tratamiento que un menor emancipado, considerando, por tanto, que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación.

23 El mismo criterio de la ley estatal se ha recogido prácticamente sin variaciones en la legislación autonómica, pero sin haberse llegado a modificar después de la reforma del art. 9 por la Ley 26/2015: Véase la Ley Castilla-La Mancha (art. 20.2 y 10.2), la Ley de Castilla-León (art. 28.3), la Ley de Cataluña (art. 7, d), la Ley de Extremadura (art. 25.1.c), la Ley de Galicia (art. 6, c), la Ley de la Región de Murcia (art. 46.1.c), la Ley de Navarra (art. 51.1,c), la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 43.4,c) y en el Decreto de Andalucía (art. 6.3) donde se establecen más precisiones al tratarse de una norma que regula específicamente el derecho de los menores a recibir atención sanitaria adaptada a su edad. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, sobre protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, en su art. 6.2, a.

Sin embargo, hay que recordar que la situación jurídica de los menores de edad mayores de 16 años no emancipados no es la misma que la de los menores emancipados, pues aquellos, a pesar de poder tomar decisiones en el ámbito sanitario igual que éstos, no gozan de la misma capacidad de obrar ni de la misma independencia en el ámbito civil, estando bajo la autoridad de los padres o tutores.

De la misma manera que en el caso de los menores emancipados, este otorgamiento no procederá cuando el menor se encuentre en las situaciones de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica o en los casos en que el menor no sea capaz de tomar decisiones o esté incapacitado judicialmente, en cuyos casos dicho consentimiento lo otorgarán los representantes legales, o, en su caso, los facultativos correspondientes, como ya se ha indicado.

C) La excepción al otorgamiento del consentimiento

El párrafo segundo del citado art. 9.4, que se refiere al consentimiento de menor emancipado y mayor de 16 años, añade a continuación, como ya se ha indicado, que "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

La anterior regulación de este párrafo establecía: "Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente"[24]. Esta redacción ya había dado lugar a cierta polémica en la doctrina, pues no se comprendía muy bien cuál era el alcance de dicha disposición, dado que la propia legislación facultaba a estos menores par tomar decisiones por si mismos y no por representación, y que a los representantes sólo se les informaba, teniendo que tener en cuenta sus opiniones[25].

Sin embargo, la nueva redacción de este párrafo también suscita ciertas dudas.

La primera cuestión que se plantea es si dicho párrafo se aplica tanto a menores emancipados y a menores de 16 años no emancipados de igual manera.

24 El mismo texto se recoge en el art. 10.2 de la Ley de Castilla-La Mancha y en el art. 43.4, c de la Ley de la Comunidad Valenciana.

25 En este sentido Alventosa Del Río, "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", cit., pp. 272-273; Montalvo Jääskeläinen, F. de: "El menor: un paciente complicado (al menos desde la perspectiva legal), *Revista CESCO de Derecho de consumo,* núm. 13, 2013, pp. 294-295; Parra Lucán, M.A.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, pp. 1901-1930; Romeo Malanda, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", *Actualidad del Derecho sanitario*, núms. 102-103, 2004, pp. 116-117.

En mi opinión, esta norma no se debe aplicar a los menores emancipados, puesto que, como ya se ha indicado, dichos menores en la esfera personal pueden regir su persona como si fueran mayores (art. 323.1 CC), salvo las excepciones establecidas por la ley (siendo dicho párrafo de interpretación restrictiva). A ello, hay que añadir que el propio párrafo hace alusión a que en tales casos las decisiones las tomarán sus representantes legales, y es claro que el menor emancipado carece de representación legal (salvo que se halle incapacitado). Por otra parte, es incongruente equiparar la situación de los menores emancipados, a los que se atribuye una mayor la libertad de actuación con respecto a los no emancipados, con los mayores de 16 años no emancipados, que carecen de la capacidad de obrar que el CC atribuye a los menores emancipados. Por ello, parece que este párrafo segundo se debe referir sólo al supuesto de menores de edad mayores de 16 años no emancipados.

Ahora bien, partiendo de esta idea, la segunda cuestión que se plantea es el alcance de dicha norma, dado que la propia legislación faculta a dichos menores par tomar decisiones por si mismos y no por representación.

Varias consideraciones se deben realizar respecto a la redacción de este párrafo.

En primer lugar, queda indeterminado qué se debe entender por "actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor", tanto por lo que se refiere al sujeto que realiza tal actuación, que podría referirse bien al propio menor o bien a los facultativos que lo atienden, como por el contenido del riesgo, que se podría referir bien a los tratamientos a aplicar al menor, bien a una intervención invasiva, bien a la propia decisión para realizar una u otra.

En segundo lugar, la norma establece que queda a juicio del facultativo determinar la gravedad de dicho riesgo en la actuación a realizar. Y, por tanto, se fuerza al facultativo a tomar una decisión acerca de quien debe prestar el consentimiento: si el menor o los representantes legales. Con lo cual se frustra la finalidad perseguida por la Ley 41/2002 al atribuir la facultad de decidir a un menor no emancipado de 16 años para dar seguridad en este ámbito a los profesionales sanitarios que siempre habían planteado dudas en relación a los menores maduros, volviendo al sistema anterior, y haciendo recaer de nuevo la responsabilidad de la decisión en dichos profesionales.

En tercer lugar, se finaliza señalando que la decisión se debe tomar después de haber escuchado y tenido en cuenta la opinión del menor. Lo que se conjuga con el

derecho de los menores a ser oídos, que establece la LO 8/2015 y legislación civil[26]. Pese a ello, es claro que el menor no decide, pudiendo presentarse situaciones de conflicto[27].

Por último, cabe reseñar también que en cierta forma tal disposición se contradice con la situación del menor maduro, a quien se atribuye, como después se indicará, autonomía para otorgar consentimiento informado[28].

El criterio recogido en el actual art. 9.4 se inspira en el sostenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, en la que se señala que "la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restricciones a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave" (III.1. Criterios generales).

Dicho criterio ha recibido críticas por parte de la doctrina ya que se estima que supone una limitación del derecho a la autodeterminación del menor, que ya había sido subrayado incluso en su redacción anterior[29], siendo calificado de criterio restrictivo, que "se compadece mal con la posición del Tribunal Constitucional (STC 154/2002, de 18 de julio 2002)", que estimaba que la decisión del menor

26 Se ha señalado, Blasco Igual, Mª.C.: "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", *Revista de Bioética y Derecho,* núm. 35, 2015, p. 40, que es difícil encontrar un equilibrio entre el interés superior del menor y tener debidamente en cuenta la opinión del mismo, pues puede que se trate de dos compromisos de difícil armonización, indicando que la consideración de las opiniones del menor debe ser proporcional a la madurez y a la edad, y que el interés superior del menor debe ser considerado en atención a los riesgos y beneficios que conlleve el acto sanitario a practicar. En este sentido, Ruíz López, J., Navarro-Zaragoza, J., Carrillo Navarro, F., Luna, A.: "Dilemas éticos en la práctica de la medicina infantil", *Cuadernos de Bioética,* XXIII, 2017/1ª, p. 33, han puesto de relieve la tensión en que muchas veces se encuentra el principio de beneficencia, por parte del médico, y el principio de autonomía, por parte del paciente.

27 Véase el análisis de dichos conflictos en Alventosa Del Río, "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", cit., pp. 278-281, donde se contemplan los supuestos de discrepancia entre el menor y sus representantes legales, y entre la voluntad del menor y sus padres con la del médico responsable.

28 En el mismo sentido, Rodríguez Domínguez, F.J., García Calvo, t., Pérez Cárceles, Mª.D., Osuna Carrillo-Albornoz, E.J.: "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario", cit., p. 230, quienes consideran que no respetar dicha decisión supone un menoscabo de su propia capacidad y libertad.

29 Así, García Rocha, Mª.P.: "El reconocimiento efectivo del derecho del menor a decidir sobre su salud", *Revista Bioderecho.es,* núm. 1, 2015, p. 41; Arbesú González, V.: "El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica", *DS: Derecho y salud,* vol. 26, núm. Extra 1 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), 2016, p. 145, aunque dicha autora distingue según se trate de un tratamiento que responda a una necesidad terapéutica o de una intervención voluntaria en la que la salud del menor no esté en peligro, pues en el segundo de los casos estima que se debe limitar la facultad de otorgar el consentimiento, señalando que la reforma operada por la Ley 26/2015 ha perdido "la oportunidad de perfilar de una forma más exhaustiva el ejercicio del derecho de autodeterminación del menor en relación con las actuaciones médicas, entre aquellas que son de tipo curativo y las que son de tipo voluntario" (pp. 146-147).

en el caso contemplado se sustentaba sobre "su derecho a la autodeterminación que tiene como sustrato corporal y que se traduce en el derecho fundamental a la integridad física", y con el criterio del legislador recogido en la LO 8/2015 que fija en doce años el umbral cronológico a partir del cual se considera que el menor de edad adquiere madurez[30].

Parece que la legislación ha tratado de establecer un equilibrio entre la autonomía de un menor con capacidad intelectual y emocional, con condiciones de madurez (y el respeto a su derecho a la intimidad, que también se establece expresamente en el ámbito sanitario en el art. 7.1 de la Ley 41/2002 y legislación autonómica) y la obligación de los padres y de los tutores de velar y atender a sus hijos y tutelados. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la propia Ley establece la representación legal en los casos en que el menor, aunque tenga 16 años cumplidos o sea emancipado, no pueda dar un consentimiento válido. Por tanto, este párrafo establece una limitación más añadida a las que ya ha impuesto en otros apartados (así, arts. 9.2, b, y 9.3, a y b).

D) La controvertida situación del menor maduro

La situación de un menor maduro es, quizá, la que ofrece mayores dudas a la doctrina, puesto que la ley estatal no aborda con claridad el supuesto[31], ni siquiera con la reforma operada en la misma.

Como se ha visto, de la legislación estatal examinada se ha deducido que en ella se determinan dos situaciones diferenciadas: la situación del menor emancipado y mayor de 16 años no emancipado frente a la del menor de 16 años no emancipado. Sin embargo, la ley no los distingue claramente, puesto que no se refiere de modo expreso a los menores de 16 años, si no que utiliza una fórmula general para referirse, estima la doctrina, a los mismos, al mencionar "al paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención"[32], en cuyo caso el consentimiento se otorga por el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión (art. 9.3, c).

Esta ambigüedad puede dar lugar a una interpretación de dicho precepto en el sentido de entender, *a contrario sensu*, que el menor que no haya cumplido 16

30 Lomas Hernández, V.: Minoría de edad y Derecho sanitario: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la ley 26/2015, de 28 de julio", http://www.ajs.es/blog/minoría -de-edad-y-dderecho-sanitario-la-ley-organica-82015-de-22-de-julio-y-la-ley-262015-de-28-de-julio/.

31 Así lo señala también Nieto Alonso, A.: "La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud", *Diario La Ley,* 2008, p. 5/27.

32 Hay que recordar que la ley estatal tiene el carácter de básica (Disposición Adicional Primera), y que, por tanto, las Comunidades Autónomas no pueden legislar contraviniendo el marco jurídico establecido por la misma. De modo que la fijación de las edades establecidas en ésta es de aplicación en las Comunidades Autónomas. En este sentido, Romeo Malanda, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico", cit., p. 119.

años y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podría otorgar el consentimiento por si mismo[33].

Ello estaría en consonancia con lo que dispone el CC pues al menor de edad con suficiente grado de madurez se le reconoce el derecho a ejercitar los actos correspondientes a sus derechos de la personalidad (y otros actos, según el art. 162, párr. 2º, núm. 1º, CC, aunque el propio artículo, en virtud de la Ley 26/2015, introduce una precisión al señalar que "No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia"). Las decisiones sobre su estado de salud serían decisiones que afectarían a su integridad física y a su vida, y, por tanto, serían actos relativos a derechos de la personalidad.

Se estaría, pues, ante lo que la doctrina denomina el menor maduro[34], y que ha dado lugar a diversas dudas que se refieren fundamentalmente a qué son condiciones de madurez, cuáles son los criterios de valoración de esas condiciones, quién valora esas condiciones de madurez, y si teniéndolas el menor, su consentimiento tiene un valor definitivo, es decir, qué alcance tienen las condiciones de madurez del menor.

a) En cuanto a qué son las condiciones de madurez o la capacidad intelectual y emocional de comprensión, nada se dice en la Ley 41/2002. Sin embargo, la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 señala que el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones es estar en condiciones de formarse un juicio propio (art. 12). Y la citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012 observa que el concepto de madurez implica también cierta razonabilidad y autonomía de tales opiniones (II.3). No obstante, en nuestro Derecho existen algunas normas legales en donde se hace alusión concreta a las condiciones de madurez. Así, se han definido dichas condiciones, específicamente en el ámbito de las intervenciones de cirugía estética, en el Decreto 49/2009, de 3 marzo, de la Junta de Andalucía, que define la madurez sicológica como "Desarrollo suficiente de la capacidad intelectiva y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y

33 Sin embargo, en el ámbito de las CCAA, existe una norma en la que se diferencia claramente los dos estadios, el Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, en el que, en relación a las intervenciones de cirugía estética, establece una línea divisoria: los mayores de 16 años pueden prestar su consentimiento por si mismos, mientras que en el caso de los menores de 16 años son los padres quienes otorgan el consentimiento (art. 6.2, b).

34 Algún autor, Arbesú González, V.: "El consentimiento del menor en medicina voluntaria, cit., p. 145, ha recogido la conceptuación de menor maduro como aquel menor que tiene la misma capacidad que un mayor de edad para otorgar un consentimiento a una actuación sanitaria sobre su cuerpo. Y Rodríguez Domínguez, F.J., García Calvo, T., Pérez Cárceles, Mª.D., Osuna Carrillo-Albornoz, E.J.: "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario", cit., p. 233, estiman que maduro es "quien es capaz de comprender y evaluar las consecuencias de una determinada actuación".

una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto" (art. 2, f). Y en la LO 8/2015, el art. 9.2, en relación al derecho a ser oído, 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"; atribución de madurez que resulta criticable en tanto en cuanto la madurez no depende de la edad[35]. Si bien, se ha de hacer notar que estas definiciones legales tienen un ámbito de aplicación muy reducido, pues se refieren al derecho del menor a ser oído y a las intervenciones de cirugía estética. Cabría plantearse si es posible extender dichas conceptuaciones en general a cualquier ejercicio de los derechos del menor o a cualquier intervención en el ámbito sanitario.

Por su parte, la doctrina ha venido entendiendo que el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio[36], precisando que la diversidad de intervenciones requiere una comprensión diferente por parte del menor[37].

b) De la misma manera que en la cuestión anterior, tampoco existe en la Ley 41/2002 ninguna norma que determine con carácter general los criterios de valoración de estas condiciones. No obstante, en la LO 8/2015, cabe reiterar que el art. 9.2 establece que la madurez habrá de valorarse teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, y que se tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos; y en el Decreto 49/2009 de la Junta de Andalucía para valorar la madurez del menor que se va a someter a la intervención de cirugía estética se requiere examen psicológico (art. 2, g).

En esta cuestión, la doctrina pone de relieve la dificultad de valorar dichas condiciones de madurez[38], y mantiene posturas diversas. Un sector de la misma

35 Esta misma opinión se mantenía en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, señalando que "La edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión" (II.3).

36 Entre otros, Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 185; González Pacanowska, I.: "Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados 'derechos de la personalidad´ con especial referencia a la imagen", en AA.VV. *La tutela de los Derechos del menor*, Córdoba, 1984, p. 225; Romeo Malanda, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico", cit., p.115; Sánchez Calero, "La capacidad del menor", cit., p. 1690.

37 Así se manifiestan, entre otros, Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: ""La minoría madura", *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina,* Mapfre, Madrid, 1998, p. 80; Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario", *AFDUAM,* núm. 15, 2011, p. 120; Romeo Malanda, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico", cit., p.115.

38 En este sentido, García Rocha, Mª.P.: "El reconocimiento", cit., p. 28, estima que dicha dificultad "quizá radique en la ausencia del rigor técnico de las normas reguladoras de la materia, y por tanto en la consecuente ambigüedad interpretativa existente dentro de la doctrina y de la jurisprudencia consultada, así como en la ausencia de patrones de dicha madurez".

basa el criterio de madurez en la edad, estimando que reúnen esas condiciones los menores de edad mayores de dieciséis años[39], o, como establece la LO, los mayores de 12 años. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha entendido que estas condiciones de madurez deberán ser valoradas en cada caso concreto y para cada acto en particular[40], sin tener en cuenta el criterio de la edad.

c) Por lo que se refiere a quién debe valorar esas condiciones de madurez, tampoco existe en la Ley 41/2002 una norma que expresamente señale quién debe proceder a dicha valoración. Aunque del contexto del art. 9, apartados 3 y 4, parece desprenderse que dicha atribución se realiza al facultativo responsable de la asistencia. En la citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012 se estima también que dicha valoración la deben realizar los médicos responsables "con cierta dosis de sentido común" (II.3), proporcionando pautas para tomar esta decisión[41]. Por su parte, la LO 8/2015, establece en el art. 9.2, con respecto al derecho a ser oído, que "La madurez habrá de valorarse por personal especializado (…)". Y en el Decreto 49/2009 de la Junta de Andalucía, referido a las intervenciones de cirugía estética a menores, dado que el informe de madurez es de carácter sicológico, la valoración la emite un profesional de psicología (art. 2, h).

La doctrina pone de relieve la laguna que existe en relación a protocolos evaluadores de madurez del menor, aun cuando se han elaborado algunos procedimientos para efectuar dicha evaluación[42].

39 Así, Sánchez Caro, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría. Una guía práctica,* Mapfre, Madrid, 1998, p. 352. Sin embargo, en contra de esta postura, cabe recordar que en nuestro Código civil existen actos que pueden realizar válidamente los menores que no han cumplido 16 años.

40 Véase en este sentido Del Campo Álvarez, B.: "El consentimiento informado de los menores", cit., pp. 221 y 224; Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", cit., p. 8; Rodríguez Domínguez, F.J., García Calvo, T., Pérez Cárceles, Mª.D., Osuna Carrillo-Albornoz, E.J.: "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario", cit., p. 235; Romeo Casabona, C.Mª.: *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal).* Bosch, Barcelona, 1981, p. 318; Sánchez-Calero Arribas, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados,* Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

41 Dichas pautas consisten en que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión, verificando que exista una mínima racionalidad en la opinión del menor y sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal, que se debe realizar una evaluación individualizada caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor, en tanto en cuanto más transcendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión.

42 En este sentido, García Rocha, Mª.P.: "El reconocimiento", cit., p. 33, quien señala algunos de estos procedimientos y su inaplicación a los menores de edad (pp. 27-33). Así, se refiere a un procedimiento que se basa en la realización de un test denominado Mini Mental State Examination (MMSE), a través del cual se puede detectar el deterioro cognitivo de una persona, que la autora considera no idóneo para valorar la madurez del menor pues el menor podría superar fácilmente el test; también alude al Definid Issue Test de Rest, de Kohlberg, que sí considera un excelente test para valorar la madurez, aunque no lo estima idóneo para aplicarlo en la práctica clínica habitual por la dilación en el tiempo que necesita su aplicación y el alto entrenamiento que requieren los sujetos encargados de realizarlos; y, por último, la Escala de competencia de Lleida, elaborada por un equipo formado por un psiquiatra, un médico cirujano, una médico de familia, un psicólogo, un filosofo y una enfermera de atención primaria, pero que, a pesar de los avances conseguidos, no cuenta con reconocimiento oficial. Véase también otros procedimientos de evaluación de la madurez de las personas en Markova Ivanova, A.S.: "El derecho de autodeterminación

Ante este vacío, se han mantenido opiniones diversas. Para un sector de la doctrina, parece que la valoración de las condiciones de madurez de los menores la deben realizar los padres o tutores, que son los responsables de los actos de los hijos o de los menores tutelados, y, en su defecto, el Juez[43]. Sin embargo, la mayoría de la misma estima que la valoración de las condiciones de madurez se realiza en el ámbito sanitario, y, por tanto, la deberían realizar los médicos[44]; sin embargo, esta postura también ha recibido críticas por cuanto en una situación de conflicto ante la decisión del menor el facultativo puede optar por la opción que conlleve menos riesgo para la vida del menor sin atender a la calidad de la vida que se pretende defender[45], además de que hay que tener en cuenta que el facultativo puede no tener la preparación necesaria para apreciar tal madurez[46], y que es parte implicada.

Por tanto, actualmente, y a pesar de la reforma operada en el art. 9, con la ampliación de su contenido, el tema sigue sin tener una solución clara, y, si del texto legal se desprende que el legislador ha querido que sea el facultativo quien realice estas funciones, ya se han señalado los inconvenientes que puede tener dicha disposición.

d) Por último, la cuestión fundamental que se plantea es si el menor de 16 años maduro puede dar por si solo un consentimiento válido a una intervención médica. Pues todas las cuestiones anteriores se plantean para concluir la idoneidad de las decisiones que puedan adoptar dichos menores.

---

del menor maduro en el ámbito de la salud", cit., pp. 10-13, y Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", cit., pp. 9-11.

43 Así, Díez-Picazo, L.: Familia y Derecho, cit., p. 185.

44 En este sentido. Blasco Igual, Mª.C.: "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", cit., p. 38; Esquerda Aresté, M., Pifarré Paradero, J., Miquel Fernández, E.: "La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven", *Anales de Pediatría Continuada*, 2013, pp. 204-211; Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: "La minoría madura", cit., p. 80; Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa del menor de edad", cit., p. 104; Nieto Alonso, A.: "La relevancia del consentimiento del menor", cit., p. 7/27; Romeo Malanda, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico", cit., p.115; Sánchez Caro, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., p. 351. Sin embargo, para ello sería necesario que los médicos conocieran la ley. En un estudio realizado en 2008 por médicos pediatras (multicéntrico mediante encuesta anónima dirigida a 400 médicos de Atención Primaria y Atención Especializada) sobre el conocimiento que los médicos tienen de la ley estatal (Sánchez Jacob, M., Riaño Galán, I., Martínez González, C.: "Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente", *Revista Pediatría Atención Primaria*, núm. 10, 2008, pp. 443-456), los autores concluyeron que los conocimientos de la LBAP son escasos: el 25% conoce cuál es la mayoría de edad sanitaria y el 34% sabe que la persona encargada de valorar la madurez es el médico del paciente; la doctrina del menor maduro la conoce en profundidad el 8,5%; solo el 23,6% utiliza la firma del menor en el consentimiento informado; el 73% de los encuestados refiere no tener dificultad para considerar maduro a un menor de edad y se siente capaz de deliberar con él cuando existe un conflicto de intereses. En el mismo sentido señalan Rodríguez Domínguez, F.J., García Calvo, T., Pérez Cárceles, Mª.D., Osuna Carrillo-Albornoz, E.J.: "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario", cit., p. 233, que "la teoría del consentimiento informado no ha cristalizado totalmente en nuestras consultas y hospitales y, en el caso de determinados grupos de edad, que podemos considerar como vulnerables, como es la minoría de edad, su cumplimiento es todavía más complejo".

45 Así lo estima García Rocha, Mª.P.: "El reconocimiento", cit., p. 28.

46 En este sentido se manifiesta Del Campo Álvarez, B.: "El consentimiento informado de los menores", cit., pp. 222-223.

Como se ha indicado, dicha cuestión se suscita porque la legislación sobre la materia es ambigua y confusa, y no da una solución expresa a la misma. Por ello, las opiniones doctrinales al respecto son muy diversas.

Un sector de la doctrina ha defendido la idea de que los menores que reúnan las condiciones de madurez suficientes y puedan conocer el alcance del acto médico, están facultados para prestar por si mismos el consentimiento para autorizar la intervención médica, por virtud de lo dispuesto principalmente en el art. 162.1 CC en relación con la legislación protectora de los menores de edad y con lo dispuesto en el art. 3.1 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, que conceden relevancia jurídica a la voluntad del menor[47], aunque hay dudas de aplicar dicho criterio cuando existen situaciones de grave riesgo para el menor; postura que es refrendada por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, en la cual se establece básicamente que cuando el menor maduro se niegue a una intervención médica grave y sus representantes legales estén a favor de la misma, prevalecerá su opinión sobre la del menor, aunque si no fuera una situación de urgencia sería preferible plantear esta cuestión ante el juez, y si, por el contrario, la decisión de los representantes legales coincide con la del menor, se recomienda plantear la situación ante el Juez, salvo en los casos de urgencia, en las que el médico puede actuar sin necesidad de tal consentimiento. Dicho criterio parece recogerse en el art. 9, apartado 3, a y c, y apartado 4, párr. 2º, de la Ley 41/2002, en la redacción vigente, y que para algunos autores ha supuesto la desaparición del concepto de menor maduro[48].

Por el contrario, algunos autores entienden que no existe base para una interpretación extensiva que permita al menor tomar decisiones sobre los tratamientos médicos, fundamentando esta postura en la sentencia de la AN 23 febrero 1991, que señalaba que la vía de decisión deja indemne la capacidad de decisión personal del menor que puede y debe ser complementada por aquellos que tienen el derecho y el deber de formar a quienes están bajo su guarda[49].

47 Así, Galán Cortés, J.C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 34; Romeo Malanda, S.: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *Diario La Ley*, 2000, p. 6; Markova Ivanova, A.S.: "El derecho de autodeterminación", cit., p. 10, quien señala que la regulación actual es "alarmante en cuanto un menor maduro que no alcanza la edad sanitaria requerida, a pesar de tener madurez suficiente, no podrá ejercitar su derecho de autodeterminación, ni podrá determinar, según su propio código ético, qué beneficio pretende conseguir con la intervención, concretando así el contenido de su interés"; Montalvo jääskeläinen, F. de: "El menor", cit., pp. 297-305, quien, sin embargo, matiza que esas decisiones deberían ser atemperadas o matizadas en atención a la concurrencia de una serie de elementos, como son la gravedad, irreversibilidad o las consecuencias a medio o largo plazo.

48 En este sentido, Ruíz López, J., Navarro-Zaragoza, J., Carrillo Navarro, F., Luna, A.: "Dilemas éticos en la práctica de la medicina infantil", cit., p. 33.

49 Argumentos esgrimidos por Sánchez Caro, J., Giménez Cabezón, J.R.: *Derecho y Sida,* MAPFRE, Madrid, 1995, p. 60; Martín Morón, Mª.T.: ""La representación legal de los hijos en la esfera personal", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte (II),* Diputación de Castellón, 1999, p. 561; Sánchez Calero, "La capacidad del menor", cit., p. 1690.

Mas contundente parece la opinión de aquellos autores que estiman que las decisiones de los menores que hayan cumplido 16 años deben ser respetadas, sin tener en cuenta la limitación establecida en el art. 9.4, párr. 2º (anterior 9.3, c)[50], incluso en las situaciones de grave riesgo para el menor.

Por último, hay autores que realizan una crítica a las opiniones anteriores, considerando que estas posturas constituyen actitudes dogmáticas y éticamente incorrectas, pues desde estas posiciones se intenta dar respuesta a un conjunto diverso de casos mediante un único principio al que se otorga primacía sobre cualquier otro, ya que se considera que no es posible decidir qué representa el interés del menor sin atender a sus circunstancias y a sus razones. De manera que éstas se deben respetar cuando se basen en razones válidas desde una perspectiva imparcial y moralmente neutral[51].

Por su parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales no ha contribuido a aclarar esta cuestión pues no se han producido resoluciones concretas sobre la misma, aunque en el ámbito internacional sí ha habido decisiones de los tribunales. Sin embargo, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia 18 julio 2002[52], que contemplaba un recurso de amparo interpuesto por los representantes legales de un menor de 13 años que denegaron la transfusión de sangre, en cuanto en dicha sentencia se hace referencia a la relevancia que puede tener la oposición del menor al tratamiento médico. El TC, por un lado, reconociendo que nuestro ordenamiento jurídico concede relevancia al consentimiento del menor en relación a determinados actos o situaciones jurídicas y que el art. 162.1 CC excluye la representación legal de los padres de los actos relativos a los derechos de la personalidad, señala que esta exclusión no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses; y, por otro lado, considera que "el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos (…), no

50 Entre otros, Alonso Álamo, M.: El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales", en AA.VV.: *Autonomía persona y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas* (coord. por B. Mendoza Buergo), Civitas, Madrid, 2010, pp. 134-135; Markova Ivanova, A.S.: "El derecho de autodeterminación", cit.; Santos Morón, Mª.J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *AFDUAM,* núm. 15, 2011, p. 86.

51 Así lo estima Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", cit., p. 30, argumentos que refiere al supuesto de rechazo al tratamiento por parte del menor, señalando que la validez de las razones del menor debe ser considerada desde un doble punto de vista: por un lado, se debe utilizar el criterio de objetividad posicional, de manera que el rechazo al tratamiento estará justificado cuando se base en razones neutrales respecto al agente; y, por otro lado, tal decisión se debe basar en argumentos que respeten las exigencias de la razón pública, es decir, que no resulten contrarios a a lógica y a la ciencia, que no tengan como único fundamento prejuicios culturales o morales y que no dependan de postulados metafísicos inaccesibles a la crítica racional.

52 STC 154/2002, de 18 julio (RTC 2002,154). Véase al respecto de esta sentencia y su relación con el consentimiento informado de los menores, entre otros, Alventosa del Río, J.: "Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada,* Granada-Jaen, 2000, pp. 99-116; Del Campo Álvarez, B.: "El consentimiento informado de los menores", cit., pp. 224-228; Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario", *AFDUAM,* núm. 15, 2011, pp. 95-123; Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", cit., pp. 13-16.

es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto (…) que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable", toda vez, recuerda, que el valor vida es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (SSTC 53/1985, de 11 de abril y 120/1990, de 27 de junio). De lo que se desprende que la validez del consentimiento del menor de edad en lo que se refiere a su vida tiene limitaciones según dicho Tribunal. Pero, a pesar de lo expuesto, parece que el TC no precisa el alcance que puede tener el consentimiento del menor de edad ni las condiciones de madurez que debe exigírsele para emitir un consentimiento válido.

VI. OBSERVACIONES FINALES

En un tema tan controvertido como es la autonomía del menor en el ámbito sanitario, las reformas recientes producidas por la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002, que inciden en el art. 9, que versa sobre los límites al consentimiento informado y consentimiento por representación, no han contribuido a aclarar las cuestiones que no se resolvían en la redacción anterior o que quedaban ambiguas. Por el contrario, dichas modificaciones han supuesto un retorno a los criterios más restrictivos de dicha autonomía, engendrando más dudas que certezas acerca de las decisiones que se permite tomar a los menores. Pues, a pesar de la reforma, siguen existiendo vacíos legales y opiniones doctrinales muy divergentes.

En mi opinión, es necesario partir de la idea, pues es un imperativo legal, de que toda legislación y actuación sobre los menores se asienta sobre el principio básico y esencial del interés superior del menor, que establece y amplia la LO 8/2015, y, en consecuencia, se debe tratar a los menores con pleno respeto a su dignidad, personalidad, intimidad y demás derechos fundamentales, y a su propia autonomía, inclusive a los menores de 16 años, a los que se debe implicar en la toma de decisiones, toda vez que la actitud del sujeto afectado es fundamental para restaurar su salud, tratándose también de un criterio legal.

Como consecuencia de la reforma operada, la Ley estatal de autonomía del paciente y las leyes autonómicas parecen aplicar un doble criterio, uno objetivo y otro subjetivo, a la hora de permitir tomar decisiones al menor: la edad y la existencia de riesgo grave según consideración del facultativo. De manera que si el menor ha alcanzado los 16 años puede otorgar el consentimiento por si mismo sin necesidad de que lo otorguen los representantes legales, y si no la ha alcanzado, dicho consentimiento debe ser otorgado por sus representantes legales. Sin embargo, en una situación de grave riesgo, el consentimiento, a pesar de que el menor tenga más de 16 años, se recabará de sus representantes legales.

Ello supone un retroceso respecto a la legislación anterior en el reconocimiento de la autonomía del menor como paciente[53]. Por otra parte, queda sin regular, o cuando menos, sin una regulación clara, la situación del menor maduro, que queda muy difusa en la regulación del consentimiento informado, dando lugar a posturas doctrinales contradictorias.

Bien es cierto que cualquiera de las soluciones que se pueden adoptar legalmente respecto al menor puede generar inconvenientes. Si se atribuye autonomía a los mayores de 16 años, se deja de lado a los padres y tutores, siendo que se trata de un menor no emancipado, bajo la potestad de sus padres o tutores, y normalmente dependiente económicamente de los mismos, de modo que se aparta a los padres de una decisión que les afecta, tanto a nivel emocional como económico. Por el contrario, si se otorga el consentimiento a los representantes legales, parece que se está dejando de lado el respeto a la intimidad de los menores, muchos de los cuales, y en determinadas situaciones, preferirían que no transcendiera su estado de salud ni siquiera respecto a sus progenitores.

Además, hay que tener en cuenta otros factores. Por un lado, si la decisión del menor, cuando puede tomarla por si mismo, está bien fundamentada, pues cabe que el menor no quiera que se informe a sus padres por temor reverencial o temor a un posible rechazo familiar o social. Por otro lado, el entorno cultural y social del menor, que en algunos casos puede ser contrario al beneficio e interés del mismo, y en otros, puede suponer el apoyo fundamental para recuperar la salud del menor.

Por último, cabe hacer referencia a otra cuestión que plantea también ciertas dudas, y es que, en casos de grave riesgo, la decisión de si debe otorgar el consentimiento el menor o sus representantes recae sobre el médico responsable. Ello supone agravar la responsabilidad que ya tiene el médico de por si, teniendo en cuenta que existen otros factores que se deben tomar en consideración (el entorno familiar, cultural y social del propio menor), que pueden ser desconocidas por el facultativo. Por lo que cabría emplear otros recursos existentes en el ámbito sanitario, sin recurrir al Juez, para solucionar los posibles conflictos que puedan surgir en la toma de estas decisiones[54]. Todo ello a fin de encauzar convenientemente la decisión del menor en correlación con las de sus padres o tutores.

53 En el mismo sentido, Markova Ivanova, ob. cit., p. 2, señala que "A pesar de que la normativa sobre la autonomía del paciente menor de edad establece como criterio general la capacidad natural, siendo éste sustituido por la capacidad de obrar plena (la mayoría de edad) o por la representación sólo en casos tasados, las últimas iniciativas legislativas invierten el criterio, aumentando cada vez más los estándares de capacidad exigibles para la prestación de consentimiento válido en el ámbito clínico, acentuando así la tensión entre el criterio subjetivo (madurez) y objetivo (la edad)".

54 Entre ellos, como ya indiqué en otro lugar, la consulta a equipos formados por profesionales de la psicología, y, en su caso, de la psiquiatría (así, Río Sánchez, C del.: "El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas", *Información Sicológica*, núm. 100, 2010, pp. 60-67), la consulta a los Comités de ética asistencial, o la utilización de la mediación

Por todo lo anterior, se debe concluir que, a pesar de la reforma producida, sigue abierto el debate legal, jurídico y social sobre la autonomía del paciente menor de edad.

sanitaria. Con lo que se produciría una menor judicialización de la materia que tratamos (en este sentido se manifiestan también González Mirasol, P.: "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica", *Diario La Ley*, 2005, pp. 1613-1635, y Nieto Alonso, A.: "La relevancia del consentimiento del menor", cit., p. 7041).

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Álamo, M.: "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales", en AA.VV.: *Autonomía persona y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas* (coord. por B. Mendoza Buergo), Civitas, Madrid, 2010, pp. 97-141.

Alventosa del Río, J.: "Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada,* Granada-Jaen, 2000, pp. 99-116.

Alventosa del Río, J.: "El derecho a la autonomía del paciente", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, I, Semblanza. Derecho civil. Parte General*, Madrid, 2003, pp. 173-205.

Alventosa del Río, J.: "La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos, y obligaciones en materia de información y documentación clínica (I y II)", *Revista Española de Drogodependencias,* núm. 28 (3 y 4), 2003, pp. 270-284 y 384-401.

Alventosa del Río, J.: "Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias", *Revista española de drogodependencias*, núm. 3, 2013, pp. 277-302.

Alventosa del Río, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291.

Arbesú González, V.: "El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica", *DS: Derecho y salud,* vol. 26, núm. Extra 1 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), 2016, pp. 142-149.

Ataz López, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil,* Montecorvo, Madrid, 1985.

Blasco Igual, Mª.C.: "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", *Revista de Bioética y Derecho,* núm. 35, 2015, pp. 32-42.

Del Campo Álvarez, B.: "El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 8, 2018, pp. 213-29.

Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

Esquerda Aresté, M., Pifarré Paradero, J., Miquel Fernández, E.: "La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven", *Anales de Pediatría Continuada*, 2013, pp. 204-211.

Galán Cortés, J.C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid 1997.

Galán Cortés, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.

García Garnica, M.C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.

García Rocha, Mª.P.: "El reconocimiento efectivo del derecho del menor a decidir sobre su salud", *Revista Bioderecho.es,* núm. 1, 2015.

González Mirasol, P.: "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica", *Diario La Ley,* 2005, pp. 1613-1635.

Gracia, D., Jarabo, Y., Martín Espíldora, N., Ríos, J.: "Toma de decisiones en el paciente menor de edad", *Medicina Clínica,* núm. 117 (5), 2001, pp.179-190.

Jorge Barreiro, A.: "La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento quirúrgico", *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982, pp. 5-34.

Lomas Hernández, V.: "Minoría de edad y Derecho sanitario: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la ley 26/2015, de 28 de julio", http://www.ajs.es/blog/minoría -de-edad-y-dderecho-sanitario-la-ley-organica-82015-de-22-de-julio-y-la-ley-262015-de-28-de-julio/

Martín Morón, Mª.T.: "La representación legal de los hijos en la esfera personal", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte (II),* Diputación de Castellón, 1999, pp. 559-564.

Markova Ivanova, A.S., "El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud", *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho,* núm. 6 (Ejemplar dedicado a: Estudios: derecho, salud y ciencias de la vida), 2017.

Martínez, C.: "Problemas éticos y legales en Pediatría. Consentimiento informado en menores", *Boletín de Pediatría*, núm. 49, 2009, pp. 303-306.

Martínez-Pereda Rodriguez, J.M.: "La minoría madura", *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina,* Mapfre, Madrid, 1998.

Montalvo Jääskeläinen, F. de: "El menor: un paciente complicado (al menos desde la perspectiva legal), *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 13, 2013, pp. 294-295.

Moreno Antón, M.: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario", *AFDUAM,* núm. 15, 2011, pp. 95-123.

Nieto Alonso, A.: "La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud", *Diario La Ley,* 2008, núm. 7041.

Ojeda Rivero, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho (www.INDRET.com)*, Barcelona, julio 2015.

Parra Lucán, Mª.A.: "Dos apuntes en materia de responsabilidad médica", *Derecho y Salud, Extraordinario: IX Congreso Derecho y Salud*, núm. 11 (1), 2003, pp. 1-14.

Parra Lucán, Mª.A.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, pp. 1901-1930.

Ramos Chaparro, P.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.

Río Sánchez, C. del.: "El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas", *Información Sicológica*, núm. 100, 2010, pp. 60-67.

Rodríguez Domínguez, F.J., García Calvo, T., Pérez Cárceles, Mª.D., Osuna Carrillo-Albornoz, E.J.: "El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario", *DS: Derecho y salud,* vol. 26, núm. Extra 1 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), 2016, pp. 229-236.

Romeo Casabona, C.Mª.: *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal).* Bosch, Barcelona, 1981.

Romeo Malanda, S.: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *Diario La Ley*, 2000.

Romeo Malanda, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", *Actualidad del Derecho sanitario*, núms. 102-103, 2004, pp.113-119 y 211-223.

Ruíz López, J., Navarro-Zaragoza, J., Carrillo Navarro, F., Luna, A.: "Dilemas éticos en la práctica de la medicina infantil", *Cuadernos de Bioética,* XXIII, 2017/1ª, pp. 29-40.

Sánchez Calero, F.J.: "La capacidad del menor no emancipado", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (III), Granada-Jaén, 2000, pp. 1683-1711.

Sánchez-Calero Arribas, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Sánchez Caro, J.: *Consentimiento informado y psiquiatría. Una guía práctica,* Mapfre, Madrid, 1998.

Sánchez Caro, J., Abellán, F.: *Derechos y deberes de los pacientes. (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas),* Comares, Granada, 2003.

Sánchez Jacob, M., Riaño Galán, I., Martínez González, C.: "Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente", *Revista Pediatría Atención Primaria*, núm. 10, 2008, pp. 443-456.

Santos Morón, Mª.J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *AFDUAM,* núm. 15, 2011, pp. 63-93.

Simón Lorda, P.: "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, XVIII/102, 2008, pp. 325-348.

Siso Martín, J.: "El médico, el paciente menor y los padres de éste. Un triángulo que debe ser amoroso", *Revista Pediatría Atención Primaria,* núm. 11, 2009, pp. 685-693.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO SANITARIO DERIVADA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

THE CIVIL LIABILITY IN THE HEALTH FIELD DERIVED FROM THE INFORMED CONSENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 548-565

Manuel
ORTIZ
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Al aproximarnos al consentimiento informado debemos tener en cuenta dos cuestiones. Por un lado, que este ámbito ha sufrido una evolución a lo largo de los años, de tal modo que el reconocimiento de los derechos de los pacientes se ha producido de forma paulatina. Por otro lado, que el Tribunal Constitucional vinculó el consentimiento informado al derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Este cambio de paradigma obliga a repensar la responsabilidad civil sanitaria y, dentro de la misma, la lex artis de los profesionales de este campo. Este trabajo se centra en el régimen legal español del consentimiento informado, así como en la jurisprudencia y doctrina más relevante.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento informado; responsabilidad civil; Lex artis; derecho a decidir de los pacientes; obligaciones.

ABSTRACT: *As we approach informed consent, we must take into account two issues. On the one hand, that this area has undergone an evolution over the years, in such a way that the recognition of patient rights has occurred gradually. On the other hand, that the Constitutional Court linked informed consent to the fundamental right to physical and moral integrity (article 15 EC). This paradigm shift requires rethinking civil liability and, within it, the lex artist f the professionals in this field. This work focuses on the Spanish legal regime of informed consent, as well as on the most relevant jurisprudence and doctrine.*

KEY WORDS: *Informed consent; Tort Law; lex artis; rights to decide of pacients; obligations.*

SUMARIO.- I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.- II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: EVOLUCIÓN, RECONOCIMIENTO Y ACTUAL PLASMACIÓN.- 1. Breve referencia a la evolución de la relación médico-paciente. 2. El reconocimiento del consentimiento informado en España: normativa y jurisprudencia.- A) El derecho a la información: características, implicaciones y límites. B) El consentimiento tras la información y las excepciones legales.- III. CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: LA LEX ARTIS SANITARIA Y LA DICOTOMÍA DERECHO/OBLIGACIÓN.

I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO

El presente artículo se corresponde con un resumen de algunas de las cuestiones más relevantes del consentimiento informado tratadas de forma más extensa en mi tesis doctoral (aún en elaboración). Asimismo, se incluyen ciertas partes del desarrollo de mi comunicación enviada y aceptada para el Congreso Internacional Salud, Nuevas Tecnologías y Responsabilidad Civil (Coimbra) celebrado los días 10 y 11 de mayo de 2018 denominada "El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la *lex artis* y los derechos fundamentales".

El tema a tratar es el "consentimiento informado" y su relación con la responsabilidad civil sanitaria. No puede obviarse que tras la plasmación de un derecho a una persona, normalmente, se encubre la imposición de una serie de deberes a otra (u otras). En este sentido, al contemplar las facultades de los pacientes a ser informados y a consentir sobre aquellas cuestiones relacionadas con su salud se está obligando a los sanitarios a prestar adecuada información a los usuarios y a recabar su consentimiento.

Por lo tanto, esta obra supone, en esencia, repensar el sistema de responsabilidad civil español tratando de integrar los nuevos deberes impuestos a los profesionales del ámbito médico. De esta forma, a la tradicional *lex artis* debemos incluir las obligaciones derivadas del consentimiento informado.

Además, este derecho se encuentra vinculado al derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), lo que nos obliga a ser más cautelosos y respetuosos con el mismo. Por todo ello, a la denominada *lex artis* tradicional (centrada en la técnica y la *praxis* curativa) debemos añadir la *nova lex artis* (pensada para el consentimiento informado).

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: EVOLUCIÓN, RECONOCIMIENTO Y ACTUAL PLASMACIÓN

1. Breve referencia a la evolución de la relación médico-paciente

Al iniciar el tema relativo al consentimiento informado debemos tener en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, el reconocimiento de este derecho se ha producido de forma paulatina a lo largo del tiempo, de forma paralela a la evolución sufrida en la relación médico-paciente. En este sentido, durante muchos años imperó el modelo denominado paternalista clásico, según el cual el profesional, por sus conocimientos especiales y posición de preeminencia, tomaba todas las decisiones sin necesidad de contar con el paciente[1]. Además, se entendía que los médicos no podían ser declarados responsables, en tanto en cuanto la medicina no era una ciencia exacta. Como suele destacarse, imperaba la máxima de "todo por el paciente, pero sin el paciente", con la que se quiere poner de manifiesto que el sanitario estaba habilitado para actuar de forma independiente en beneficio del usuario.

No obstante, por exigencias internacionales[2], la propia consideración de la persona humana como portadora de derechos humanos inherentes provocó un cambio de paradigma[3]. En este sentido, se fue forjando en el ámbito internacional –y europeo– el compromiso en la protección y tutela de los derechos humanos. Tras la masacre acaecida con la II Guerra Mundial se comprendió la importancia que tales derechos tienen para la humanidad y se trató de formar unas bases que impidiesen que una situación como la producida se repitiera en un futuro. En

1 Ejemplo de ello es la medicina hipocrática, que que trató de separar la medicina de la superstición partiendo de la filosofía de la naturaleza (*Phycis*). Así, se entendía que lo que sanaba es la *Phycis*, pues la naturaleza poseía una *vis curatrix* –una especie de fuerza curadora– que hacía que el médico fuera un mero servidor de ella. Además, el paciente no negociaba con el médico, sino que este último era quien tomaba las decisiones, pues conocía la técnica y era el mejor capacitado para ello.

2 En este sentido, destacan la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 en París (que recoge los derechos humanos considerados básicos a partir de la carta de San Francisco de 26 de junio de 1945), los Pactos de Nueva York de 1966 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En el ámbito europeo, con de especial relevancia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma (4 de noviembre de 1950) –con sus posteriores modificaciones–, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), la Declaración Universal sobre el Genoma Humanos y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 1997 y el Reglamento (UE) núm. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE.

3 Como destaca Reynal Reillo, E.: *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 32, "el origen de la protección internacional del hombre surge a partir de la segunda mitad del siglo XX mediante un conjunto de normas que se denominan genéricamente como Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Este Derecho implica que los países firmantes reconocen los derechos del hombre como un bien jurídico protegible y "que corresponde a la comunidad internacional su defensa, traspasando fronteras y competencias nacionales". Así, se adoptaron una serie de normas –unas dispositivas o *ius dispositivum* y otras sustantivas o *ius cogens*– con tal de ir progresivamente estableciendo un marco común de protección de los derechos.

el ámbito sanitario, algunos autores[4] hablan incluso de hasta tres "edades de la medicina" para describir esta evolución.

De esta forma, el paciente pasó a ocupar un papel principal con el reconocimiento de la libertad y la autonomía de la voluntad. En este sentido, este último será, a partir de este momento, el encargado de decidir las intervenciones sanitarias a las que debe someterse. Asimismo, por la ausencia de conocimientos necesarios, el profesional debe informar adecuadamente a los enfermos, de tal forma que puedan consentir libre y voluntariamente entre las opciones médicas posibles[5].

Todo ello conlleva que la profesión sanitaria ya no pueda entenderse como antaño. Si en un primer momento únicamente se exigía al profesional una actuación y unos cuidados acordes al estado de la ciencia, actualmente debemos anudar una serie de obligaciones relacionadas con el consentimiento. En definitiva, el reconocimiento del derecho al consentimiento informado a los pacientes supone, como contrapartida, la exigencia de deberes derivados del mismo a los médicos. Además, si no cumple con dichos deberes, es posible declarar responsable al médico.

Como indica Sánchez Gómez[6], desde un punto de vista social, "el estado de bienestar propio de las sociedades modernas ha generado una mayor preocupación de las personas por su salud y, en consecuencia, por la prestación de los servicios sanitarios". Asimismo, como más tarde destaca la autora arriba referenciada, "El usuario de los servicios sanitarios, no solo demanda del facultativo unos cuidados adecuados y conformes según los medios y estado de la ciencia a fin de conseguir su curación, sino ser informado de forma completa y clara sobre los aspectos relativos a su estado de salud y la actuación que precisa".

2. El reconocimiento del consentimiento informado en España: normativa y jurisprudencia

En España, al igual que hemos visto en el ámbito internacional, la introducción de estos derechos se produjo de una forma progresiva y paralelamente a la evolución

4 Siegler, M.: "Las tres edades de la medicina y la relación médico-paciente", *Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, núm. 26, 2011, pp. 12 a 25.

5 Como destaca Lizón Giner, J.: "Información al paciente y consentimiento informado", en *Aspectos Legales en Oncología Médica* (edit. J. Montalar Salcedo), Nova Sidonia Oncología, Madrid, 2000, p. 43, "Uno de los sucesos más importantes acaecido en los finales del siglo XX, al menos en el llamado Primer Mundo, ha sido el cambio de las actitudes de los profesionales de la Medicina, al enfrentarse al problema de la información a los pacientes". En este sentido.

6 Sánchez Gómez, A.: "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 8 (diciembre), 2014, p. 99.

de la relación médico-paciente[7]. En este sentido, muchos de los preceptos de nuestra legislación son fruto de exigencias internacionales. Asimismo, hay que tener en cuenta que la regulación se encuentra dispersa por dos motivos. En primer lugar, por la atribución de competencias del Estado a las comunidades autónomas, que conlleva que las diecisiete dispongan de una normativa propia (más o menos exhaustiva). Por otro lado, a pesar de que 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 (en adelante, LAP)[8] es la referencia en este campo y contiene una reglamentación bastante completa y detallada, lo cierto es que muchas materias están excluidas de su ámbito de aplicación y existen numerosas leyes especiales (como por ejemplo las cuestiones relativas a los medicamentos o a las técnicas de reproducción humana asistida).

Si tratamos de adentrarnos en la Ley 41/2002, rápidamente se observa cómo la norma diferencia dos momentos: la información previa y el posterior consentimiento del paciente. En conjunto forman lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan como consentimiento informado que, siguiendo los términos legales, podemos definir como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud" (art. 3 párrafo 4 LAP). De este modo, partiendo de "La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad" (art. 2.1 LAP), se configura el derecho a decidir libre y voluntariamente por parte de los pacientes en todas las cuestiones que afecten (o puedan afectar) a su salud.

7 Sin embargo, como destaca Reynal Reillo, E.: *Consentimiento informado*, cit., p. 41, "El paulatino reconocimiento de derechos que se fue realizando en el Estado español en la época preconstitucional fue más lento de lo deseable, pero, por suerte, pudo ser introductorio de las libertades que aguardaban a los ciudadanos tras la promulgación de la Carta Magna española".

8 Hay que tener presente que con anterioridad a la promulgación de la actual legislación española se aprobaron diferentes normas con incidencia en esta materia. Tales disposiciones pueden ser divididas en dos grandes grupos. Por un lado, las normas preconstitucionales que se concretan en el proyecto Código Sanitario de 1822 (que no se aprobó finalmente), la Ley de 28 de noviembre de 1855, el Real Decreto de 12 de enero de 1904, la Ley de Coordinación Sanitaria de 11 de junio de 1934, la Ley de 1944, la Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962, el Decreto 907/1966 (de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social), la Orden del 7 de julio de 1972 (Orden por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social) y el Real Decreto 2082/1978 (de 25 de agosto, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los Servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios).
Por otro lado, con la aprobación de la Constitución Española de 1978 se reconocieron derechos muy relevantes desde el punto de vista de la sanidad que, de alguna forma, están vinculados a la autonomía del paciente –*vid*. los arts. 9 sobre el derecho a la libertad, 10.1 sobre la dignidad humana, 15 referido al derecho a la vida y a la integridad física y moral o 43 relativo a la protección de la salud–. Asimismo, se distaron varias normas previas a la Ley 41/2002, a saber, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que estuvo vigente hasta el 1 de diciembre de 2007 debido a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la Ley General de Sanidad Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (antecedente más directo de nuestra actual ley).

Como señala la Ley 41/2002, "Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios". Además, tal consentimiento "debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada" (art. 2.2 LAP). Repárese en que las obligaciones son de todos los profesionales que intervienen en el proceso curativo, sin que deban restringirse al médico principal. Tratando de resumir el contenido de la norma, podemos señalar, por tanto, que el derecho al consentimiento informado se divide en dos facultades: la información previa y el consentimiento posterior. Veamos cada una de ellas con algo más de detalle.

A) El derecho a la información: características, implicaciones y límites

En primer lugar, la información previa (regulada en los arts. 4 y 5 LAP) que se concreta en el "derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley". Igualmente, "toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada". En otro orden de cosas, esta información se proporcionará verbalmente como regla general (dejando constancia en la historia clínica) y comprenderá "como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias". Asimismo, "será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad".

En este sentido, hay que tener en cuenta que el profesional puede incurrir en responsabilidad tanto por exceso como por defecto, es decir, por informar de extremos no necesarios o por no comunicar cuestiones relevantes.

Así, la SAP de Madrid de 20 de marzo de 2013[9] señala que "La ley no dice en ningún momento que la información deba ser exhaustiva sino adecuada, de forma que hay consecuencias o riesgos conocidos sobre los que no es obligatorio informar, de manera que no siempre que una intervención cause un daño como posible y no se haya informado del mismo se deriva responsabilidad. En todo caso al paciente se le ha de informar: a) de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada y que debe abarcar la de preparación a la intervención, y b) de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir el pronóstico sobre probabilidad del resultado y de cualesquiera secuelas, riesgos y complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal con independencia de su frecuencia". Además, añade que "La información ha de ser además adecuada es decir que incluya como mínimo los riesgos que por su frecuencia y gravedad y atendidas las circunstancias personales del paciente deban considerarse significativos".

9 *Vid.* SAP Madrid 20 marzo 2013 (Sentencia núm. 140/2013 20 marzo, EDJ 2013, 106117, rec. 324/2012).

De una forma muy gráfica, la SAP de Zaragoza de 3 de febrero de 2016[10] prevé que "Como ha de resultar obvio y patente, la finalidad última de esta información es precisamente que el paciente pueda decidir libremente, hacer uso o no de los procedimientos que la técnica ofrece en cada momento. El deber de ofrecer esta información, adecuada, veraz y suficiente, corresponde al médico responsable del paciente. En este sentido, existe un cuerpo doctrinal abundante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige unos mínimos a esta información, pero que también destaca la necesidad de una información comprensible y apropiada al paciente, que no incurra en excesos que puedan resultar perjudiciales para el paciente dificultando, a la postre, una toma de decisiones. Este derecho-deber de información, que tiene como sujetos al paciente y al médico responsable de éste, tiene como fin potenciar y preservar de forma eficaz la autonomía del paciente, y que la decisión acerca de la intervención médica esté guiada por la propia voluntad del usuario, en el marco de un proceso médico que ofrezca toda la información y alternativas disponibles. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión--, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

De igual forma, la STS de 20 de abril de 2007[11] viene a indicar que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

10 *Vid.* SAP Zaragoza 3 febrero 2016 (Sentencia núm. 41/2016 3 febrero, EDJ 2016, 36040, rec. 360/2015).

11 STS 20 abril 2007 (RJ 2007, 4294, rec. 2519/2003).

Sobre la información de los riesgos vinculados a la actividad sanitaria, la jurisprudencia viene exigiendo, con carácter general, responsabilidad si no se realiza de forma adecuada. De esta forma, se deben extremar las cautelas sobre este particular y tener presente cómo debe cumplirse con este deber según el Tribunal Supremo[12].

Muy interesante resulta la reflexión de Sánchez Gómez[13] a propósito de la STS de 30 de junio de 2009[14] sobre los riesgos típicos. Desde la postura de esta autora, muy correcta a nuestro juicio, cuando se habla de riesgos típicos se está refiriendo a todos los previsibles, pues si nos encontramos ante un riesgo imprevisible estaríamos fuera del ámbito de la responsabilidad y "podría ser calificado de caso fortuito ex art. 1105 del Código Civil". De este modo, "Los riesgos de los que hay que informar, serán más o menos frecuentes, más o menos graves, pero siempre previsibles". Por todo ello, sería más adecuado hablar de riesgos típicos y riesgos imprevisibles en lugar de riesgos típicos y atípicos.

Además, deberá adaptarla a las necesidades del paciente, sin que su contenido deje de ser verdadero. Ello implica explicar la intervención de que se trate en un lenguaje comprensible para el usuario, pero sin emplear términos que no describan la realidad.

En este sentido, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo[15], la información debe ser "objetiva, veraz y completa", así como "puntual, correcta, leal, continuada, precisa y exhaustiva". De esta forma, debe ser suficiente para poder decidir si se somete o no a los servicios que le proponen o si decide acudir a un centro diferente, por lo que se exige que sea clara y concluyente para poder valorar las consecuencias o riesgos de la intervención.

Igualmente, hay que tener en cuenta que, en función del tipo de medicina ante el que nos encontremos (curativa[16] o satisfactiva), el profesional podrá tener

12 *Vid.* SSTS 2 julio 2002 (Sentencia núm. 667/2002 2 julio, RJ 2002, 5514, rec. cas. 2769/1996), 23 julio 2003 (Sentencia núm. 784/2003 23 julio, RJ 2003, 5462), 15 noviembre 2006 (Sentencia núm. 1132/2006 15 noviembre, RJ 2006, 8059), 28 noviembre 2007 (Sentencia núm. 1216/2007 28 noviembre, RJ 2007, 8427, rec. cas. 4881/2000), 19 julio 2007 (Sentencia núm. 836/2007 19 julio, RJ 2007, 4692), 30 abril 2007 (Sentencia núm. 465/2007 30 abril, RJ 2007, 2397 o EDJ 2007, 28955, rec. cas. 1018/2000), 23 octubre 2008 (Sentencia núm. 943/2008 23 octubre, RJ 2008, 5789, rec. cas. 870/2003), 30 junio 2009 (Sentencia núm. 478/2009 30 junio, RJ 2009, 4323, rec. cas. 137/2002) o 31 mayo 2011 (Sentencia núm. 344/2011 31 mayo, RJ 2011, 4000, rec. cas. 128/2008).

13 *Vid.* Sánchez Gómez, A.: "La información", cit., p. 106.

14 STS 30 junio 2009 (Sentencia núm. 478/2009 30 junio, RJ 2009, 4323, rec. cas. 137/2002).

15 *Vid.* SSTS 11 abril 2013 (Sentencia núm. 199/2013 11 abril, RJ 2013, 3384, rec. cas. 2017/2010), 20 enero 2011 (Sentencia núm. 1/2011 20 enero, RJ 2011, 299, rec. cas. 1565/2007), 23 mayo 2007 (Sentencia núm. 544/2007 23 mayo, RJ 2007, 4667) o 29 mayo 2003 (Sentencia núm. 511/1997 29 mayo, RJ 2003, 3916).

16 En este sentido, la STS 26 marzo 2004 (Sentencia núm. 267/2004 26 marzo, RJ 2004, 1668, rec. cas. 1458/1998) indica, de una forma muy gráfica, que la responsabilidad del profesional sanitario "está dirigida a la recuperación del enfermo, sin que se trate de una obligación de resultado" y, por tanto, "no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de

mayores exigencias en el deber de información. En este sentido, al margen de la discusión sobre obligaciones de medios y de resultado[17], a pesar de que la ley no haga distinción alguna, la jurisprudencia ha establecido diferencias en la obligación de informar en uno u otro tipo[18]. Así, en la medicina satisfactiva, por su especial naturaleza, se exige un aumento en el deber de informar, por lo que se debe ser más exhaustivo en la prestación de la misma en este campo. A modo de ejemplo, la SAP de Madrid de 20 de marzo de 2013 prevé que "en el ámbito de la medicina satisfactiva (como el de autos) el nivel de información exigida sea superior como regla general al que se exige en el de la medicina curativa: si no hay necesidad terapéutica sino simplemente conveniencia estética o funcional, la decisión de someterse a determinada intervención suele razonablemente comportar una confianza en que los riesgos son mínimos con relación a las ventajas, y por ello el paciente debe ser muy cuidadosamente informado de cu[á]les son los riesgos los que necesariamente se expone".

Por otro lado, la STS de 26 de septiembre de 2000[19], indica que "la información médica debe encuadrarse en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada a la buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales, por estar inscrita en el pacto médico-enfermo, y ello exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico, como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento".

Como no podía ser de otra forma, la ley prevé que el titular del derecho a la información es el paciente, a pesar de que sean también informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Sin embargo, el artículo 5 LAP (apartados 2 y 3) recoge una serie de supuestos en los que no es necesario que el enfermo

la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado".

17 En este sentido, *vid*. Martínez-Calcerrada, L.: *La responsabilidad civil profesional (2ª edición:) de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de los Médicos, Administradores/Consejeros de las Sociedades mercantiles y de los Abogados*, Colex, Madrid, 1999, pp. 307 y 308. Para Cabanillas Sánchez, la circunstancia de que la denominada cirugía reparadora no tenga un carácter puramente estético, sino también una finalidad curativa, no justifica, jurídicamente hablando, que la obligación del cirujano reparador sea de actividad, mientras que, si se trata de la cirugía estética, en la que se persigue el embellecimiento del paciente, la obligación del cirujano ha de ser de resultado. En su opinión, ambas obligaciones son de actividad, justificándolo las mismas razones. En este sentido, *vid*. Cabanillas Sánchez, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 73. Asimismo, Garzón Real. B.: "Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria", *La Ley*, núm. 1811, 1989, p 74, indica que en la medicina satisfactiva "no se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que, si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc, en el cirujano, éste responderá del resultado en la forma y medida de su imprudencia, como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas".

18 En este sentido, *vid*. SSTS 23 mayo 2007 (Sentencia núm. 544/2007 23 mayo, RJ 2007, 4667) o 23 octubre 2008 (Sentencia núm. 943/2008 23 octubre, RJ 2008, 5789, rec. cas. 870/2003).

19 STS 26 septiembre 2000 (Sentencia núm. 849/2000 26 septiembre, RJ 2000, 8126, rec. cas. 4448/1997).

consienta expresa o tácitamente la comunicación a estas personas allegadas. En este sentido, el legislador entiende que es lo más adecuado debido a que es posible que el paciente no comprenda el alcance real de la situación por las especiales circunstancias en las que se encuentra (por tratarse de una persona con la capacidad judicialmente modificada o encontrarse en una situación de incapacidad natural).

Más enjundia plantea el apartado 4 del citado artículo 5 LAP, encargado de los casos de "necesidad terapéutica". En tales supuestos, se habilita al profesional a actuar sin informar al enfermo "cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave". Sin embargo, por cuestiones de espacio y concreción no va a ser analizado en este momento. Baste con señalar que con el mismo puede estar encubriéndose, además de una limitación de la facultad de información, el posterior consentimiento, ya que a pesar de que el paciente ejercitara este último derecho no estaríamos ante una decisión libre y voluntaria por no contar con el conocimiento suficiente.

A modo de reflexión final podemos señalar que el contenido de la información supone, en definitiva, un "juego" de probabilidad o de estadística, esto es, se tendrá que informar sobre aquellos extremos –riesgos, contraindicaciones, consecuencias, etc.– que la propia experiencia médica exija. En este sentido, destaca Sancho Gargallo[20] que la "información se suministra en términos de probabilidad, pues no puede existir una certeza absoluta acerca de las consecuencias derivadas de cada de una de las posibles opciones, y en un grado que pueda ser asumido por el paciente".

Para conocer cuáles son los mismos habrá de acudirse a fuentes sanitarias –libros, protocolos de actuación[21], circulares, declaraciones de la OMC, etc.–. Además, como la propia práctica ha mostrado, se suele prestar la información y recabar el consentimiento a través de un formulario o documento tipo que viene a recoger, en líneas generales, las indicaciones que los anteriores documentos señalan.

B) El consentimiento tras la información y las excepciones legales

Como vimos anteriormente, la Ley 41/2002 reconoce en su artículo 2.3 que "El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles", pudiendo negarse,

20 En este sentido, *vid.* Sancho Gargallo, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2004, p.10.

21 A modo de ejemplo, *vid.* el Protocolo de Consentimiento Informado del Paciente de la Clínica Mayor, que se encuentra disponible en: http://www.clinicamayor.net/protocolos/filesprotocolos/DP%202.1-20160204-172249.pdf (fecha de última consulta 06.05.2018).

por tanto, al tratamiento prescrito por el profesional. En este sentido, como destaca el apartado 6 del mismo artículo, "Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque hablemos de las facultades (a la información y al consentimiento) de forma separada, en la práctica se encuentran íntimamente vinculadas. Por ello, no deben pensarse en incumplimientos de cada una de ellas como compartimentos estancos, pues siempre que nos encontremos ante una inadecuada información (ya sea por no haberse prestado, ya sea por ser incompleta o excesiva) estaremos ante una ausencia de consentimiento. Esto último se debe a que, por más que se haya ejercitado el derecho formalmente, no puede reputarse como una decisión libre y voluntaria por cuanto no disponía de los conocimientos suficientes para llevarla a cabo.

Al margen de lo anterior, el desarrollo de esta facultad la encontramos en los artículos 8 y 9 LAP, que contienen, además, ciertas limitaciones. Así, destaca el artículo 8.1 LAP, en la línea de lo que veíamos anteriormente, que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso". Además, el paciente podrá revocar dicho consentimiento en cualquier momento (art. 8.5 LAP).

En cuanto a la forma en el que debe emitirse la decisión del paciente, si bien la ley opta por establecer que será verbal con carácter general, más tarde excepciona una serie de supuestos en los que debe prestarse por escrito que, en la práctica, se corresponden con la gran generalidad de los casos médicos.

Por otro lado, el artículo 9.2 LAP prevé una serie de situaciones en las que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables (en favor de la salud del paciente) sin contar con su consentimiento. Nos referimos a aquellos casos en los que existe riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. Asimismo, el apartado 3 del citado artículo recoge unos supuestos en los que el consentimiento se presta "por representación", es decir, que es una tercera persona (vinculada al paciente) la que autoriza, en su caso, una intervención concreta. Sin adentrarnos en la regulación concreta, baste con señalar que tal escenario se produce cuando "el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación", cuando "el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia" o cuando "el paciente menor

de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención".

No obstante, hay que tener en cuenta que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo un tercero, "la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente". Cuando "Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad".

En otro orden de cosas, no podemos obviar que en la práctica se emplean formularios tanto para informar a los pacientes (obviando, en muchos casos, las indicaciones legales sobre el carácter verbal de la misma) como para obtener su consentimiento. Este hecho ha provocado que, como pone de manifiesto Pérez-Rubio[22], "Han sido abundantes las reclamaciones que se han producido en relación con el contenido de los impresos generales o formularios que debe firmar el paciente para prestar su consentimiento a la intervención que se le fuera a practicar, pues en muchos casos, tales formularios, no facilitan al paciente información, bien porque ésta es excesivamente escueta o bien por lo contrario, porque por ser excesivamente detallada y completa transmite tanta información que resulta ser abrumadora para el paciente y le dificulta asumirla apropiadamente". Como continúa señalando esta autora, este documento, únicamente puede ser tenido en cuenta como "indicio de que se obtuvo el conocimiento, pero no implica directamente la existencia de información y del consentimiento informado".

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[23] resulta muy clarificadora sobre el valor de estos documentos, en la que se viene a indicar que los mismos son "ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas".

22 Blanco Pérez-Rubio, L.: "El consentimiento informado como elemento esencial de la "*lex artis*", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 2 (mayo), 2014, p. 114.

23 *Vid.* SSTS 29 mayo 2003 (Sentencia núm. 511/1997 29 mayo, RJ 2003, 3916) y 11 abril 2013 (Sentencia núm. 199/2013 11 abril, RJ 2013, 3384, rec. cas. 2017/2010). Como señala la primera de estas sentencias, "El consentimiento prestado mediante documentos impresos, sin que conste rasgo informativo adecuado, no comporta debida y correcta información".

III. CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: LA LEX ARTIS SANITARIA Y LA DICOTOMÍA DERECHO/OBLIGACIÓN

Todo lo analizado hasta el momento conlleva que debamos superar un escollo importante. Como hemos señalado, durante muchos años la responsabilidad médica estuvo pensada para los casos en que el profesional erraba en la propia actividad curativa, esto es, en la aplicación de los conocimientos de su disciplina. Es a lo que podemos denominar infracción de la *lex artis* tradicional. Así, cuando imaginamos en abstracto un supuesto en el que el profesional deba responder, generalmente pensamos en un escenario en el que el mismo no aplica correctamente el proceso curativo, es decir, que "a ojos" de otro médico, se ha equivocado en algún momento en los "pasos a seguir" dando como resultado unas lesiones o, incluso, el propio fallecimiento del paciente. En estos casos, no era de esperar –ya sea por los propios riesgos que la intervención implicaba, ya sea por puros datos estadísticos de otras intervenciones anteriores– que tales secuelas se produjeran y, por tanto, el médico tiene que indemnizar por su error.

Sin embargo, por exigencias internacionales y, sobretodo, a partir del año 2002 disponemos de una normativa que imprime nuevas obligacionales a nuestros profesionales sanitarios. De este modo, se ha configurado como un verdadero derecho el consentimiento informado, lo que obliga a tenerlo en cuenta en la labor médica. Así, si no queremos convertir en papel mojado tal normativa, tenemos que partir de ciertos presupuestos y de ciertas premisas que provocan que la responsabilidad civil moderna tenga que integrar tal derecho en su sistema.

En este sentido, en algunas ocasiones se ha venido exigiendo un daño derivado de la propia actuación médica para que existiera responsabilidad por consentimiento informado. No obstante, argumentos de este tipo deben ser superados y el consentimiento informado debe pasar a ser un verdadero elemento del sistema de responsabilidad civil sanitaria. Por ello, si se vulnera el mismo, tal actuación tiene que ir acompañada de una restitución por el daño moral que implica, sin necesidad de exigir requisitos ulteriores para ello.

De este modo, no podemos perder de vista que hemos acudido a un cambio de paradigma, que supone dejar de entender la responsabilidad civil sanitaria tal y como se ha venido entendiendo –o, al menos, sólo tal y como se ha venido entendiendo–. Pero para ello es necesario un cambio de consciencia y de perspectiva en todos los ámbitos –social, profesional, jurídico, jurisprudencial, etc.–. En suma: la sociedad tiene que dejar de percibir la profesión sanitaria tal y como lo hacen (relacionada únicamente con la actividad curativa) y reclamar el cumplimiento de sus derechos; los médicos han de comprender la relevancia de los mismos y darle la necesaria cobertura y eficacia; los juristas y los tribunales han de interpretar la legislación de tal modo que el consentimiento informado

sea real y efectivo y que, en el caso de que ello no sea así, se acompañe de una indemnización adecuada. El Derecho no puede obviar la realidad ni puede construirse e interpretarse al margen de la misma, por lo que debemos tener presentes todas estas cuestiones. Partiendo de esta consideración, debemos tratar de conceptualizar el consentimiento informado como un tipo de incumplimiento de la *lex artis* médica –diferente de la propia actuación sanitaria en sí–integrando el mismo en el sistema de responsabilidad civil extracontractual existente.

El consentimiento informado tiene, por tanto, dos manifestaciones (íntimamente vinculadas). Por un lado, supone la imposición de una serie de deberes a los profesionales que provocan que debamos de dejar de entender el oficio tal y como se venía haciendo. Es decir, las obligaciones de los médicos ya no se restringen a aplicar correctamente un tratamiento o una intervención, a aplicar los cuidados necesarios al paciente, muy al contrario, deben informar a los usuarios y obtener su consentimiento con anterioridad a aplicar cualquier tratamiento que afecte a la salud de los mismos. Por este motivo, a la *lex artis* sanitaria tradicional pensada para la *praxis* médica referida a la práctica curativa debemos incluir las nuevas obligaciones vinculadas al consentimiento informado. De esta forma, en la actualidad, podemos hablar de dos tipos de *lex artis*: la tradicional, relacionada con la adecuada *praxis* sanitaria curativa y la (*nova*) *lex artis* ligada al consentimiento informado.

Por lo tanto, el juicio valorativo de la conducta de los profesionales está formado por dos partes (o momentos). En primer lugar, hay que atender a los deberes de información y consentimiento, tratando de observar si el facultativo cumplió con ellos. En segundo lugar, debemos analizar la propia actividad sanitaria, para dirimir si se adecúa al estándar de actuación del oficio. Obviamente, en muchos casos es necesario conocer este segundo momento (cómo llevo a cabo la intervención el médico) para compararlo con la información y el consentimiento que se prestó. Esto es, para tratar de determinar si lo que en un principio se comunicó por el sanitario y que autorizó el paciente se corresponde con lo que finalmente llevó a cabo el primero. En otros supuestos, sin embargo, ello no será imprescindible, ya que es posible que la información sea, por ejemplo, incorrecta por un error del profesional. De este modo, podemos encontrarnos con escenarios en los que se haya producido una infracción de una de las *lex artis* únicamente o con otras en las que se hayan conculcado las dos (procediéndose a una acumulación de acciones).

Por otro lado, conlleva la plasmación de una serie de facultades de los pacientes dignas de protección, que conllevan que puedan exigir ser informados y consentir en todas aquellas cuestiones sanitarias que les influyan. En suma, tienen el derecho a decidir libre y voluntariamente sobre todos aquellos aspectos que afecten (o puedan afectar) a su estado de salud.

Así se destaca en la STS de 26 de mayo de 2015[24] destaca que "Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar con reiteración que "tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan". De esta forma, "causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de 2 octubre 2012, rec. cas. núm. 3925/2011 ó de 20 de noviembre de 2012, rec. cas. núm. 4598/2011, con cita en ambos casos de numerosos pronunciamientos anteriores)".

En esta labor, hay que sumar, además, que el propio fundamento de este derecho se haya vinculado a un derecho fundamental: la integridad física y moral. Así ha sido considerado por nuestro Tribunal Constitucional –en sentencia de 28 de marzo de 2011[25]– que encuentra, como una intromisión ilegítima, una intervención sin el adecuado consentimiento informado. Desde nuestra perspectiva, el consentimiento informado hay que identificarlo como una garantía del citado derecho fundamental –sin que pueda confundirse con él–, de tal suerte que una vulneración del primero puede llevar aparejada (aunque no necesariamente) la conculcación del segundo.

Sin embargo, no parece que la vía constitucional quede expedita, en cualquier caso, sino únicamente cuando los tribunales ordinarios obvien la inexistencia de información y el consentimiento sin motivar su decisión de acuerdo con los parámetros legales. Ello no quiere decir que se excluya el consentimiento informado del ámbito de la constitucionalidad y que deba quedar recluido en la legalidad ordinaria interpretada *secundum constitutionem*, sino que se debe modular el acceso al recurso de amparo en función del caso concreto[26].

24 STS 26 mayo 2015 (EDJ 2015, 86912, rec. cas. 2548/2013). En igual sentido, las SSTS 20 septiembre 2005 (EDJ 2005, 166122, rec. cas. 5078/2002), 30 septiembre 2009 (EDJ 2009, 240017, rec. cas. 263/2008), 4 mayo 2010 (EDJ 2010, 62100, rec. cas. 5546/2005) o 30 septiembre 2011 (EDJ 2011, 231610, rec. cas. 3536/2007).

25 STC 28 marzo de 2011 (Sentencia núm. 37/2011 de 28 marzo, RTC 2011/37, Recurso de Amparo 3574/2008).

26 En este sentido, *vid.* Díaz Martínez, A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: Comentario a la STC 37/2011 de 28 de marzo (RTC 2011,37)" *Revista: Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 2011, (5), pp. 32 y 33.

BIBLIOGRAFÍA

Blanco Pérez-Rubio, L.: "El consentimiento informado como elemento esencial de la "*lex artis*", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 2 (mayo), 2014, pp. 114 y ss.

Cabanillas Sánchez, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 73 y ss.

Díaz Martínez, A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: Comentario a la STC 37/2011 de 28 de marzo (RTC 2011, 37)" *Revista: Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 2011, (5), pp. 32 y ss.

Garzón Real. B.: "Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria", *La Ley*, núm. 1811, 1989, pp. 74 y ss.

Lizón Giner, J.: "Información al paciente y consentimiento informado" en *Aspectos Legales en Oncología Médica* (edit. J. Montalar Salcedo), Nova Sidonia Oncología, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.

Martínez-Calcerrada, L.: *La responsabilidad civil profesional (2ª edición:) de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de los Médicos, Administradores/Consejeros de las Sociedades mercantiles y de los Abogados*, Colex, Madrid, 1999.

Reynal Reillo, E.: *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Sánchez Gómez, A.: "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 8 (diciembre), 2014, pp. 99 y ss.

Sancho Gargallo, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2004, pp. 10 y ss.

Siegler, M.: "Las tres edades de la medicina y la relación médico-paciente", *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 26, 2011, pp. 12 y ss.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO VICIADO O INEXISTENTE Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

LACK OR DEFECT OF INFORMED PATIENT CONSENT AND THE MEDICAL RESPONSIBILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 566-585

Luis de las
HERAS VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de febrero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad estudiar el régimen de responsabilidad médica, tanto en su vertiente civil como penal, ante un deficiente (o inexistente) consentimiento informado.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento informado; responsabilidad médica; responsabilidad civil; responsabilidad penal

ABSTRACT: *This paper aims to study the medical responsibility, both in its civil and criminal aspects, in the face of lack or defect in the informed patient consent.*

KEY WORDS: *Informed patient consent; medical responsibility; civil liability; criminal liability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.- 1. Regulación legal, concepto, fundamento y contenido. Especial referencia a la información exigible.- 2. Sujetos. Especial referencia a los incapaces y menores de edad.- 3. Forma y tiempo del consentimiento.- 4. Límites del consentimiento informado.- III. LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO. LA INDEMNIZACIÓN Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.- IV. POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES EN EL ÁMBITO DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad médica, al menos en su faceta más conocida del proceso clínico-asistencial, se concreta en una relación directa entre profesional y paciente que comporta una injerencia en la esfera privada del segundo. Siendo que, además, la mayoría de las veces nace de una situación de necesidad, esto es: el paciente ante el padecimiento un mal físico busca, movido por la necesidad, la inmediata asistencia sanitaria al someterse a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud.

Desde el punto de vista fenomenológico, los ejemplos son tan abundantes como relaciones entre enfermo y médico existen. Ahora bien, una nota común a todas ellas es que el paciente, bien directamente bien indirectamente, expone al médico su sintomatología, de manera que se produce una necesaria injerencia en su intimidad. Además, en no pocas ocasiones también del propio proceso asistencial sanitario deriva en actos que pueden suponer una afectación de la integridad física del paciente. Es decir, se podrán ver afectados dos valores esencialmente ligados con la dignidad humana, por un lado, el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18.1 CE, y, por el otro, el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE.

En un primer grupo, encontraríamos, no sólo las simples manifestaciones de hechos del paciente al médico, sino todas aquellas inspecciones y registros sobre el cuerpo que el profesional lleva a cabo, por ejemplo, exámenes antropomórficos, electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, inspecciones genitales, etc. El segundo, lo serían las intervenciones corporales invasivas.

Además, podemos decir que, en términos generales, en España la relación médico-paciente está presidida por la nota de voluntariedad (que no es

• Luis de las Heras Vives
Abogado, Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: luisdelasherasvives@gmail.com

necesariamente excluyente de la necesidad asistencial en la que se encuentre el paciente), es decir, que no obedece a una práctica forzosa ejercida unilateralmente por parte del Poder y en contra de la voluntad del afectado.

A pesar de los bondadosos parámetros que acabamos de exponer y que operarían a modo de principio en un Estado de Derecho, inspirado por el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no desconocemos que la realidad es mucho más compleja, especialmente la que se surge de los conflictos entre voluntad del paciente y el paternalismo Estatal; y que ya desde los tiempos de Hipócrates es objeto de estudio: *salus aegroti suprema lex* (la salud del paciente es la ley superior) y *voluntas aegroti suprema lex* (la voluntad del paciente es la ley superior).

Para la primera postura, significadamente paternalista, el mantenimiento o la recuperación de la salud del enfermo es la máxima aspiración del sistema, de manera que el profesional debe buscarla en todo caso. Mientras que, para la segunda, la actuación médica contaría con un límite claro e insuperable: la voluntad del paciente, aun cuando esta supusiera, de hecho, su muerte o pudiera parecer irracional. Lógicamente, dichas posturas no se dan con un carácter absoluto, no estamos ante una disyuntiva, sino que en el plano teorético sirven como parámetro para cifrar una praxis que no se mueve en una escala de blancos y negros, sino de grises; pues ninguna democracia occidental adopta un modelo puramente paternalista, sino que, unas más otros menos, pero todas se edifican situando el consentimiento como presupuesto de la actividad médica.

Todo ello aún adquiere mayor nivel de complejidad si se advierte que la salud no puede sólo concebirse desde parámetros marcadamente físicos (naturales), sino también desde el punto de vista del patrimonio moral del hombre. Así, por ejemplo, hay intervenciones quirúrgicas o tratamientos que desde el punto de vista estrictamente de la salud física serían desaconsejables, pero que, desde el punto de vista del bienestar del sujeto como fin último de su existencia, le generan una satisfacción que ensombrece cualquier limitación funcional o física. De manera que se puede distinguir entre actos médicos realizados con carácter curativo o satisfactivo (también conocidos como actos de medicina voluntaria).

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. Regulación legal, concepto, fundamento y contenido. Especial referencia a la información exigible

Con lo que acabamos de decir, se comprende perfectamente que 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 (en adelante Ley del Paciente), en su artículo 2 establezca los siguientes principios básicos que deberán presidir unas relaciones clínico-asistenciales que están prioritariamente orientadas a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades[1]:

"1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida".

Y más concretamente, según el art. 8 de la Ley del Paciente, toda actuación en el ámbito de la salud necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez este haya recibido toda la información disponible sobre la actuación concreta en su ámbito de salud, información que, en todo caso, deberá ser verdadera y comunicada de manera comprensible, adecuada a sus necesidades y garantizándosele la ayuda necesaria para tomar sus decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (*vid*. art. 4).

1 *Vid*. art. 3.1 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En el reverso de ese derecho a recibir información del paciente, está el deber del médico a brindarla, deber que se recoge y regula en el artículo 10 del Código de Deontología médica (aprobado por la Comisión Central de Deontología de la Organización médica Colegial) según el cual:

- Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que puedan comprenderla.

- Debe respetar la decisión del paciente de no ser informado y comunicará lo oportuno a un familiar o allegado que haya designado para tal fin.

- Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo significativo para el paciente, le proporcionará información suficiente a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas.

- Cuando el paciente no esté en condiciones de dar su consentimiento (por minoría de edad, incapacidad, urgencia de la situación y resulte imposible obtenerlo de la familia) el médico deberá prestar los cuidados que le dicte .su conciencia profesional.

Precisamente, dicho papel preponderante y vivificador de la voluntad indisolublemente asociado a la dignidad humana es lo que ha llevado a la configuración del consentimiento como un derecho fundamental, pues "ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española (…) , en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (…) en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (…) , proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 (…) , en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (…) , en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la

libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo"[2].

En este sentido, la Ley del Paciente en su art. 4.1 reconoce expresamente que "los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias".

La finalidad de la información, por tanto, es proporcionar a quien es titular del derecho a decidir lo elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses[3]. Es por ello por lo que esta constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*[4] y, como tal, forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico[5], de manera que la insuficiente o inexistente información no es irrelevante para la autonomía del paciente en cuanto le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las distintas actuaciones que pudiera considerar adecuadas[6]. Además, esta, deberá ser objetiva, veraz y completa para la prestación de un consentimiento libre y voluntario[7].

La información necesaria para que el paciente pueda prestar el consentimiento de manera informada, según reiterada jurisprudencia, incluye que el paciente tenga conocimiento del diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos o beneficios[8]. De hecho, la Ley del Paciente en su art. 10, respecto de las condiciones de la información y consentimiento por escrito, establece que el facultativo proporcionará al paciente antes de recabar su consentimiento por escrito, los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

2 STS 12 enero 2001 (RJ 2001, 3).

3 STS 23 noviembre 2007 (RJ 2008, 24).

4 SSTS 2 octubre 1997 (RJ 1997, 7405), 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3916) y 23 julio 2003 (RJ 2003, 5462)

5 SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073), 2 octubre 1997 (RJ 1997, 7405) y 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3925).

6 STS 6 julio 2007 (RJ 2007, 3658). Y establece el art. 4.2 que: "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad".

7 STS 23 octubre 2003 (RJ 2008, 5789)

8 STS 28 noviembre 2007 (RJ 2007, 8428).

Con todo, según estemos ante actos médicos realizados con carácter curativo o satisfactivo, el grado de exigencia de información será distinto, pues la información, como es lógico, admite distintos grados de profusión y detalle.

En relación con los actos de carácter curativo se ha dicho que no es necesario informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico o común por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento adecuado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan de una gravedad extraordinaria[9]. Y es que, como viene reconocimiento unánimemente la doctrina mas caracterizada en la materia, "la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia"[10].

En cambio, en los actos de carácter satisfactivo, la exigencia informativa reviste una mayor intensidad[11], pues además de ser objetiva, veraz completa y asequible, debe comprender el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que pudieran producirse, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, sin que puedan preterirse los riesgos excepciones, pues de ser conocidos estos el paciente podría rechazar someterse a una intervención que, en cierto modo, es intrascendente desde el punto de vista de la salud física[12].

2. Sujetos. Especial referencia a los incapaces y menores de edad

Como decíamos, es un principio básico que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios (art. 2.2 Ley del Paciente), y en similares términos establece el art. 8.1 que "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado", en consecuencia se puede afirmar que el deber de información vincula a cualquier profesional que intervenga de manera directa o indirecta en el trato con el paciente durante su proceso asistencial. Pero, en cualquier caso, el médico responsable[13] del paciente, le garantizará "el cumplimiento de su

9 STS 17 abril 2007 (RJ 2007, 3541).

10 STS 28 diciembre 1998 (RJ 1998, 10164).

11 SSTS 28 junio de 1997 (RJ 1997, 5151), 27 abril 2001 (RJ 2001, 6891), 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391) y 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218).

12 STS 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651).

13 Según el art. 3 de la Ley del Paciente, médico responsable es todo aquel "el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales".

derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

Por otro lado, resulta evidente que el titular del derecho a la información exigible para prestar el consentimiento es el paciente (art. 5.1 Ley del Paciente). Por tanto, el paciente es quien deberá recibirla, y ello con independencia de que "también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita" (art. 5.1 segundo pasaje).

Con todo, lógicamente, pueden darse situaciones singulares en las que el consentimiento no pueda o no deba prestarse por el propio paciente por ser este incapaz de comprender la información que se le brinda a causa de su estado físico o psíquico[14], aunque, debemos insistir, que el paciente deberá ser –dentro de las posibilidades razonable– informado, incluso en caso de incapacidad, adaptando el lenguaje tanto en la forma como en el contenido a sus posibilidades de comprensión, y ello con independencia de que también se informe a su representante legal.

No obstante, la Ley del Paciente prevé que en los siguientes supuestos el consentimiento se otorgará por representación:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

El problema, sin embargo, presenta mayores dificultades en el caso de menores de edad, pues estos, en ocasiones, pueden contar con suficiente grado de madurez para entender que están prestando un auténtico y genuino consentimiento derivado de una correcta comprensión de la información brindada. Es evidente que cuando se trata de actos médicos necesarios que deriven de una situación de

14 *Vid.* art. 5.3 Ley del Paciente.

necesidad y que su preterición podría desembocar en un resultado gravemente lesivo, o incluso la muerte, la facultad de disposición del menor sobre la salud debe ser fuertemente limitada. El problema, sin embargo, lo encontramos en los casos de actos médicos realizados con carácter satisfactivo, por ejemplo, un aumento de mamoplastía.

Claro está que el problema se solventaría de asumir un criterio *iuris et de iure* basado en el criterio cronológico de los 18 años de edad, en el que se presumiera la capacidad o incapacidad en base a ello, sin embargo, a mi modo de ver, esto no puede ser así, pues sería frontalmente contrario a los principios inspiradores de nuestra orientación política de los últimos tiempos cuyo claro ejemplo se advierte en 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, que refleja la concepción de los menores de edad "como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás[15]".

Con todo, no desconocemos que las distintas leyes autonómicas han adoptado tanto criterios rígidos de edad como los basados en el grado de madurez. Un ejemplo inequívoco del primer supuesto, lo constituiría el hoy derogado art. 8.2.b) de la Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra, que establecía que: "Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años". Mientras que, por el contrario, en Cataluña la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, en su art. 7.2.d) establecía que "En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento".

Sin embargo, la actual redacción de la Ley del Paciente parece inclinarse por la segunda postura, pues si bien la dicción de la ley no es del todo clara, lo cierto es que no hay ningún obstáculo para ello, pues, como hemos dicho, si el apartado 3 del art. 9 de la Ley del Paciente establece que el consentimiento por representación se otorga cuando el paciente "menor de edad no sea capaz

15 *Vid*. arts. 2.2 y 9 de la Ley.

intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención", sensu contrario, cuando goce del grado de capacidad intelectual y emocional suficiente, sí que lo podrá prestar. Y, en todo caso, ex art. 9.4, cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren con la capacidad modificada o privados de capacidad intelectual o emocional, no cabe prestar el consentimiento por representación. Si bien, el inciso final del anterior precepto aclara que "cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

Dicho precepto debe conectarse con el artículo 154 del Código Civil que establece que: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

Y también con el artículo 162 en la medida que "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º 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. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158."

De estas normas se deduce que el principio básico del consentimiento por representación es el bien del menor, su bienestar y salud. En consecuencia, los límites de la representación quedan delimitados por tales parámetros y, por tanto, no podrá prestarse un consentimiento por representación que sea contrario a la salud del menor.

3. Forma y tiempo del consentimiento

Según el art. 8.2 de la Ley del Paciente, el consentimiento será verbal por regla general, sin embargo, "se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención

quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Con todo, establece el art. 10.2 que "el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente".

Al final, lo cierto es que desde un punto de vista pragmático, y así lo evidencio en la práctica forense habitual, el consentimiento cada vez más se recabará por escrito, pues si bien la regla general es la forma verbal, su plasmación en soporte documental opera como una garantía para el facultativo que, en no pocas ocasiones, puede verse demandado o denunciado, según se articule la vía civil o penal, por un consentimiento que el paciente alega viciado o inexistente.

En cuanto al tiempo, el consentimiento ha de prestarse con anterioridad al acto médico. Y no inmediatamente antes de éste, salvo casos de urgente necesidad, sino con el suficiente para que el paciente pueda valorar la información suministrada, pues de lo contrario difícilmente podríamos entender cumplida la exigencia del art. 8.1 de la Ley del Paciente al aludir a que el paciente "haya valorado las opciones propias del caso", pues valorar el someterse a un acto médico exige prudencia y reflexión.

4. Límites del consentimiento informado

A pesar del principio general del deber de informar y recabar el consentimiento del paciente, indudablemente, pueden darse casos en la praxis en los que las circunstancias determinan la necesidad de la intervención clínica para preservar la salud del paciente.

Ante esta realidad, nuestro legislador establece en el artículo 9.2 de la Ley del Paciente que: "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las

circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él".

III. LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO. LA INDEMNIZACIÓN Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Como punto de partida puede afirmarse que es doctrina jurisprudencial tanto civil como contencioso-administrativa entender la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la falta de la información y la posibilidad de haber rechazado o retrasado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado[16].

Las hipótesis son varias:

Que de haber existido información previa suficiente adecuada o suficiente la decisión del paciente no hubiera variado y, por tanto, no hay lugar a la indemnización[17]. Este es el caso, por ejemplo, de la STS 29 junio 2007 que por su interés reproducimos: "el segundo motivo denuncia infracción de los artículos 1249 y 1253 , que disponen que las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado y que para que las presunciones no establecidas en la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. En la argumentación del motivo viene a sostener que de la falta de información se hizo una incorrecta formación del juicio deductivo, para declarar que de haber conocido que la ligadura de trompa podía fracasar en un 4 por mil, habría elegido el mismo medio de esterilización. Se desestima puesto que la recurrente confunde la prueba de presunciones con las deducciones a que llega el juzgador a partir de los hechos declarados probados (SSTS 11 de julio, 11 de octubre de 2006), pues es evidente que no constituyen presunciones, en el sentido que resulta del artículo 1.253 del Código Civil , las llamadas máximas de experiencia, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia que posibilitan juicios hipotéticos, obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en un orden normal de las cosas y que el Juez puede utilizar sin sobrepasar por ello el principio de que la aportación de los hechos corresponde

16 STS 8 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1427).

17 Nos recuerda la STS 4 marzo 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1804) que "La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, no es per se una causa de resarcimiento pecuniario", lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica; doctrina que se reitera en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la que la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS 9 de marzo de 2010)".

a las partes. En todo caso, es hecho probado de la sentencia que si bien no se le informó a la demandante de la posibilidad de que se produjesen nuevos embarazos una vez efectuada la esterilización mediante lo que se conoce como "ligadura de trompas", si se le dijo que era el método más seguro, en el sentido de que era el más apto para impedirlos. Es decir no hay falta de información, sino una información incompleta, que no falsea la realidad sobre la seguridad y eficacia de la intervención, en cuanto le permite deducir de una forma lógica o razonable que puede quedar nuevamente embarazada si no adopta precauciones suplementarias, y que por ello deberá matizarse desde la ida de que la paciente sabe que se trata de la técnica más segura, o que de ninguna otra obtiene sus niveles de seguridad, decidiendo a pesar de todo llevarla a cabo, lo que es distinto a la falta información" [18].

La segunda hipótesis es que de haber existido información previa suficiente adecuada o suficiente la decisión del paciente si hubiera variado: la norma general es que si hay lugar a la indemnización.

A este respecto, es paradigmática la STS 4 marzo 2011[19], que sostiene que "los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre 2005 - cicatriz

18 STS 29 junio 2007 (ECLI: ES:TS:2007:4472). Sigue diciendo la Sentencia: "En el caso, la ligadura de trompas, además de ser considerado un método de planificación familiar permanente, evita riesgos graves para la salud de la embarazada, como en este caso, después de tres embarazos, el segundo y el tercero culminados con parto mediante cesárea. Este riesgo permite deducir, conforme a lo que la sentencia de 30 de abril de 2007 califica de "orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad", que la actora habría elegido el mismo método de esterilización, incluso después de haberla advertido del riesgo de un nuevo embarazo. Los hechos que sirven para la formación de este juicio deductivo son evidentes, según la sentencia: a) La información facilitada fue en el sentido de que el método de esterilización mencionado era el más seguro para impedir embarazos. b) Quien no desea tener más hijos puede no querer ser sometido a una intervención quirúrgica y preferir otros métodos menos seguros pero no necesitados de dicha actuación. Pero la demandante no había de ser sometida a una intervención expresamente destinada a la práctica de la esterilización. Por el contrario, la solicitó para el caso de que su tercer parto hubiese de ser también mediante cesárea, en cuyo curso podía practicarse la intervención, sin necesidad, por tanto, de un sufrimiento adicional. c) Un nuevo embarazo normal habría sido ya arriesgado y habría precisado, probablemente, una nueva cesárea. Con la esterilización tubárica, había un pequeño riesgo de embarazo, menos que con otros sistemas, de embarazo problemático y con seguridad precisado de intervención quirúrgica. Pero es que, de producirse un embarazo normal, por empleo y fracaso de otro método contraceptivo, también existiría un riesgo claro y, con mucha probabilidad, necesitado de intervención quirúrgica".

19 STS 4 marzo 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1804).

queloidea-; 10 de mayo 2006 -osteocondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre 2006 - artrodesis-; 15 de noviembre 2006 - litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre 2010 - abdominoplastia-; 30 de junio 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre 2009 -Vitrectomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero 2009 - cifoescoliosis-; 7 de marzo 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre 2005 y 23 de noviembre 2007 -sindrome de down-)".

Todas estas circunstancias, como razona el Tribunal, "plantean un doble problema: en primer lugar, de identificación del daño: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente: (i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir esta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención. (ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad. (iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso)".

Por todo ello, en el caso concreto (paciente intervenida quirúrgicamente quedándole como secuela incontinencia anal que ha mermado su calidad de vida así como la capacidad de relación sociolaboral), se entendió que el daño que indemniza la sentencia "es exclusivamente el moral y lo cuantifica teniendo en cuenta la única secuela acreditada -incontinencia fecal moderada-, sin hacerla coincidir con la que resultaría de la gravedad y trascendencia de la misma, como si se hubiera causado directamente por una deficiente actuación médico-quirúrgica, puesto que se concreta a partir de una valoración discrecional de la compensación que corresponde al daño moral previa ponderación de aquellas

circunstancias que la sentencia estima relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica: "la naturaleza de la secuela y el inevitable padecimiento de la demandante, sin olvidar la conducta pasiva que contribuyó a su agravación y que el baremo para la valoración de los daños corporales derivados de accidente de circulación le otorga una puntuación de 20 a 50 punto". Es decir, valora las distintas circunstancias que se han derivado de la intervención respecto de los bienes básicos de la paciente, en lo que más parece una fracción compensada del daño corporal que un daño moral: secuela, padecimiento, conducta de la propia paciente y valoración del daño consignado en el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículo a motor; sin que la recurrente invoque en su escrito de interposición del recurso de casación hecho alguno, entre los admitidos como probados por la sentencia de apelación, que pudieran haber sido tomados en consideración, a partir de un juicio de probabilidad cualificado, del que pueda deducirse una indemnización distinta causalmente vinculada a una mayor probabilidad de actuación alternativa, médica o personal, si el acto médico se hubiera ajustado a la lex artis proporcionado a la paciente la información siguiente a una intervención que se califica de necesaria: sopesar las consecuencias del tratamiento, consultar otro diagnóstico o de dilatar la intervención, con una derivación también distinta del daño patrimonial, que no se imputa a la falta de información ni a una mala praxis en la intervención por parte del cirujano, y que tampoco figura como hecho probado en ninguna de las sentencias basadas exclusivamente en el daño moral, cuyo importe se fija en un porcentaje prudencial sobre la suma que la parte recurrente podía haber obtenido según sus expectativas; razón por la cual la sentencia no vulnera el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad civil extracontractual regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, en un ámbito en el que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (STS 30 de abril 2010 y las que cita)".

En los casos, por tanto, en los que no existe duda acerca de la causalidad entre falta de información y decisión/opción, se alza la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el fundamento de la indemnización es el daño que deriva de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente la toma de decisión que afectan a su salud[20].

Y, como hemos visto con la sentencia antes transcrita, los parámetros para evaluar la falta de consentimiento informado son esencialmente la gravedad de la enfermedad y el estado previo del paciente, su evolución natural, la necesidad o

20 STS 8 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1427).

no de la intervención médica y su novedad, sus riesgos y la entidad de los que se han materializado.

Así en el caso de la STS 8 abril 2016, un paciente con tetraplejia completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, lo que le permitía la movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos, habilidad en manos y dedos, cuya situación es que dado el estado y la gravedad de la lesión, era imposible mejorar, ni siquiera con rehabilitación, por lo que actor sufriría de por vida una incapacidad que le obligaría a vivir permanentemente en una silla de ruedas, siendo que, además, la rehabilitación simplemente pretendería mantenerle para siempre en esa situación pero lo más probable es que paulatinamente, y en unos plazos indeterminados fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas

En este contexto, el médico con el fin de garantizar la estabilización, ralentizar al máximo la degeneración propia del paso del tiempo y minimizarla, tras una estancia en un congreso, le propuso al paciente la colocación de un rectángulo de Hartschill para fijar la columna vertebral mediante una operación quirúrgica que no le impediría más que 8 días sin rehabilitación, pero sin el engorro del halo. Sin embargo, el facultativo no informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos ni de las posibilidades alternativas, siendo que finalmente consintió la misma.

La intervención no salió como esperaba y el paciente quedó afecto de una tetraplejia - síndrome medular transversal completo por debajo del cuarto segmento neurológico cervical derecho (C4) y por debajo del sexto segmento neurológico cervical izquierdo (C6).

En este caso, el acto médico quirúrgico fue conforme a la lex artis, no así la prestación del consentimiento informado, por lo que el Tribunal Supremo confirmó la pérdida de la oportunidad y razonó, ante la ausencia de consentimiento informado, fijar la indemnización sobre los siguientes razonamientos:

"No cabe duda de que ha existido un daño corporal, por cuanto se ha materializado inmediatamente a causa de la intervención la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar.

Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejia que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible.

Pero en atención a lo ya razonado, supuso también una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes."

IV. POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES EN EL ÁMBITO DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

Las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de consentimiento informado o deficiente no se agotan únicamente en el ámbito civil o contencioso-administrativo, sino que podrían reconducirse a la esfera penal desde la óptica de los delitos de lesiones del artículo 147 y ss. del Código Penal.

Indudablemente la integridad física es un valor o interés que proteger por el ordenamiento jurídico, y, además, constituye el bien jurídico protegido por el delito de lesiones. Por tanto, *prima facie* interesa al Derecho penal.

En consecuencia, si la actividad médica puede incidir sobre la integridad física del paciente, podemos afirmar que, en general, todo el pragma conflictivo concomitante a los defectos del consentimiento informado en la praxis médica es idóneo para que pueda llegar a tener significado en la esfera de los delitos que protegen dicho valor.

Dicho esto, tradicionalmente en la dogmática penal se han distinguido dos nociones: "acuerdo" y "consentimiento".

En el caso del "acuerdo", podemos decir que la víctima está de acuerdo con la conducta del sujeto activo y, por tanto, se convierte en una situación normal que carece de toda lesividad.

La idea que subyace es que como quiera que la conducta del sujeto activo se dirige directamente a la voluntad del sujeto pasivo, la voluntad de este último en un sentido de querencia de la conducta del primero hace desaparecer cualquier lesividad.

El ejemplo paradigmático de lo que acabamos de decir lo constituye el delito de allanamiento de morada que exige que el sujeto activo entre en la morada ajena o se mantenga en la misma en contra de la voluntad del sujeto. Es evidente que de manifestar el sujeto pasivo la voluntad de que el sujeto activo entre o permanezca en la morada la conducta carece de cualquier significado desde el punto de vista de la lesividad. No hay lesión de nada.

En el caso del "consentimiento", sin embargo, es distinto en la medida que el consentimiento determina que si bien si que hay lesión del bien jurídico, su existencia (el consentimiento) supone que la conducta carezca de significado penal.

El ejemplo clásico es el delito de lesiones. Con independencia de que medie consentimiento del sujeto pasivo, el resultado, el daño, la agresión al bien jurídico, existe, puesto que físicamente existe el hecho dañoso, sin embargo, el consentimiento debe determinar que esa conducta no merezca reproche.

Desde el punto de vista de la dogmática del delito, el "acuerdo" determina la atipicidad de la conducta, al menos esta es la postura canónica más extendida, sin embargo, ocurre con el "consentimiento" que hay quienes consideran que excluye el tipo, mientras otros que es causa de justificación.

Asimismo, tenemos la firme convicción de que el ciudadano, en su desarrollo personal y autodeterminación, de los bienes jurídicos que es titular puede consentir.

Trasladando esto al ámbito de la praxis médica, no nos cabe duda de que la injerencia facultativa debe llevarse a cabo esencialmente con el consentimiento del paciente.

Así es paradigmática la STS 26 octubre 1995[21] que condenó a un facultativo por un delito de lesiones al practicar una esterilización clínicamente ventajosa e indicada sin consentimiento del paciente.

Y razona la sentencia que: "Al margen de la exigencia del previo consentimiento de la persona afectada, como determinante de la atipicidad de la conducta o como causa excluyente de la punibilidad (pues en nuestro Derecho no parece posible hablar de que constituya una causa de .Justificación, como sucede en otros ordenamientos), con carácter general el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, de 25 de Abril de 1.986, dispone claramente que "para la realización de cualquier intervención" es preciso "el previo consentimiento escrito del usuario", salvo: a) "cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública", b) "cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas", y c) "cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento". Es igualmente evidente que, en el presente caso, no concurría ninguna de estas circunstancias En cualquier caso, la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona; pues en tal

21 STS 26 octubre 1995 (ECLI: ES:TS:1995:5310).

caso estaríamos ante un típico "estado de necesidad". En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, no puede "justificar" su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión (art. 8.11° C.P.)".

La tutela de la actividad médica a través del delito de lesiones es necesaria, pues, mientras no exista el delito de tratamiento médico arbitrario[22], una conducta que lesiona el bien jurídico integridad física requiere punición, y ello con independencia de que dogmáticamente el consentimiento opere como causa de exclusión del tipo o de la antijuridicidad.

Pudiera objetarse que la intervención médica curativa conforme a *lex artis* desdibuja el desvalor de la acción inherente a los delitos de lesiones por lo que el consentimiento, o su inexistencia, carecería de significado en la matriz enjuiciadora.

Sin embargo, ello no puede ser así desde el mismo momento que se realiza una injerencia que causa un daño físico o psíquico sin contar con el consentimiento genuino y válido del titular del bien jurídico (excluimos las situaciones en las que no debe recabarse o se presta por tercera persona) cuando el derecho así lo exige, nos encontramos en una situación anómala al mismo. Por tanto, solo cabría hablar de riesgo permitido cuando haya consentimiento informado previo y válido del paciente al acto médico con las excepciones ya apuntadas, o este no sea necesario dadas las circunstancias del caso.

Por último, tampoco habría obstáculo a reconducir tal conducta al delito de coacciones o detención ilegal en la medida que se está afectando a la voluntad del paciente.

22 *Vid.*, en este sentido, Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I), Civitas, Madrid, 1997, p. 524.

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

THE RIGHT TO KNOW BIOLOGICAL ORIGINS IN ASSISTED REPRODUCTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 586-613

Fuensanta
RABADÁN
SÁNCHEZ-
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En España, se niega el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida con aportación de donante siguiendo al art. 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana asistida, que establece el criterio del anonimato del donante. Aunque el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre el anonimato del donante en la sentencia 116/1999, de 17 de junio, concluyendo que no era contrario a la Constitución española, la conveniencia de este criterio siempre ha generado opiniones encontradas. En este sentido, el ordenamiento jurídico español se aleja de otros ordenamientos europeos que sí reconocen el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida o que han tomado conciencia de la importancia de este derecho para estas personas, pasando de admitir el anonimato del donante en sus legislaciones a rechazar este criterio. Por ello, el debate acerca del establecimiento del criterio del anonimato del donante en la legislación española y su consecuente negación del derecho a conocer los propios orígenes biológicos vuelve a estar sobre la mesa. Y en este sentido, hay que revisar y discutir las razones que fundamentan la fijación de este criterio.

PALABRAS CLAVE: Orígenes biológicos; reproducción asistida; anonimato del donante.

ABSTRACT: *The Spanish Law 14/2006, of May 26, on Assisted Human Reproduction Techniques establishes the anonymity of donor. This rule denied the right to know his/her biological origins to the person born by assisted reproduction with donor contribution. In the sentence 116/1999, of June 17, the Spanish Constitutional Court has concluded that the anonymity of the donor was not contrary to the Spanish Constitution. However the convenience of this rule has always generated conflicting opinions. In this sense, the Spanish legal system moves away from other European systems that recognize the right to know his/her biological origins on assisted reproduction or that have become aware of the importance of this right, going from admitting anonymity of the donor in their legislations o reject it. Therefore, it is required to keep on debating about the establishment of the rule of the anonymity of the donor in Spanish legislation and its consequent denial of the right to know own biological origins. And in this sense, it is required to review and discuss the reasons that support the setting of this rule.*

KEY WORDS: *Biological origins; assisted reproduction; anonymity of the donor.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.- 1. Concepto y contenido.-2. Reconocimiento y protección a nivel internacional.- 3. Reconocimiento y protección en España.- III. EL ANONIMATO DEL DONANTE Y SU COLISIÓN CON EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.- IV. PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La filiación legal no siempre coincide con la filiación biológica, es decir, es posible que se determine legalmente que una persona es hija de otra u otras de las que no desciende, que no son sus progenitores, con las que no guarda vínculo biológico alguno, pero que a todos los efectos legales son sus padres[1]. El ejemplo más claro es el de la adopción.

Esa disociación entre lo legal y lo biológico se da también en las filiaciones derivadas de técnicas de reproducción asistida con aportación de donante (de óvulos, esperma o preembriones)[2]. Habría que incluir a la gestación subrogada o por sustitución como una modalidad o práctica dentro de las técnicas de reproducción asistida, en la que igualmente cabe que un donante aporte su material genético; y en la que son mujeres distintas la que gesta, la que aporta su material genético y la que por ley es madre.

En estos casos en los que la filiación biológica no coincide con la filiación determinada legalmente, urge o aparece el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

1 Lasarte, C.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 264, señala que "la filiación que importa a efectos legales es la filiación que está determinada legalmente, por ello, es posible que haya personas sin filiación legal (a pesar de que desde el punto de vista biológico filiación siempre existe, pues siempre provenimos de un padre y de una madre)".

2 Ordás Alonso, M.: "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 1, BIB 2015/18278, p. 14, señala que sería más adecuado emplear el término de "reproducción médica asistida" que englobaría tanto a las técnicas de reproducción asistida (fecundación *in vitro*, transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos, gestación subrogada, entre otras) como a la inseminación artificial, de acuerdo con el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Comitee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 2010.

• Fuensanta Rabadán Sánchez-Lafuente
Profesora contratada doctora, Universidad de Cádiz. fuensanta.rabadan@uca.es

En España, la regulación de las técnicas de reproducción asistida se lleva a cabo en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), incluyendo la inseminación artificial, la fecundación *in vitro,* la inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos[3].Se contempla la posibilidad de que estas técnicas se lleven a cabo con contribución de donante –arts. 5, 6.5 y 11.4. c) de la LTRHA-. Además, de acuerdo con los arts. 7 y 8 de la LTRHA[4], que regulan respectivamente la filiación de los hijos nacidos mediante reproducción asistida y la determinación legal de la filiación, se producirían situaciones de disociación entre la realidad biológica y la filiación legalmente reconocida cuando estas técnicas se lleven a cabo con contribución de un donante. Así, por citar algunos supuestos a modo de ejemplo, si una pareja heterosexual (casada o no) recurre a alguna de estas técnicas de reproducción asistida para tener un hijo, y en lugar de emplearse el material genético de la pareja, se emplea el material genético de un donante. Si se emplea esperma de un donante, el nacido será legalmente hijo de la mujer y de su marido o pareja varón, aunque biológicamente no exista vínculo entre éste y el nacido. Lo mismo ocurre en los casos en los que se utiliza esperma del marido o pareja de la mujer, pero ésta no aporta sus óvulos, sino que se emplean los óvulos de una donante. Si bien, el nacido es hijo del varón y de la mujer (que gesta y pare), genéticamente no existe vínculo entre ésta y el nacido. Igualmente, en el caso de un matrimonio de mujeres que recurran a la reproducción asistida, que requiere la aportación de esperma de un donante. Aunque la filiación pueda reconocerse legalmente a favor de las dos, sólo una de ellas es genéticamente madre del nacido[5]. Como hemos visto, en estas situaciones en las que la filiación biológica y la legal no coinciden, surge el derecho a conocer los propios orígenes biológicos. No obstante, hay que tener en cuenta que la LTRHA dispone en el art. 5.5 el carácter anónimo de estas donaciones y ello imposibilita al hijo conocer la identidad de sus progenitores, razón por la cual, en el ámbito de la reproducción asistida, el estudio de este derecho hace necesario analizar el criterio del anonimato del donante y su colisión con el mismo.

Respecto a la gestación subrogada, esta se prohíbe en el art. 10 de la LTRHA. Pese a esta prohibición, es necesario tener en cuenta que son cada vez más

3 *Vid.* Anexo de la LTRHA. Observamos que en nuestro ordenamiento la LTRHA incluye la inseminación artificial en las técnicas de reproducción asistida, y que la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, igualmente regulaba la inseminación artificial. Por esta razón, emplearé el término "técnicas de reproducción asistida" y con él me estaré también refiriendo a la inseminaci señalado anteriormente sería más conveniente la expresión "reproducción médica asistida".

4 *Vid.* también los arts. 235-8 y 235-13 del Código Civil de Cataluña.

5 Lasarte, C.: *Derecho de*, cit., pp. 310 a 315. Para un estudio más detenido de la cuestión, *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia", *Diritto delle Successioni e della Famiglia,* 2018, núm. IV, 1, pp. 315 a 329.

frecuentes los casos de españoles que acuden al extranjero para poder tener un hijo por gestación subrogada y que luego pretenden el reconocimiento de esta filiación en el Registro Civil español, generando toda una problemática dentro de la que cabe incluir el análisis del derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por esta vía.

II. EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

1. Concepto y contenido

Como hemos señalado, el derecho a conocer los propios orígenes biológicos se presenta en aquellos supuestos en los que existe una disociación entre la realidad biológica y la filiación determinada legalmente como en la adopción, en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante o en la gestación subrogada. Por otro lado, aunque no se dé esta disociación, también cabe hablar del derecho a conocer los propios orígenes en los supuestos en los que solo se determinó la filiación con respecto a uno de los progenitores (ejemplo, el hijo de madre soltera)[6].

Una vez señalado el ámbito donde puede presentarse este derecho, es necesario concretar su definición y contenido.

El derecho a conocer los orígenes biológicos sería una parte o aspecto del derecho a la identidad[7]. Tener y desarrollar nuestra propia identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza y nos diferencia de otros responde a un interés natural y existencial que debe ser protegido por el derecho, por lo que todo ser humano tiene derecho a la identidad personal[8]. En la elaboración de la propia identidad, necesitamos conocer cuál es nuestro origen, responder a la pregunta ¿de dónde vengo? -¿o de quién?- que guarda relación con nuestra concepción y nacimiento, y también con nuestros progenitores o padres biológicos[9]. El origen biológico engloba también el dato u origen genético, que junto con el nombre y los rasgos físicos constituyen la vertiente estática de nuestra identidad personal[10].

6 Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a conocer el origen biológico", en AA.VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (dir. por C.M Romeo Casabona), p. 2. Disponible en http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/242 [Consulta: 8 marzo 2018].

7 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 49, 50, 66 y 67. Igareda González, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, 2014, núm. 31, p. 228. Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 4.

8 Fernández Sessarego, C.: "Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", *Persona, Revista electrónica de derechos existenciales*, 2003, núm. 24, pp. 7, 8, 9 y 12. Disponible en http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm [Consulta: 9 mayo 2018].

9 Gómez Bengoechea, B., *Derecho a,* cit., pp. 29 y 33. Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 2.

10 Fernández Sessarego, C.: "Persona, personalidad", cit., pp. 7 y 8, distingue en la identidad una vertiente estática, cuyos datos salvo excepciones no varían en el tiempo, y una vertiente dinámica que se despliega

El origen biológico sería así un concepto más amplio, que incluiría, además del patrimonio o herencia genética (origen genético), otros aspectos referidos a los progenitores e incluso a otros parientes biológicos (hermanos, abuelos)[11]. La filosofía y principalmente la psicología han subrayado reiteradamente la importancia de conocer nuestros orígenes biológicos o genéticos en la conformación de nuestra identidad propia[12]. Esa trascendencia no debe llevar a sostener un determinismo biológico o genético, pues en la elaboración de la identidad personal influyen las circunstancias que nos van rodeando a lo largo de nuestra existencia, como la educación recibida, el contexto histórico o social, las personas con las que nos relacionamos, entre otras[13]. Pero la importancia de conocer los propios orígenes no puede negarse, es más, imposibilitar su búsqueda puede conllevar sentimientos negativos (bajo autoestima, vergüenza) o perjuicios en el equilibrio psicológico o emocional de aquellas personas que desconocen ciertos aspectos de su origen biológico, o tener otras consecuencias en su salud, pues a veces es necesario conocer el dato genético para tratar una enfermedad[14].

Por otro lado, este derecho a conocer los orígenes biológicos comprendería la posibilidad para el hijo de conocer la realidad acerca de su concepción, gestación o nacimiento (si es extramatrimonial, adoptado, si se aplicaron técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, etc.), así como la identidad de sus progenitores o padres biológicos[15].Este segundo aspecto no implica que el hijo tenga que ir a la búsqueda de sus progenitores para necesariamente retomar ese vínculo perdido o entablar una amistad con los mismos. En muchas ocasiones, el hijo lo que busca es información, respuestas acerca de su realidad, de su origen, ver a quien se parece, saber las razones de un abandono, etc., dependiendo del caso[16]. Incluso es posible que al hijo no le interese siquiera saber quién es su progenitor una vez que conoce la verdad sobre su filiación. En todo caso, tenemos que tener presente que se trata de un derecho del hijo y no de una obligación a conocer o buscar sus orígenes[17].Asimismo, hay que tener en cuenta que en esa búsqueda es posible que sea el progenitor o padre biológico el que no quiere encontrarse con

en el tiempo. Esa vertiente dinámica está constituida por numerosos aspectos que expresan el patrimonio ideológico-cultural de cada persona (opiniones, creencias, carácter, etc.).

11 Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p.1.

12 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 33 a 35, y 355. Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., pp. 2 y 3. De Torres Soto, M.: "La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución española", en AA.VV., *La Reforma Constitucional: Propuestas y Desafíos* (coord. por J. López De Goicoechea Zabala y E. Pascucci De Ponte), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, BIB 2018\95, p. 7.

13 Fernández Sessarego, C.: "Persona, personalidad", cit., p. 8. Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 28 a 33.

14 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 35, 47 y 355. Igareda González, N.: "El derecho", cit., pp. 228 y 244. Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., pp. 2 y 3. Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., pp. 1 y 2.

15 Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 2.

16 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 37, 38 y 48. Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., pp. 10 y 13.

17 Igareda González, N.: "El derecho a", cit., p. 244.

su hijo, entablar un vínculo amistoso o revelarle cierta información. No obstante, este derecho nos hace plantearnos si existiría un correlativo deber de los que legalmente son padres a dar a conocer al hijo la verdad sobre su filiación. Es decir, si por ejemplo, los padres tienen obligación de informar a su hijo que es adoptado, o que recurrieron a técnicas de reproducción asistida con intervención de donante o de una madre gestante, o si la madre soltera tiene obligación de revelar al hijo la identidad de su padre[18], etc. Entiendo que, en el plano legal, este deber de los padres de revelar al hijo la verdad sobre sus orígenes depende en gran medida de la regulación que exista del derecho del hijo a conocer sus propios orígenes biológicos. Si la ley reconoce ese derecho del hijo, implícitamente existe ese correlativo deber de los que legalmente son padres de revelar al hijo la realidad sobre su concepción o su nacimiento, aunque la ley no regule o se refiera a ese deber de forma expresa.

Asimismo, hay que tener presente que el derecho a conocer los orígenes biológicos no comprende un derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación con los progenitores (ni tampoco a modificar los ya existentes)[19].Otra cuestión es que el ejercicio de estas acciones de filiación por el hijo suponga que previamente ha debido conocer la realidad sobre su origen biológico o que dé lugar a la práctica de pruebas biológicas en el seno de un proceso judicial para aclarar si una persona es biológicamente su padre. Por ello, el ejercicio de estas acciones por el hijo sí tiene como presupuesto el derecho a conocer los orígenes, pero el derecho a los orígenes no conlleva ineludiblemente el ejercicio de estas acciones de filiación porque no comprende el derecho a establecer o modificar vínculos de filiación[20].

2. Reconocimiento y protección a nivel internacional

Teniendo en cuenta la trascendencia que el conocimiento de sus orígenes biológicos tiene en la conformación de la identidad y en la salud emocional, psíquica o física de las personas cuya filiación legal y biológica se presenta disociada o bien de las personas que desconocen aspectos de su filiación biológica, se puede asimismo afirmar la necesidad de reconocer y proteger este derecho tanto en normas internacionales como en leyes estatales.

En lo que respecta al reconocimiento y protección en textos internacionales de este derecho a conocer los orígenes biológicos, o bien del derecho a la identidad al que resulta ligado, hay que señalar a la Convención sobre los Derechos del Niño,

18 Al no mencionarse expresamente en las leyes el deber de la madre de revelar al hijo la identidad del padre biológico extramatrimonial, surge el interrogante acerca de si puede ser obligada a dar a conocer esa información o prevalece su intimidad. En la jurisprudencia alemana, encontramos ejemplos en los que las manifestaciones de los Tribunales, permiten extraer como consecuencia práctica la posibilidad de constreñir a la mujer a cumplir con este deber. *Vid.* Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 9.

19 Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 6. Asimismo, Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 2.

20 Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 6.

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[21], que establece en el art. 7.1 "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" y en el art. 8.1 "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". La interpretación de estos artículos es objeto de debate, en concreto la expresión "en la medida de los posible" del art. 7.1 que puede estar referida a una imposibilidad material (por ejemplo, en caso de falta de datos sobre su identidad o de abandono del niño sin que la madre dejase algún rastro) o una imposibilidad jurídica, en la medida que los Estados pueden limitar el acceso a dicho conocimiento (como ocurre en algunos Estados cuyas leyes permiten el secreto con respecto a estos asuntos, así los que admiten las adopciones secretas, el anonimato del parto o el anonimato del donante en la reproducción asistida)[22]. Teniendo presente esta segunda interpretación, se considera que el reconocimiento de estos derechos por la Convención sobre los Derechos del Niño es puramente formal, vacío y proporciona una protección bastante ineficaz, o incluso se cuestiona que recoja un derecho a la identidad biológica sosteniendo que no es todo lo claro que debería en orden al establecimiento de un derecho del niño a conocer sus orígenes desvinculado de la filiación[23].

Asimismo, hay que destacar el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993[24] (en adelante Convenio de la Haya sobre adopción internacional), que dispone en el art. 30: "1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado".

Por otro lado, en el ámbito europeo, no hay mención del derecho a conocer los orígenes biológico -o del derecho a la identidad-, en el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950[25] (en adelante Convenio). No obstante, ello no ha impedido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie

21 Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990.

22 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 52 y 53. Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., pp. 2 y 3. También Igareda González, N.: "El derecho a", cit., pp. 228 y 229.

23 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 53. Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 4.

24 Ratificado por España el 30 de junio de 1995.

25 Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

sobre estos derechos en distintas sentencias sosteniendo su existencia como una derivación del derecho a la vida privada del art. 8.1 del Convenio. Así, por ejemplo, en la sentencia de 7 de febrero de 2002, caso Mikulic contra Croacia, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos dio la razón a la demandante, la cual consideraba que la duración excesiva del procedimiento de demanda de paternidad que había iniciado ante los tribunales de Croacia había vulnerado su derecho a la vida privada, al haberla mantenido durante todo ese tiempo en una situación de incertidumbre sobre su identidad personal. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos consideró que la vida privada "incluye la integridad física y psíquica de la persona y puede, a veces, abarcar aspectos de la identidad física y social de una persona" y que "el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad". Por último, el Tribunal Europeo señaló que "las personasen la situación de la demandante tienen un interés vital, protegido por el Convenio, de recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal". Estos mismos argumentos se repitieron por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 13 de julio de 2006, caso Jäggi contra Suiza, y en la sentencia de 6 de julio de 2010, caso Backlund contra Finlandia, que trataban igualmente sobre procesos de reclamación de paternidad, iniciados por los hijos.

En todos estos casos, el derecho a los orígenes y el derecho a la identidad van parejos a procesos de reclamación de la paternidad que pretenden el establecimiento de vínculos de filiación entre el hijo y el progenitor, pero también encontramos jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho a los orígenes como parte del derecho a la vida privada al margen de estos procesos de filiación. Así, en la sentencia de 25 de septiembre de 2012, caso Godelli contra Italia, la demandante (adoptada en su niñez) consideraba que se había vulnerado su derecho a la vida privada al habérsele negado información sobre sus orígenes, en virtud de la legislación italiana que protege la voluntad manifestada en el parto por la madre biológica de mantener en secreto su identidad. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que "el deseo de la demandante no es poner en cuestión su filiación adoptiva sino conocer las circunstancias de su nacimiento y de su abandono incluyendo la identidad de sus padres biológicos" y que "el derecho a conocer su ascendencia se encuentra en el campo de aplicación de "vida privada", que engloba aspectos importantes de la identidad personal, entre los que la identidad de los progenitores es una parte". También recordaba que el "artículo 8 protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal y a establecer y desarrollar vínculos con sus semejantes y con el mundo exterior" y que "A este desarrollo contribuyen el establecimiento de detalles de su identidad como ser humano y el interés vital, protegido por

el Convenio, a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad en relación a un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo, la identidad de sus progenitores". Por último, el Tribunal Europeo concluyó que se había vulnerado el derecho a la vida privada de la demandante porque la legislación italiana no había conseguido un equilibrio y proporcionalidad entre los intereses de las partes en conflicto (derecho a los orígenes de la hija y anonimato de la madre biológica).No obstante, observamos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no rechazó el criterio del parto anónimo sino la regulación que a este respecto había llevado a cabo la legislación italiana que en opinión del Tribunal Europeo era demasiado restrictiva pues no ofrecía al adoptado la posibilidad de conocer información alguna sobre sus orígenes, incluso aquella que no revelara la identidad de los progenitores, y tampoco permitía la reversibilidad del secreto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco rechazó el parto anónimo en la sentencia de 13 de febrero de 2003, caso Odiévre contra Francia, en la que además consideró que la legislación francesa había conseguido equilibrar los distintos intereses encontrados (derecho a los orígenes de la hija, anonimato de la madre biológica, e intereses de la familia biológica y la de adopción) en la medida que permitía a la hija adoptada conocer datos sobre su origen biológico, si bien aquellos que no fueran reveladores de la identidad de la madre y la familia biológica, y contemplaba la reversibilidad del secreto de la identidad de la madre, siempre con el consentimiento de ésta.

A la vista de estas sentencias, podemos concluir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a los orígenes biológicos como parte del derecho a la vida privada del art. 8.1 de la Convención pero también reconoce que, en aquellas situaciones en las que el derecho a los orígenes entre en conflicto con otros derechos o intereses igualmente protegibles, los Estados disponen de un margen discrecional para regular esa situación, siempre que lo hagan de forma equitativa y proporcionada, en virtud del art. 8.2 del Convenio[26]. Es decir, los Estados tienen que regular ese choque de intereses, para lo que disponen de cierto margen de libertad, y eso se traduce, en la posibilidad de establecer límites al derecho a los orígenes cuando entra en colisión con otros derechos protegibles, siempre que lo hagan de forma equilibrada y proporcionada. El interrogante que me surge al respecto es cuándo ese límite está realmente justificado y cuándo supone una exclusión de este derecho. En mi opinión, el criterio del anonimato en el parto implica una negación injustificada del derecho a los orígenes biológicos, en la medida que imposibilita conocer la identidad de los progenitores (contenido fundamental de este derecho), que otorga preeminencia a la voluntad de la

26 En referencia al derecho a la vida privada y familiar, el art. 8.2 del Convenio "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

progenitora (que se impone a la del hijo de forma unilateral y no equilibrada), y que contradice los acuerdos internacionales, como el Convenio de la Haya sobre adopción internacional[27].

Tampoco existe mención a estos derechos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007[28].Por el contrario, hay que destacar la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992 que recoge en el art. 8.10 "Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros".

3. Reconocimiento y protección en España

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los convenios citados en el anterior apartado han sido ratificados por España, por lo que forman parte de su ordenamiento jurídico, y en la medida que reconocen el derecho a la identidad o a los orígenes biológicos, está obligado nuestro país a respetar estos derechos, si bien, como hemos visto, dispone de un margen de discrecionalidad a la hora de regularlos.

En lo que respecta ala Constitución española de 1978(en adelante CE), esta no menciona el derecho a conocer los orígenes biológicos. No obstante, la doctrina considera que la búsqueda de los orígenes puede inferirse de otros principios y derechos que sí recoge la CE como son la dignidad (art. 10.1), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la integridad física y moral (art. 15), la intimidad (art. 18) o la investigación de la paternidad (art. 39.2)[29]. Sostener que el derecho a conocer los orígenes biológicos deriva de uno u otro tiene su trascendencia, pues con ello se plantea la posibilidad de que pueda ser objeto de protección a través del recurso de amparo. A este interrogante se le da una respuesta distinta dependiendo de que se entienda que el mismo deriva -o no- de uno de los derechos a los que la

27 En sentido similar se manifestaron los jueces disidentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, para quiénes la legislación francesa sobre parto anónimo no equilibraba los intereses en conflicto, vulnerando el derecho a conocer los orígenes biológicos de la demandante. En contra del parto anónimo y de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 60.

28 Tampoco lo hacía la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, ya derogada.

29 Por todos, *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 64 y ss.; Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción "versus" técnicas de reproducción asistida,* Dykinson, Madrid, 2013, p. 322, y Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., pp. 8 y 9.

CE otorga la protección del recurso de amparo (art.53.2), es decir, los reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE, más la objeción de conciencia del art. 30 de la CE. Así, la tutela del derecho a los orígenes se podría recabar a través del recurso de amparo si afirmamos que deriva del derecho a la integridad (art. 15), pero no sería posible su tutela a través de este recurso si sostenemos que deriva del principio a la dignidad (art. 10.1), aunque siempre quedaría la tutela ante los tribunales ordinarios[30]. Considero que el derecho a conocer los propios orígenes biológicos puede inferirse de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE)[31], ya que, según hemos señalado anteriormente, el conocimiento de los orígenes es un aspecto del derecho a la identidad y tener y desarrollar nuestra identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza responde a un interés natural y existencial que encaja en la esfera de los mencionados principios del art. 10.1 de la CE. Asimismo, según hemos estudiado, impedir la búsqueda de sus orígenes biológicos puede implicar consecuencias perjudiciales para la salud emocional, psíquica o física de determinadas personas, lo que podría considerarse contrario a su derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE) y en este caso, cabría que el perjudicado en su integridad por esa negativa a su derecho a conocer los orígenes biológicos pudiera recabar la protección del recurso de amparo[32].

Por el contrario, sí se recoge de forma expresa el derecho a conocer los orígenes biológicos, pero referido sólo al ámbito de la adopción, en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional–"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 que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores"- y en el art. 180.6 del Código Civil -"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"[33]. Hay que subrayar que el derecho del adoptado a conocer su origen biológico no

30 Teniendo en cuenta que Tribunal Constitucional excluye de la protección del recurso de amparo al art. 10 de la CE. *Vid.* STC 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 57) y STC 233/1993, de 12 de julio, (RTC 1993, 233). Para un estudio más detenido de la cuestión, *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 68 a 70. Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., pp. 8 y 10, considera que el derecho a conocer los orígenes biológicos no tiene anclaje en otros derechos, fuera de la dignidad y el desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del CE, por eso, en su opinión, no cabe el recurso de amparo.

31 En este sentido, se pronuncia la STS 21 septiembre 1999 (RAJ 1999, 6944), que también señala al art. 39.2 de la CE. En doctrina, entre otros, *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 67; Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. p. 331 y Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 10.

32 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 66 y 99, sostiene que, en determinados supuestos, existe un nexo entre el conocimiento de los orígenes biológicos y el derecho a la integridad física y moral. En contra, *Vid.* Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 10.

33 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional modificó el art. 180 del Código Civil añadiendo el apartado 5 que reconocía expresamente el derecho a los orígenes del adoptado. El art. 180 ha vuelto a ser objeto de reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pasando a reconocerse este derecho en el apartado 6.

afecta a su filiación adoptiva ya establecida, pues de acuerdo con el art. 180.4 del Código Civil "La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción"[34]. En el ámbito autonómico, hay que destacar el Código Civil de Cataluña que recoge este derecho en el art. 235-49 -"1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen. 2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva"-. También aquí resaltamos que la filiación adoptiva no resulta afectada por el derecho a los orígenes. Además, el art. 235-50 del Código Civil de Cataluña recoge expresamente la obligación de los padres adoptivos de informar al hijo que lo adoptaron "tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor".

A este respecto, considero que el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en la norma catalana, no se recoja en el Código Civil de forma expresa el deber de los padres adoptivos de revelar al hijo la realidad sobre sus orígenes biológicos no ha de entenderse como una negación de este deber. Si se reconoce el derecho del adoptado a conocer datos de sus orígenes biológicos y se señala la obligación de las Entidades públicas, así como cualquier entidad pública y privada, de suministrar información al respecto en la medida que disponen de la misma –arts. 180.5 y 6 del CC-, ¿cómo no se va a entender que existe un deber correlativo de los padres adoptivos de informar al hijo que es adoptado? Además, hay que suponer que previamente a esa búsqueda o consulta de los datos, el interesado habrá tenido que conocer que es adoptado, ¿y quién le habrá revelado esa realidad?, ¿quién mejor que sus padres adoptivos? Por supuesto, los padres adoptivos no están obligados a informar de aquello que no sepan, pues hay datos sobre los orígenes que tienen una publicidad restringida, salvo para el interesado, o que solo los progenitores o padres biológicos pueden aclarar, como, por ejemplo, las razones que les llevaron a darlo en adopción. Pero los que legalmente son padres sí tienen el deber de darle a conocer la realidad sobre su filiación y no obstaculizar la búsqueda de esos orígenes. Hay que tener en cuenta también que el Código Civil reconoce ese derecho también al adoptado menor de edad que podrá actuar a través de sus representantes legales, que en la gran mayoría de los casos serán sus padres adoptivos, lo que implica la necesaria colaboración de estos. El cuándo y cómo deberán cumplir los padres adoptivos, al no recogerse ese deber de forma expresa en el Código Civil, tampoco se especifica. Por el contrario, la norma catalana sí contiene un criterio al respecto: los padres adoptivos deberán informar al hijo de su condición de adoptado tan pronto como este tenga suficiente madurez

34 Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. p. 337, señala que "ni el ejercicio de la acción, ni el mero conocimiento de los datos de origen del adoptado, significan la asunción ni de la paternidad ni de responsabilidad alguna por parte de los padres biológicos así determinados y conocidos; y no se afectará, en ninguno de los casos la adopción constituida".

o como máximo cuando haya cumplido los 12 años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor. ¿Significa esto que el niño hasta los 12 años podría permanecer ignorante de esta realidad? ¿Es esto lo más conveniente a los intereses del menor? Considero que hubiese sido más acertado no incluir este criterio y en su lugar establecer que los padres adoptivos deben cumplir con ese deber de la forma más beneficiosa para los intereses del menor[35]. Por último, en algunos casos, es innecesario revelarle que es adoptado porque las diferencias raciales entre padres e hijos ya lo habrán evidenciado[36].

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en la adopción, en el ámbito de las filiaciones derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida con intervención de donante se excluye este derecho a conocer los orígenes biológicos, teniendo presente que el párrafo 1º del art. 5.5 de la LTRHA establece el anonimato del donante –"La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan"-. Sí es posible para el hijo nacido obtener información general de los donantes que no incluya su identidad –párrafo 2º del art. 5.5de la LTRHA-, y "sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes"– párrafo 3ºdel art. 5.5 de la LTRHA-. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el art. 8.3 de la LTRHA "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación". Es decir, que una vez revelada la identidad del donante en algunos de los supuestos previstos en el art. 5.5 de la LTRHA, no cabe el ejercicio de acciones tendentes al establecimiento de un vínculo jurídico de filiación entre el hijo y el donante, aunque este sea su progenitor.

En lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el derecho de los orígenes en varias sentencias, destacando la STS 21

35 Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 11, considera que generalmente es beneficioso para el niño saber su condición de adoptado a cualquier edad, pero que, en cambio, conocer la identidad de los progenitores sí exige una cierta madurez. También señala que son los padres adoptivos quiénes están en mejores condiciones de concluir cuándo la madurez se ha alcanzado, teniendo esta discrecionalidad de los padres el límite de interés superior del menor.

36 A este respecto, Kemelmajer De Carlucci, A.R.: "Derecho a", cit., p. 2, señala que "un niño proveniente de un país africano de piel negra, que ve a su papá y a su mamá suecos, de piel blanca, no necesitará demasiadas explicaciones para conocer que él es una persona adoptada; pero saber que es una persona adoptada no es lo mismo que identificar concretamente a las personas que lo engendraron".

septiembre 1999[37], en la que sostenía que las normas registrales[38] que posibilitaban ocultar la identidad de la madre biológica soltera por su propia decisión eran contrarias a la Constitución española, por pugnar "con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión". Y añadía que estas normas daban lugar a que el hijo biológico perdiese por completo "el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes", lo que no era admisible teniendo en cuenta que "cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética"[39]. Por lo tanto, a la vista de esta sentencia, podemos concluir que, además de posicionarse en contra del parto anónimo, el Tribunal Supremo parece relacionar el derecho a conocer los orígenes biológicos con los arts. 10 y 39.2 de la CE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional interpreta el principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 de la CE como forma de protección al hijo en el ATC 221/1990, de 31 de mayo; STC 7/1994, de 17 de enero; y STC 273/2005, de 27 de octubre[40]. Aunque en la STC 138/2005, de 26 de mayo[41], y en la citada STC 273/2005, de 27 de octubre, el Tribunal Constitucional también señala la relación del principio de investigación de la paternidad con la dignidad de la persona del art. 10.1 de la CE y el derecho del hijo a conocer su identidad, pone el acento en que la finalidad de este principio es posibilitar la protección del hijo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el criterio del anonimato del donante y su relación con el principio de investigación de la paternidad, cuestión esta que analizo en el apartado siguiente de forma más detallada por implicar, en definitiva, al derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por técnicas de reproducción asistida.

iii. el anonimato del donante y su colisión con el derecho a conocer los orígenes biológicos

37 STS 21 septiembre 1999 (RAJ 1999, 6944).

38 Se trataba del art. 47 de la Ley de 8 de junio 1957 del Registro Civil y de los arts. 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil.

39 Sobre el anonimato del parto se pronuncia en sentido contrario el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la sentencia de 13 de febrero de 2003, caso Odièvre contra Francia.

40 ATC 221/1990, de 31 de mayo (RTC 1990, 221); STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994,7); y STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

41 STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138).

Respecto al criterio del anonimato del donante se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 116/1999, de 17 de junio[42], con ocasión del recurso de constitucionalidad promovido contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante Ley 35/1988). La hoy derogada Ley 35/1988 establecía en su art. 5.5 que la donación sería anónima salvo en los casos de peligro para la vida del hijo o aquellos en los que procediese con arreglo a las leyes procesales penales revelar la identidad del donante. En el recurso de constitucionalidad presentado se sostenía la incompatibilidad del anonimato del donante con el principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 de la CE. El Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad del art. 5.5 de la Ley 35/1988 esgrimiendo el siguiente argumento: "la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad. No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución". Es decir, el Tribunal Constitucional considera que el anonimato del donante no constituye una causa injustificada de limitación de la investigación de la paternidad, teniendo presente que la revelación de la identidad del donante atiende a una finalidad distinta de la perseguida por la acción de reclamación o investigación de la paternidad. De ello cabe concluirse que si la revelación de la identidad del donante no tiene lugar (anonimato del donante) no se atenta contra el fin perseguido por el principio de investigación de la paternidad. Además el Tribunal Constitucional señala que "el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad", teniendo en cuenta las excepciones establecidas en caso de peligro para la vida del hijo o de exigencia de las leyes procesales penales, y la posibilidad para los

42 STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116).

hijos nacidos mediante esta técnicas de obtener información general sobre los donantes, a reserva de su identidad, "lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor". Por todo ello afirma que, al preservar la identidad de los donantes, la regulación legal no ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos. Por último, el Tribunal Constitucional añade que "los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas -debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo". Es decir, considera que el anonimato del donante es una limitación que se justifica en la medida que favorece la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida.

Como hemos indicado la Ley 35/1988 fue derogada, concretamente por la LTRHA de 2006, pero, en lo que se refiere al anonimato del donante y sus posibles excepciones, la regulación de ambas es coincidente, razón por la cual son trasladables a la actualidad las consideraciones mantenidas por el Tribunal Constitucional en la citada STC116/1999, de 17 de junio. En este sentido, siguiendo la opinión del Tribunal Constitucional, se podría afirmar que el criterio del anonimato del donante establecido por la vigente LTRHA no contradice la Constitución española[43].

Como hemos visto, el principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 del CE implica el ejercicio de acciones de filiación que buscan constituir un vínculo jurídico "comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial"[44]. Al sostenerla distinción entre la finalidad perseguida con el ejercicio de las acciones de reclamación o investigación de la

43 Sobre el criterio del anonimato del donante y su posible inconstitucionalidad, se han distinguido en la doctrina tres corrientes: la maximalista, que defiende la incompatibilidad del anonimato del donante con los arts. 10, 14, 15, 18, 39.2 y 39.3 de la CE, llegando algunos autores a sostener la posibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación entre el donante y el hijo; la minimalista, que sostiene la constitucionalidad de este criterio, coincidiendo con la opinión del Tribunal Constitucional; y la intermedia, que considera el criterio del anonimato del donante inconstitucional pero que, a diferencia de la maximalista, sostiene que la revelación de la identidad del donante no debe conllevar la atribución de vínculos jurídicos de filiación. Para un estudio más detenido de la cuestión, *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 194 a 201; y Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. p. 342 a 350.

44 De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación", pp. 307, opina que "el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclusivamente, como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria

paternidad de la pretendida con la revelación de la identidad del donante, el Tribunal Constitucional afirma que el criterio del anonimato del donante no contradice al principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 de la CE[45].Ahora bien, el derecho a conocer los orígenes biológicos no comprende la atribución de un vínculo jurídico de filiación con el progenitor, como anteriormente se ha dicho, pero las acciones de reclamación de la paternidad ejercidas por el hijo implican que haya indagado o conocido previamente su origen biológico o bien pueden conllevar la práctica de pruebas biológicas en el seno de un proceso de filiación para aclarar su origen biológico. Por ello, considero que el derecho a conocer los orígenes es presupuesto del ejercicio de estas acciones y que guarda relación con el principio de investigación de la paternidad. Además, ya hemos visto antes, que el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos comprende la realidad acerca de su concepción y nacimiento y la identidad de sus progenitores. Si, en el ámbito de la reproducción asistida, la revelación de la identidad del donante pretende dar a conocer al hijo quien es su progenitor, el no posibilitar la revelación de esa identidad del donante (anonimato) se opone al derecho a conocer los orígenes biológicos. Otra cuestión es que esa limitación del derecho a conocer los orígenes biológicos esté justificada.

Uno de los argumentos que se utiliza para justificar el criterio del anonimato del donante es la protección de la intimidad del donante y de los que legalmente son padres[46]. En lo que respecta a estos últimos, se busca salvaguardar su intimidad, para que no se vean obligados a tener que revelarle a su hijo aspectos como la esterilidad de uno de ellos o las razones muy personales o íntimas que les llevaron a recurrir a esta vía para tenerlo o bien para que esa revelación no altere la paz y estabilidad familiar[47]. En la adopción, esa misma intimidad existe para los padres adoptivos, pero no prevalece sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo adoptado, por la importancia y el beneficio que el conocer sus orígenes biológicos aporta para el hijo adoptado. La misma importancia y beneficio que se ha señalado conlleva para el hijo nacido por reproducción asistida[48]. En mi opinión, esa diferencia de trato no tiene razón de ser y por ello, no cabe defender la conveniencia del criterio del anonimato del donante basándose en la protección de la intimidad de los que legalmente son padres. En lo que respecta al donante, la

importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona pueda tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual (…)".

45 A este respecto, cabe cuestionarse si el anonimato del donante vulneraría el art. 39.2 de la CE en los supuestos en los que la mujer soltera y sin pareja tiene un hijo acudiendo a estas técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta que el anonimato del donante varón impide al hijo ejercer acciones con el fin de determinar legalmente esa paternidad. *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 196 y 201; Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. pp. 351 y 352; y SM.O.: "Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* 2016, núm. 34, p. 302.

46 Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 21; y SM.O.: "Los orígenes", p. 310.

47 Igareda González, N.: "El derecho a", cit., pp. 236 y 237; Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 21; y SM.O.: "Los orígenes", p. 310.

48 Igareda Gónzalez, N.: "El derecho a", cit., pp. 241 a 245.

protección de su intimidad puede llevarse a cabo garantizando que la revelación de su identidad tenga carácter restringido (que tenga acceso el hijo como interesado o bien sus representantes legales en el caso que fuese necesario) y no implique en ningún caso su publicidad, de la misma forma que ya lo establece el párrafo 3º del art. 5.5 de la LTRHA para los casos excepcionales en los que tiene lugar esa revelación de la identidad. Y de manera similar a la filiación adoptiva, donde los datos que figuran en el Registro Civil tienen una publicidad restringida -arts. 44. 4 párrafo 2º, 83 y 84 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil- y entre los que figuraría la identidad de la madre biológica teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento no ampara el parto anónimo[49]. Por todo ello, considero que el criterio del anonimato del donante no se justifica en la salvaguarda de la intimidad del donante. Además, la revelación de esa identidad puede llevarse a cabo sin que implique el establecimiento de un vínculo jurídico de filiación entre el hijo y el donante, es decir, sin que suponga para el donante la atribución de los deberes o responsabilidades derivadas de una filiación, al igual que ya prevé el art. 8.3 de la LTRHA para los supuestos excepcionales del art. 5.5 de la LTRHA en los que se dé a conocer la identidad del donante, y de igual modo que hemos visto ocurre en la adopción, de acuerdo con el art. 180.4 del CC y el art. 235-49.2 del Código Civil de Cataluña[50]. Y ello, como ya hemos explicado, porque el derecho a conocer los orígenes no comprende un derecho a establecer vínculos legales de filiación.

Otros de los argumentos que se emplea para sostener el anonimato del donante es que favorece la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida pues de lo contrario, y así lo pone de relieve la STC 116/1999, de 17 de junio, resultaría muy dificultoso la obtención del material genético necesario para realizarlas[51].Al respecto me surgen los siguientes interrogantes: la limitación de un derecho como la búsqueda de los orígenes, tan importante en la conformación de la identidad personal, cuestión esta básica en cualquier ser humano, se justifica para favorecer ¿a quiénes tienen problemas para concebir un hijo biológico?[52],o más bien, ¿a determinadas clínicas de reproducción asistida que de esta forma no ven reducida su potencial clientela?, o tal vez, ¿al llamado turismo reproductivo y quiénes se benefician económicamente del mismo?[53] ¿A quién o a qué se favorece realmente con el mantenimiento del anonimato del donante?

49 SM.O.: "Los orígenes", p. 311.

50 En este sentido, *Vid.* Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. pp. 355, 356, 374 y 375.

51 A favor de este argumento, Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 23 y 24.

52 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p.201, considera que no existe un derecho a ser padres que justifique este argumento. *Vid.* también De Torres Soto, M.: "La necesidad", cit., p. 20. En contra, *Vid.* Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., pp. 24 y ss.

53 Igareda González, N.: "El derecho a", cit., p. 239, señala que las técnicas de reproducción asistida tienen una dimensión económica y que se han convertido en el negocio de la esterilidad, que mueve a su alrededor mucho dinero y prestigio. En este sentido, el anonimato del donante resulta necesario para mantener este negocio. Sobre España como destino de este "turismo reproductivo", *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 91 y ss.

Por último, con la posibilidad de dar a conocer la identidad del donante en casos excepcionales (grave peligro para la vida o la salud del hijo) no puede considerarse que se respeta el derecho a los orígenes biológicos del hijo por reproducción asistida. De esta forma se pretendería salvar su derecho a la salud, a la vida o a la integridad[54].

Por todo ello, considero que el criterio del anonimato del donante supone una limitación injustificada del derecho a conocer los orígenes biológicos. Y si, de acuerdo con lo que hemos estudiado, este derecho se sustenta en el principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la CE, el anonimato del donante también podría considerarse contrario a la Constitución española. Es por esto que sería conveniente suprimir el carácter anónimo de las donaciones que se realizan en el ámbito de la reproducción asistida, para así respetar el derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por esta vía y hacer desaparecer las diferencias injustificadas que a este respecto se dan con la adopción[55]. Asimismo entiendo que la revelación de la identidad del donante debería hacerse con carácter restringido, al interesado, y sin publicidad respecto a terceros y que no habría de implicar la determinación de un vínculo legal de filiación entre el hijo y el donante y tampoco la modificación de la filiación ya establecida[56].

De esta forma, el ordenamiento jurídico español se aproximaría al de otros países europeos que respetan el derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por reproducción asistida como es el caso de Suecia, Suiza, Austria o Alemania. Y seguiría el ejemplo de Reino Unido, que ha tomado conciencia de la importancia de este derecho también para los nacidos a consecuencia de estas técnicas y ha optado por eliminar este criterio de su legislación, cuando antes lo admitía[57]. O de Portugal, donde el Tribunal Constitucional portugués en la sentencia 225/2018, de 24 de abril, ha considerado contrarios a la Constitución portuguesa los artículos de la Ley nº 32/2006,de 26 de julio, de Reproducción Medicamente Asistida, que establecían el criterio del anonimato del donante y

54 En este sentido, *Vid.* Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. p. 355. Y solamente en los casos de grave riesgo, por ello, Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 200, opina que la imposibilidad de identificar al donante si no hay grave riesgo para la salud o la vida del hijo puede oponerse en algunos supuestos al art. 15 de la CE.

55 Se muestran a favor de la eliminación del criterio del anonimato del donante, Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., pp. 200 y 201; Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. pp. 355, 356, 374 y 375; Igareda González, N.: "El derecho a", cit., p. 249; y De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación", cit., p. 208.

56 En este sentido, *Vid.* Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. pp. 355, 356, 374 y 375, y De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación", cit., p. 308. Cabe de nuevo interrogarse acerca de la posibilidad, cuando una mujer soltera y sin pareja tiene un hijo por reproducción asistida, de que el hijo pueda ejercer acciones con el fin de determinar legalmente su filiación con el donante varón, al igual que ocurre con el hijo de madre soltera concebido tras una relación sexual. En este sentido, *Vid.* Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 201. Entiendo que el debate no sería acerca del derecho a conocer los orígenes biológicos, pues con la revelación de la identidad del donante ya se está respetando el mismo, sino sobre el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación.

57 Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a,* cit., p. 187; Igareda González, N.: "El derecho a", cit., p. 231; Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., pp. 20, 23 y 40; y De Torres Soto, M.: "La necesidad", cit., pp. 20, 24 y 25.

de la gestante[58]. En definitiva, se ha producido una evolución en el ámbito de la reproducción asistida, pues se ha pasado de la conveniencia del anonimato a sostener todo lo contrario en defensa del derecho a conocer los orígenes biológicos y por las consecuencias beneficiosas que esto implica para los nacidos por reproducción asistida[59],a la que nuestro ordenamiento jurídico no debería permanecer ajeno.

IV. PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Hay que tener presente que la gestación por sustitución conlleva la práctica de una técnica de reproducción asistida[60]y que las variaciones puede ser muchas dependiendo de que los padres comitentes o intencionales sean una pareja heterosexual u homosexual, una mujer o un varón soltero, de que el material genético se aporte por los padres comitentes, por la madre gestante o incluso por un/a donante. Se encontrarían, a modo de ejemplo, las siguientes: a) Los padres comitentes son una pareja heterosexual que aporta su material genético y la madre gestante se compromete a prestar su útero, a llevar a cabo adelante el embarazo y parto; b) los padres comitentes son una pareja de varones homosexuales, uno de ellos aporta su material genético, y hay una madre gestante y una donante de óvulos; c) la madre comitente es una mujer soltera que aporta su material genético, hay madre gestante y un donante varón; d) el padre comitente es un varón soltero, que aporta su material genético, hay madre gestante y una donante de óvulos; e) los padres comitentes son una pareja (heterosexual u homosexual) que no aporta su material genético, por lo que hay una madre gestante, una donante de óvulos y un donante varón[61]. Por lo tanto, es posible que lleguen a intervenir hasta cinco personas distintas: los padres comitentes o intencionales, la madre gestante, la donante de óvulos (madre genética)[62] y el donante de esperma (progenitor o padre biológico). Aunque en la práctica ello dependerá de lo que permita la regulación existente en los distintos países (en algunos se prohíbe la gestación por sustitución a la mujer soltera, o a las parejas homosexuales, o bien no se permite

58 http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html

59 *Vid.* Igareda González, N.: "El derecho a", cit., pp. 240 a 243.

60 Quizás sería más correcto decir que suele conllevar la práctica de una técnica de reproducción asistida, pues antes de la aparición de estas técnicas, también podía darse la gestación subrogada, y la doctrina señala como ejemplo supuestos narrados en la Biblia (así el de Abraham, su mujer Sara y la esclava Agar), en los que la esposa accede a que su marido tenga relaciones sexuales con una tercera mujer para concebir un niño, que una vez nacido se entregará y será hijo de los esposos. *Vid.* Lasarte, C.: *Derecho de*, cit., p. 321. Hoy día estaríamos ante un tráfico de niños, una "adopción" irregular o una alteración de la filiación lo que está prohibido y penado en nuestro ordenamiento – arts. 220 y 221 del Código Penal-.

61 Para un estudio más detenido de algunos de estos supuestos, *Vid.* Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. pp. 288 a 293, y 301 a 303.

62 Se utiliza el término madre genética para diferenciar a la mujer que aporta el material genético (óvulo) de la mujer que gesta y da a luz. *Vid.* Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal,* cit. pp. 263 y 264; y Ordás Alonso, M.: "El derecho", cit., p. 2.

a la mujer gestante aportar el material genético, etc.). En resumen, la gestación por sustitución implica situaciones de disociación entre la filiación determinada legalmente y la paternidad o maternidad biológica o genética, por lo que cabe que los nacidos por gestación subrogada quieran saber sobre su concepción o nacimiento, la identidad de la gestante o la de los donantes y progenitores, es decir, quieran conocer sus orígenes biológicos.

La gestación subrogada está prohibida en el ordenamiento jurídico español. La LTRHA establece en su art. 10 (gestación por sustitución), concretamente en el apartado 1, que "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". A continuación, en el apartado 2 señala que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto"; y en el último apartado "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

Ahora bien, a pesar de esta prohibición, son cada vez más los españoles que para tener un hijo recurren a la gestación por sustitución en otros países que sí la permiten, para posteriormente, una vez nacido el niño, solicitar la inscripción del mismo en el Registro civil español. A este respecto hay que tener en cuenta la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que establece los requisitos para que la filiación de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida tenga acceso al Registro Civil español cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española. La Instrucción establece como requisito previo la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial firme, dictada por el Tribunal competente en el país de origen, en la que se determine la filiación del nacido a favor de los padres comitentes o intencionales, siendo al menos uno de ellos español. Para proceder a la inscripción de esta filiación en el Registro civil español, es necesario además, en el caso de que la resolución judicial se haya dictado en un procedimiento contencioso, la obtención del exequátur conforme a las leyes procesales generales; y en el caso de que la resolución judicial se haya dictado en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, la constatación de una serie de requisitos señalados en la propia Instrucción[63].

63 Lasarte, C.: *Derecho de*, cit., p. 319, señala que la Instrucción es contraria a la legislación vigente pues pretende admitir por vía reglamentaria aquello que por Ley se excluye. También se muestra crítico con esta Instrucción De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación", cit., pp. 315 a 325, que opina que la solución dispuesta por la Instrucción no es correcta porque da cobertura a un "turismo reproductivo" que busca evitar la aplicación del art. 10.1 de la LTRHA.

Por otro lado, hay que tener presente que también el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español. Así, en la STS 6 febrero 2014 y en el ATS 2 febrero 2015[64] señala que no es posible inscribir la filiación de estos niños que se determina en una resolución de una autoridad extranjera a favor de los padres comitentes, de nacionalidad española. Y considera que no es posible porque para ello es necesario que la resolución no sea contraria al orden público español y en este caso se opone al mismo porque la filiación que determina y se pretende inscribir deriva de un contrato de gestación subrogada que es contrario a nuestro ordenamiento jurídico al ser una técnica de reproducción asistida que está prohibida en nuestra legislación. Añade que no puede justificarse la inscripción de esta filiación en la protección del menor, pues dicha protección del menor no puede basarse en una práctica que está prohibida. A este respecto, señala que la protección del menor habrá de llevarse a cabo por los cauces legales previstos en nuestro ordenamiento y que, en ese sentido, conforme al art. 10.3 de la LTRHA, cabe determinar la filiación paterna a favor de aquel de los comitentes que sea padre biológico, ejercitando las acciones de reclamación pertinentes. Además, señala que en nuestro ordenamiento existen figuras jurídicas como el acogimiento o la adopción que posibilitarían formalizar jurídicamente la integración de los menores en el núcleo familiar al que pertenecen de "facto". Así, se entiende que el cónyuge o pareja del padre biológico podría adoptar al menor nacido por gestación subrogada conforme al art. 176.2.2º del Código Civil.

A la vista de todo ello, nos encontramos con dos respuestas distintas, por un lado, la de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y por otro, la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que provoca a una situación bastante imprecisa, pues las inscripciones practicadas siguiendo la citada Instrucción podrían impugnarse y anularse conforme a los criterios del Tribunal Supremo[65].

A esta compleja situación, hay que añadir el interrogante sobre el derecho de los nacidos por gestación subrogada a conocer sus orígenes biológicos.

En lo que respecta a esta cuestión, partimos de que la gestación subrogada está prohibida en España, por lo que el contrato de gestación por sustitución se habrá realizado en un país extranjero que sí la autorice y siguiendo la normativa que dicho Estado haya establecido al respecto (requisitos, carácter oneroso o altruista del contrato, anonimato de la donación, etc.). Por lo tanto, para concluir si el nacido por gestación subrogada puede conocer la identidad de la madre gestante (que si aportó su material genético es además su progenitora) o la de los donantes

64 STS 6 febrero 2014 (RAJ 2014, 833); y ATS 2 febrero 2015 (JUR 2015, 47648).

65 En este sentido se pronuncia Lasarte, C.: *Derecho de*, cit., p. 321.

(de óvulos, esperma o preembriones) que hayan intervenido, será necesario atender a la regulación que el país donde se practicó dispone sobre los contratos de gestación subrogada. Cuando acogiéndose a la legislación existente en dicho país, el contrato de gestación subrogada disponga el secreto o confidencialidad acerca de la identidad de la madre gestante, la ruptura de vínculos con esta y el anonimato del donante, se estará imposibilitando al hijo conocer sus orígenes biológicos[66]. A modo de ejemplo, en algunos países que permiten el acceso a extranjeros a la gestación subrogada, como Ucrania, Grecia, Rusia y algunos Estados de EEUU (entre ellos el de California), se establece el carácter anónimo de las donaciones. En EEUU y Rusia se da también posibilidad de que el donante sea conocido[67]. En Portugal, el Tribunal Constitucional portugués en la sentencia 225/2018, de 24 de abril ha considerado contrarios a la Constitución portuguesa los artículos de la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, de Reproducción Medicamente Asistida, que establecían el criterio del anonimato del donante y de la gestante, así como algunos otros aspectos relacionados con la gestación subrogada[68]. Entiendo que la opinión del Tribunal Constitucional portugués subraya la importancia que conocer los orígenes biológicos tiene también para los nacidos por gestación subrogada y que permitirá, tras una nueva regulación, que los nacidos por esta vía tengan la posibilidad de conocer sus orígenes biológicos cuando el contrato o proceso se haya llevado a cabo en Portugal.

La importancia que el derecho a conocer los orígenes biológicos tiene para los nacidos por gestación subrogada se ha puesto también de manifiesto por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Desde 2010, la Conferencia de la Haya ha realizado distintos informes y estudios acerca de la problemática que suscita la realización de contratos de gestación subrogada de carácter internacional, es decir, aquellos en los que las partes implicadas pertenecen a distintos países y que se pretende que desplieguen sus efectos en un país distinto de aquel en el que se llevó a cabo. Por ejemplo, en un contrato de gestación subrogada hecho en California (EEUU), cuando los padres comitentes pretenden el reconocimiento en España de la filiación del niño determinada a su favor. Estos supuestos son cada vez más numerosos tanto en España como en otros países que prohíben la gestación subrogada y generan una problemática de derecho internacional privado en lo que respecta al establecimiento y reconocimiento de la

66 L Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A.: "Aproximación ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética XXIII*, 2012/2ª, p. 264; y Garibo Peyró, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017/2ª, p. 257.

67 Esta información se facilita en webs sobre gestación subrogada como https://www.babygest.es/paises/

68 La Ley nº 25/2016, de 22 de agosto, reformó la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, de Reproducción Medicamente Asistida dejando la gestación subrogada de estar prohibida en Portugal, y sin que se excluyese el acceso a extranjeros. Aunque el Tribunal Constitucional portugués no ha considerado inconstitucional la gestación subrogada y ha salvado los procesos de gestación subrogada ya iniciados, será necesaria una nueva regulación al haber señalado la inconstitucionalidad de algunos de los artículos que regulaban esta figura. http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html

filiación de estos niños, que ya hemos referido antes, ante la que no ha permanecido ajena la Conferencia de la Haya. En uno de los informes realizados a este respecto, la Conferencia de la Haya ha señalado que, partiendo de la imposibilidad de uniformar las distintas legislaciones estatales en materia de gestación subrogada, es necesario establecer unos estándares mínimos que propicien la cooperación internacional en esta materia y la protección de los derechos de todas las partes. Uno de los estándares mínimos que se tendría que establecer es el que se refiere al bienestar del niño nacido por gestación subrogada y ello incluiría disposiciones sobre el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. Asimismo se señala la necesidad de debatir más detenidamente sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos para poder determinar qué estándares mínimos podría conllevar teniendo en cuenta la diversidad de regulaciones estatales existentes respecto a este derecho y teniendo siempre presente los derechos humanos reconocidos internacionalmente[69]. Más recientemente, en un informe de febrero de 2019, un Grupo de Expertos convocado por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya ha vuelto a señalar la necesidad de crear unos estándares mínimos o garantías en materia de gestación subrogada para proteger los derechos de las partes implicadas y la importancia de continuar debatiendo sobre la preservación y el acceso a la información concerniente a los orígenes del niño[70].

Por último, respecto al derecho de los orígenes y la gestación por sustitucióncabe preguntarse si, en el caso de que dejase de estar prohibida en el art. 10 de la LTRHA[71], se mantendría el criterio del anonimato del donante como en los demás supuestos de reproducción asistida con intervención de donante.En mi opinión, no habría razón para sostener un criterio distinto en la gestación subrogada[72].Otra cuestión sería la conveniencia u oportunidad de revisar este criterio como ya he manifestado antes.

69 *Vid.* los apartados 37 y 63.4) del documento preliminar nº3 B de marzo de 2014 sobre "La conveniencia y vialidad de seguir trabajando en un proyecto sobre filiación y maternidad subrogada" publicado por la Oficina Permanente de la Haya y quese puede consultar en la web, https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy

70 *Vid.* apartados 17 y 20.b del informe de enero/febrero 2019 de la reunión del Grupo de Expertos en filiación y maternidad subrogada, en https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy

71 El estudio de esta hipótesis no significa que esté a favor de que se permita o legalice la gestación subrogada en España.

72 El Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017. Esta proposición de Ley prevé, en la gestación subrogada, mantener el criterio del anonimato del donante y de la gestante, y revelar esa identidad del donante y/o la gestante en los supuestos excepcionales del art. 5.5 de la LTRHA y sin que conlleve atribución de la filiación, de acuerdo con el art. 8.3 de la LTRHA.

V. CONCLUSIONES

La psicología ha señalado la importancia que el conocimiento de los propios orígenes biológicos tiene en la conformación de la identidad de las personas cuya filiación legal no coincide con la biológica, como ocurre con los nacidos por reproducción asistida con intervención de donante o por gestación subrogada. Esto no significa afirmar la existencia de un determinismo biológico pues en la elaboración de la identidad también influyen otros factores, como la educación recibida. Pero imposibilitar a estas personas la búsqueda de sus orígenes biológicos puede implicar consecuencias perjudiciales para su bienestar emocional y físico. De ahí que el derecho a conocer los propios orígenes biológicos se recoja y proteja en diversos convenios internacionales, si bien dando un margen demasiado flexible a los Estado a la hora de regularlo, lo que se traduce en la práctica en la posibilidad de limitar el derecho a los orígenes de forma no siempre justificada.

En España, el derecho a conocer los propios orígenes biológicos cabe inferirse del principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la CE. Además, existe un reconocimiento expreso del mismo en el ámbito de la adopción, donde se disocia del derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación con los progenitores, pero se niega en el ámbito de la reproducción asistida al disponerse el criterio del anonimato del donante.

Considero que el criterio del anonimato del donante es contrario a la Constitución en la medida que limita de forma injustificada el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida. En primer lugar, porque prioriza la intimidad de los que legalmente son padres, lo que no ocurre en la filiación adoptiva, y sin que a este respecto existan diferencias que justifiquen ese trato distinto. En segundo lugar, porque prioriza la intimidad del donante que puede protegerse de forma más respetuosa con el derecho a los orígenes, por ejemplo, con el acceso restringido a los datos sobre su identidad. Y, en tercer lugar, porque no puede sostenerse en el argumento de que así se favorece la práctica de estas técnicas, pues de esta forma también se favorece que determinados sectores obtengan un beneficio económico en perjuicio del derecho de los nacidos por reproducción asistida.

Por estas razones, considero que debería suprimirse el criterio del anonimato del donante de nuestra legislación, tomando así conciencia de la importancia del derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida, como han hecho otros países europeos.

BIBLIOGRAFÍA

De Torres Soto, M.: "La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución española", en AA.VV., *La Reforma Constitucional: Propuestas y Desafíos* (coord. por J. López De Goicoechea Zabala y E. Pascucci De Ponte), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, BIB 2018\95.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia", *Diritto delle Successioni e della Famiglia,* 2018, núm. IV, 1, pp. 301 a 340.

Fernández Sessarego, C.: "Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", *Persona, Revista electrónica de derechos existenciales*, 2003, núm. 24. Disponible en http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm [Consulta: 9 mayo 2018].

Garibo Peyró, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 245 a 249.

Gómez Bengoechea, B.: *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2007.

Igareda Gónzalez, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, 2014, núm. 31, pp. 227 a 249.

Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción "versus" técnicas de reproducción asistida,* Dykinson, Madrid, 2013.

Kemelmajer De Carlucci, A. R.: "Derecho a conocer el origen biológico", en AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (dir. por C.M. Romeo Casabona). Disponible en http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/242 [Consulta: 8 marzo 2018].

Lasarte, C.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A.: "Aproximación ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253 a 267.

Ordás Alonso, M.: "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 1, BIB 2015/18278.

Sánchez Martínez, M. O.: "Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* 2016, núm. 34, pp. 294 a 315.

"SELECTING FOR DISABILITY": LA VOLUNTAD DE LOS PADRES FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

"SELECTING FOR DISABILITY": PARENTS' DESIRES AGAINST THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 614-631

Silvia VILAR GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En el presente estudio, tras exponer en qué consiste la controvertida figura conocida como "selecting for disability" y mencionar brevemente el régimen jurídico de algunos de los países que permiten la selección embrionaria, incluido España, reflexionaremos sobre si dicha selección, en el caso de que se encuentre dirigida voluntariamente a que los menores porten algún tipo de discapacidad, puede reportar algún beneficio al interés superior de éstos o si la referida práctica puede tener cabida en el derecho humano a la salud.

PALABRAS CLAVE: "Selecting for disability"; interés superior del menor; discapacidad; selección embrionaria; calidad de vida.

ABSTRACT: *In the present study, after introducing the controversial notion of "selecting for disability" and briefly mentioning the legal regime of some of the countries that allow embryo selection, including Spain, we will reflect on whether the voluntary mentioned selection, in the case that it is be aimed towards disability, may bring any benefit to the minor's best interests or if the referred practice may be well accommodated into the human right to health.*

KEY WORDS: *Selecting for disability; child's best interests; disability; embryo selection; quality of life.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA.- 1. Regulación en el ámbito del Consejo de Europa.- 2. El concepto de tortura, tratos inhumanos y degradantes.- II. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH.- 1. Obligación negativa.- 2. Obligaciones positivas.- III. CONDENAS DEL TEDH A ESPAÑA POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 3 EN SU VERTIENTE PROCESAL.- 1. Martínez Sala y otros c. España.- 2. San Argimiro Isasa c. España.- 3. Beristain Ukar c. España.- 4. B.S. c. España.- 5. Otamendi Egiguren c. España.- 6. Etxebarria Caballero c. España.- 7. Ataun Rojo c. España.- 8. Arratibel Garciandia c. España.- 9. Beortegui Martínez c. España.- 10. Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España.- IV. ANÁLISIS DEL CRITERIO DEL TEDH.- 1. Afirmación defendible.- 2. Investigación oficial eficaz. - V. CONCLUSIONES.

I. TÉCNICAS DIAGNÓSTICAS PRECONCEPTIVAS Y PRENATALES

Los importantísimos avances científicos que se han llevado a cabo a lo largo de todo el siglo XX y en los últimos años del presente siglo XXI, han permitido la consecución de grandes logros en los campos de la medicina y de la biomedicina como, entre otros, el desciframiento del genoma humano en el año 1960, o el nacimiento en Bristol (Reino Unido) en 1978 de la primera "niña probeta", Louise Joy Brown, concebida a partir de la fecundación in vitro[1].

Pero estos procesos experimentales no siempre se hallan exentos de polémica a nivel tanto médico, como ético o social, ni son unánimemente considerados como beneficiosos para la salud[2] sino que, para que se desarrollen con las máximas garantías y que el progreso científico no se alcance a costa de la dignidad humana, es necesario fijar jurídicamente los límites[3] por los que puedan discurrir dichas

1 La primera niña nacida en España a partir de la técnica de la fecundación in vitro fue Victoria Anna Sánchez Perea, en julio de 1984. Veiga, A.: *El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre*, RBA, Barcelona (España), 2011.

2 Como para Abbey Lippman, quien opina que las pruebas dirigidas a detectar determinadas características genéticas en el feto, que puedan suponer el deseo de que éste no llegue nacer, puede suponer una descalificación social sobre"la calidad o el valor de los fetos y de los niños basada en su material genético o cromosómico". Lippman, A.: "The genetic construction of prenatal testing: choice, consent or conformity for women?", en AA.VV.: *Women and prenatal testing: facing the challenges of genetic technology* (coord. por K.H. Rothenberg y E.J. Thomson), Ohio State University Press, Columbus (USA), 1994, p. 17.

3 Ya que "es la propia naturaleza humana la que nos impone constantemente la necesidad de ir más allá". Raposo, V.L.: *O Direito à Imortalidade. O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Facultade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (Portugal), 2012, p. 356.

• Silvia Vilar González
Doctora internacional en Derecho, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana (España). Correo electrónico: vilars@uji.es

novedosas investigaciones, tratando de evitar la colisión con el respeto a la vida, la dignidad, y los derechos y libertades fundamentales de la persona[4].

Durante las últimas décadas, han proliferado diversas técnicas diagnósticas con finalidades beneficiosas para la concepción, como el desarrollo del diagnóstico genético preimplantacional, asociado a la posibilidad de fecundar embriones "in vitro", que es similar a los habituales diagnósticos que se llevan a cabo en el periodo prenatal, pero con la ventaja de que los preimplantacionales permiten seleccionar determinados embriones antes de volver a transferirlos al útero de la mujer para su gestación, lo que evita la necesidad de recurrir a abortos selectivos derivados de malformaciones en los fetos[5].

Con respecto a los tratamientos que se llevan a cabo en el periodo prenatal, mencionaremos, entre otros, la amniocentesis, que permite el diagnóstico a través del ADN de posibles anomalías, como la espina bífida, enfermedades metabólicas hereditarias o malformaciones genéticas, o las pruebas diagnósticas no invasivas consistentes en meros análisis de sangre, mediante los que se hace posible identificar células fetales presentes en la sangre materna y descartar anomalías en los cromosomas, como puede ser la presencia de una copia extra del cromosoma 21 en el feto, que implicaría la presencia del síndrome de Down.

Está posibilidad de detección temprana de anomalías genéticas, malformaciones o enfermedades graves en los futuros niños, así como la de llevar a cabo modificaciones genéticas de carácter positivo, no suelen llevar asociadas discusiones doctrinales[6].

No obstante, también pueden hallarse asociadas a cuestiones que no suponen ningún beneficio claro para los menores, como sucede con la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional dirigidas a seleccionar el sexo de los futuros bebés para, quizás, "compensar" la familia[7], o para elegir determinadas características en el feto, por motivos más allá de indicaciones médicas o terapéuticas.

O incluso con connotaciones negativas, como el aborto eugenésico[8], que se produce cuando se aprecian alteraciones genéticas o congénitas en el feto, siendo controvertida la determinación de los límites entre la vida digna, indigna o

4 López Peláez, P.: "Filiación y reproducción asistida", en AA.VV.: *Derecho de la persona* (coord. por I. Ravetllat Ballesté), Bosch, Barcelona (España), 2011, p. 89.

5 Gronowski, A.M.: "The ethical implications of preimplantation genetic diagnosis", *Clinical Chemistry*, 2014, núm. 60:1, p. 25.

6 Karpin, I.: "Constructing the body inside and out: genetic and somatic modification", en AA.VV.: *Brave new world of health* (coord. por B. Bennett), The Federation Press, Sydney (Australia), 2009, p. 76.

7 Selección de sexo dirigida a "family balancing", como afirma Williams, N.J.: "Harms to "Others" and the selection against disability view", *Journal of Medicine and Philosophy*, 2017, núm. 42, p. 155.

8 Frente al aborto terapéutico, que es recomendado"cuando la continuación del embarazo puede amenazar la vida de la mujer o deteriorar gravemente su salud y el médico no tenga alternativa al no poder salvar

inhumana, que determinarán la recomendación o despenalización de este tipo de abortos[9].

Para algunos autores, dichas interrupciones voluntarias de los embarazos apoyadas en características genéticas existentes en el feto, pueden suponer juicios y valoraciones sociales desfavorables con respecto de los niños que sí hubieran nacido, portando la discapacidad que se hubiera pretendido evitar con la práctica del aborto[10].

Pero, lo que es peor, pese a que las pruebas genéticas preimplantacionales suelen emplearse para ayudar a que las parejas portadoras de anomalías genéticas hereditarias puedan evitar traspasar éstas a su descendencia[11], dichas pruebas también pueden suponer su empleo dirigido a la implementación de "mejoras negativas"[12] en los futuros niños, buscando expresamente que éstos cuenten con algún tipo de discapacidad.

II. LA FIGURA DE "SELECTING FOR DISABILITY"

En este contexto, se hace necesario mencionar noticias como la que salió a la luz pública hace algunos años, para ser exactos en la primavera de 2002, y que hacía referencia a dos mujeres estadounidenses que formaban una pareja del mismo sexo, Sharon Duchesneau y Candy McCullough, ambas sordas, quienes deseaban volver a engendrar un bebé sordo, al igual que la hija que habían tenido cinco años atrás, y para ver cumplido su deseo pretendían recurrir al mismo donante de esperma sordo, que ya les había proporcionado sus gametos para el embarazo anterior.

Dado que los bancos de gametos estadounidenses excluían de la posibilidad de donar, entre otras, a las personas sordas y que, sin embargo, dicha condición convertía en mucho más probable que la descendencia de la pareja se hallase afectada por la misma discapacidad, estas mujeres recurrieron a un conocido de ambas, que procedía a su vez de una familia con cinco generaciones de sordera, lo que les permitió que sus dos hijos se hallaran adolecidos de dicha discapacidad.

a ambos". En Villela Cortés, F., y Linares Salgado, J.E.: "Diagnostico genético prenatal y aborto. Dos cuestiones de eugenesia y discriminación", *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, núm. 24, p. 3.

9 Villela Cortés, F., y Linares Salgado, J.E.: "Diagnostico genético", cit., p. 4.

10 Como afirma Savell, K.: "Turning mothers into bioethicists: late abortion and disability", en AA.VV.: *Brave new world of health* (coord. por B. Bennett), The Federation Press, Sydney (Australia), 2009, p. 97.

11 Garrard, E. y Wilkinson, S.: "Selecting for disability and the welfare of the child", *The Monist*, 2006, vol. 89, núm. 4, p. 482.

12 Karpin, I.: "Choosing disability: preimplantation genetic diagnosis and negative enhancement", *Journal of Law and Medicine*, 2007, núm. 15, pp. 89-102.

Pese a que la pareja no contemplaba la sordera como un defecto o una limitación, sino que, al igual que para muchas otras personas con esta condición la consideran como un simple rasgo diferenciador y una identidad cultural enriquecedora, ambas reconocieron haber padecido síntomas de aislamiento en su época estudiantil previa al periodo universitario[13], lo que no se puede considerar en ningún caso como beneficioso para los menores.

Un caso similar sucedió en Reino Unido en el año 2008, cuando Tomato Lichy y Paula Garfield apelaron a su derecho a tener un hijo sordo recurriendo a la técnica del diagnóstico genético preimplantacional, asociado a la fecundación in vitro, característica que ya portaban ambos miembros de la pareja y su propia hija.

Como afirmaba el profesor Alejandro Navas haciendo referencia a esta última noticia, permitir que unos padres puedan optar por que su futuro hijo nazca con una discapacidad, supone la existencia de víctimas inocentes, como son los embriones sanos eliminados o el hijo incapaz que sí nacerá, al que nadie habrá consultado previamente si se halla conforme con la condición que otros han elegido por él, lo que para este autor supone, una vez más, encontrarnos ante "el hijo concebido como artículo de consumo destinado a proporcionar una gratificación determinada a sus progenitores"[14].

Pero también existen otros autores que se cuestionan[15] si realmente es censurable, moral y jurídicamente, la posibilidad de que unos padres deseen imponer a sus futuros hijos su nacimiento con una discapacidad o alteración genética determinada, o si podría considerarse aceptable apoyándose en criterios como que, es mejor nacer con una discapacidad a no nacer en forma alguna, considerando, por tanto, el establecimiento de prohibiciones en este sentido como injustificadas "dada la ausencia de daños en el menor en la mayoría de los supuestos"[16].

Pero, en la materia que nos ocupa, no cabe defender la afirmación relativa a que "es mejor nacer con discapacidad que no hacerlo nunca", ya que en estos supuestos no nos encontramos ante la detección sobrevenida de una anomalía o enfermedad que pueda llevar a plantearnos si continuar o interrumpir la gestación de un niño que se encuentra en marcha, sino que se está hablando de permitir la posibilidad de que ciertas personas busquen, deliberada y voluntariamente, la "creación" de un menor adolecido de una discapacidad.

13 Spriggs, M.: "Lesbian couple create a child who is deaf like them", *Journal of Medical Ethics and History of Medicine*, 2002, núm. 28, p. 283.

14 Navas, A.: "Quieren otro hijo sordo", *Diario de Navarra*, 8 de abril de 2008.

15 Savulescu, J.: "Is it wrong to deliberately select embryos which will have disabilities?", *Practical Ethics*, 2008, pp. 1-2. O Greene, M. y Augello, S.: "Everworse: what's wrong with selecting for disability?", *Public Affairs Quarterly*, 2011, vol. 25, núm. 2, pp. 131-139.

16 Wilkinson, S., y Garrard, E.: "Choosing disability", *Keele University*, 2013, p. 25.

III. CONTEXTO NORMATIVO

Como todos nos podemos imaginar y a la vista de las noticias comentadas, puede darse el caso de que los futuros padres, en el ámbito privado, lleven a cabo prácticas dirigidas a alcanzar un embarazo con determinadas características en sus futuros hijos, como sucede con las inseminaciones artificiales "caseras"[17], en las que se introducen en el órgano reproductor femenino gametos de donantes masculinos con unas determinadas características, sin la intervención de profesionales médicos. En estos casos, no podrá intervenir el control del legislador.

Pero en los supuestos en que estas personas sí necesiten recurrir a estos especialistas del ámbito de la medicina y de la biomedicina, será de aplicación la normativa en materia de técnicas de reproducción asistida del país de que se trate, que habitualmente establecerán limitaciones dirigidas a evitar que, la mera voluntad de los progenitores, pueda suponer perjuicios en sus futuros hijos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, prohíbe expresamente en su artículo 3(2) cualquier práctica eugenésica, pero algunos autores albergan dudas con respecto a como sería interpretada dicha prohibición en relación con la discapacidad[18].

El contenido y limitaciones contenidas en las regulaciones nacionales de los distintos Estados miembros con respecto a los diagnósticos preimplantacionales, varían de uno a otro.

Por lo que respecta a Reino Unido, el apartado 1ZA del "Schedule 2" de su Acta sobre Fertilización y Embriología Humana de 2008 (HFEA)[19], no permite llevar a cabo pruebas de diagnóstico en embriones, más allá de aquellas dirigidas a determinar si cuentan con alguna anomalía genética, cromosómica o mitocondrial que pueda afectar a su viabilidad, si existe algún riesgo en particular de que dicha deficiencia suponga la existencia o desarrollo de alguna discapacidad física o mental grave en el futuro niño, o con la finalidad de que las células madre de la sangre del cordón umbilical, médula ósea u otro tejido de dicho menor sirvan para la curación de alguno de sus hermanos que cuente con una enfermedad grave. Por su parte, el apartado 1ZB también prohíbe expresamente el empleo de técnicas diagnósticas dirigidas a asegurar un determinado sexo del embrión.

17 Lamm, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret, revista para el análisis del derecho*, 2012, núm. 3, p. 12.

18 Karpin, I.: "Choosing disability and regulating the use of PGD in Australia, the UK and Europe", *Reproductive BioMedicine Online*, 2008, vol. 16, supl. 3., p. S-12.

19 Human Fertilisation and Embryology Act, 2008.

Tal y como dispone la "Section 14(4)" de la mencionada Acta sobre Fertilización y Embriología Humana, no deberá otorgarse preferencia a las personas o embriones que se sepa que cuentan con una anomalía genética, cromosómica o mitocondrial que implique un riesgo significativo de desarrollo de una enfermedad o discapacidad física o mental grave, o bien cualquier otra condición médica seria, frente a aquellas otras personas o embriones que se sepa que no cuentan con tal anomalía. Ni tampoco se deberá otorgar preferencia a los embriones de un sexo determinado, si dicho sexo implica un riesgo específico de contar con las anomalías referidas con anterioridad, en comparación con que conlleven tal riesgo.

En cualquier caso, prevalecerá el principio del interés superior del menor, inspirador de la repetida norma británica, en todas las decisiones de tratamiento que tengan que adoptarse al amparo de la misma[20], por lo que difícilmente parece que podría darse un supuesto de "selecting for disability" conforme a la legislación del país anglosajón.

En cuanto a la Confederación Helvética, el artículo 119 de su Constitución Federal de 1999[21], garantiza la protección frente a malos usos en el campo de la medicina reproductiva y tecnología genética, así como el derecho de toda persona a tener acceso a los datos relativos a su ascendencia. Tan sólo permite emplear los procesos de reproducción asistida en aquéllos supuestos en los que, debido a infertilidad o riesgo de transmisión de una enfermedad grave, no exista otra solución posible, declarando la ilicitud de determinadas prácticas como la clonación humana o la selección embrionaria para interferir en las características del futuro niño, salvo que dicha selección se efectúe a los solos efectos de evitar la transmisión de serias e incurables enfermedades al nacido.

Australia también parece haber alcanzado un consenso legal y ético en torno a la consideración de que las técnicas de diagnóstico genético preimplantacional solo deberían ser empleadas con la finalidad de evitar discapacidades serias en los futuros menores[22].

Y, finalmente, mencionaremos el régimen legal de Estados Unidos, donde existe una larga tradición en la protección de la libertad al derecho a la reproducción, derecho que abarca, no sólo la libertad de los hombres y mujeres para decidir la forma, momento y extensión de la descendencia que deseen alcanzar, sino también la facultad para recurrir a métodos o sustancias anticonceptivas dirigidas

20 Elliston, S.: "The welfare of the child principle and the use of PGD: selecting for disability", en AA.VV.: *Regulating Pre-Implantation Genetic Diagnosis* (coord. por S. Elliston y S.McLean), Routledge, Abingdon (UK), 2012, pp. 136-189, p. 139.

21 Federal Constitution of the Swiss Confederation, 18-04-1999.

22 Karpin, I.: "Choosing disability and regulating", cit., p. S-12.

a evitar la fecundación y, por tanto, el embarazo, incluyéndose, en última instancia, el derecho al aborto[23].

En dicho sentido, no existe ningún instrumento normativo que contenga, con carácter general, los requisitos o limitaciones que sean de aplicación a todo el territorio estadounidense en materia de pruebas clínicas prenatales de detección de trastornos genéticos[24], atribuyéndose competencia a cada uno de los Estados para establecer sus propios parámetros al respecto, ya sea para reconocer ampliamente el derecho de los ciudadanos a su libertad reproductiva, o bien para limitar ciertos aspectos mediante el establecimiento de las pertinentes regulaciones[25].

Sin embargo, determinadas sociedades profesionales y científicas médicas estadounidenses, como la Sociedad Internacional de Diagnóstico Prenatal, la Sociedad Nacional de Asesores Genéticos, el Colegio Estadounidense de Obstetricia y Ginecología o la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva (ASRM), entre otras, proporcionan guías de buenas prácticas y ética que contienen pautas y recursos que pueden influir en el desarrollo legislativo de esta materia, así como citarse en demandas por negligencia médica, pero tienen una finalidad meramente consultiva y no carecen de fuerza vinculante[26].

Entre los referidos textos con pautas no vinculantes, mencionaremos los informes de los años 2015 y 2018 de la ASRM, sobre el uso de tecnología reproductiva para la selección de sexo por razones no médicas[27] y la revelación incidental del sexo de los embriones como consecuencia de pruebas genéticas preimplantacionales[28], respectivamente, que manifiestan que los profesionales que ofrezcan servicios de reproducción asistida no tienen obligación ética de proporcionar, ni tampoco de negarse a hacerlo, el acceso a métodos de selección de sexo no indicados médicamente.

Por lo que respecta a la opción por la discapacidad, esta posibilidad no parece descabellada en Estados Unidos. A dichos efectos, mencionaremos una

23 McBride, D.E. y Parry, J.A.: *Women's rights in the USA. Policy Debates and Gender Roles* (5th edition), Routledge, New York (USA), 2016, pp. 92-110.

24 Pergament, D. y Ilijic, K.: "The Legal Past, Present and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services", *Journal of Clinical Medicine*, 2014, núm. 3(4), p. 1438.

25 Garrity, A.: "A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana", *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 30, núm. 3, p. 812.

26 Pergament, D. y Ilijic, K.: "The Legal", cit., p. 1438.

27 "Use of reproductive technology for sex selection for nonmedical reasons: an Ethics Committee opinion (2015)".

28 "Disclosure of sex when incidentally revealed as part of preimplantation genetic testing (PGT): an Ethics Committee opinion (2018)".

estadística que se llevó a cabo en el seno del "Genetics and Public Policy Centre"[29] en mayo de 2008[30], en la que participaron 415 clínicas de reproducción asistida estadounidenses, que representan la práctica totalidad de las mismas, y en la que un tres por ciento de las mismas reconocieron haber proporcionado pruebas diagnósticas genéticas preimplantacionales dirigidas a la selección de embriones portadores de discapacidad.

IV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA

El artículo 12.1 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece la posibilidad de que los centros debidamente autorizados puedan practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: "a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia"; y "b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión".

Cualquier finalidad distinta a las mencionadas anteriormente, como puede ser el supuesto de los "bebés medicamento", en los que se pretende que los preembriones seleccionados sirvan para salvar la vida de un familiar enfermo, requerirá de autorización expresa por parte de la autoridad sanitaria correspondiente, siempre y cuando se cuente con un informe favorable previo emitido por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, tras evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales del supuesto de que se trate. Esta última previsión se encuentra en línea con lo dispuesto en el artículo 11 y siguientes del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, ratificado por España en el año 1999[31].

Asimismo, la normativa española exige que la aplicación de cualquiera de estas técnicas deberá ser comunicada expresamente a la autoridad sanitaria correspondiente quien, a su vez, deberá informar a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

29 Centro creado en el seno de la Johns Hopkins University, y que fue diseñado para ayudar al legislador estadounidense ante las decisiones relacionadas con los desafíos que surgen de los avances científicos en el campo de la genética reproductiva y de las pruebas genéticas en general.

30 Barruch, S. et al: "Genetic testing of embryos: practices and perspectives of US in vitro fertilization clinics", *Fertility and Sterility*, 2008, vol. 89, núm. 5, p. 1055.

31 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España mediante instrumento de 5 de octubre de 1999.

Por lo que respecta a las técnicas terapéuticas que supongan la intervención sobre preembriones vivos in vitro, éstas sólo podrán tener una finalidad dirigida al tratamiento de una enfermedad o impedir su transmisión, con las garantías contrastadas y razonables que se estime oportuno.

Asimismo, las terapias que se lleven a cabo en preembriones in vitro, requerirán de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y tan sólo serán autorizadas si cumplen con los requisitos que resultan del artículo 13.2 de la mencionada Ley 14/2006, es decir: "a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente. b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación. c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza. d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto".

La aplicación de una técnica que suponga la selección del sexo del embrión o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados tendrá la consideración de infracción muy grave, pudiendo llegar a castigarse con multas que van desde los diez mil un euros hasta el millón de euros, cuantía que será graduará atendiendo a "los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia", tal y como dispone el artículo 27.2 de la repetida Ley 14/2006.

Asimismo, si se cometiera alguna infracción en el sentido apuntado, también podría ser de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como la normativa autonómica, en su caso[32].

Por otra parte, el artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo español 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define la discapacidad como "una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que

32 Pese a que las Comunidades Autónomas no tienen competencias en materia de aplicación de técnicas de reproducción asistida, sí podrían regular algunos aspectos sobre los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados, así como alguna infracción relacionada con dichos aspectos. Benítez Ortúzar, I. y Morillas Cueva, L.: "Artículo 26. Infracciones. Comentario jurídico", en AA.VV.: *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (coord. por F. Lledó Yagüe), Dykinson, Madrid (España), 2007, p. 345.

limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Por lo que respecta al Código Penal español de 1995[33], los artículos 159 a 162 contienen las disposiciones relativas a los delitos en materia de manipulación genética, que castigan con penas de prisión "de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo" (art. 159.1 CP), penas que se rebajaran a multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio entre uno y tres años, en caso de que la alteración del genotipo hubiese sido realizada por imprudencia grave.

Asimismo, el artículo 160.3 del código, castiga con penas de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años a quienes intervengan en la "creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza".

V. COMPATIBILIDAD CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO HUMANO A LA SALUD

El interés superior del menor es un principio recogido, tanto en la normativa internacional, como en la comunitaria y en la interna de la mayoría de países, entre los que se encuentra España, y se configura como un concepto jurídico indeterminado, es decir, "una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial"[34]. Ello, lo convierte, a su vez, en un "concepto esencialmente controvertido", al no existir unanimidad social sobre su criterio normativo, pudiendo estar disconformes distintos sectores o sensibilidades sociales en torno a su contenido concreto.

Su justificación objetiva se apoya, como afirma el profesor Ravetllat Ballesté[35], "tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano".

33 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

34 STS 835/2013, 6 febrero 2014 (Roj: STS 247/2014).

35 Ravetllat Ballesté, I.: "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio siglo XXI*, 2012, vol. 30, núm. 2, p. 90.

El artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, establece que todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, que conciernan a los menores, deberán atender primordialmente al interés superior de los mismos. Asimismo, los Estados parte de dicha Convención, se comprometen a tratar de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, a cuyo fin, deberán adoptar las medidas legislativas y administrativas que se precisen.

Con respecto a los derechos y deberes de los padres, tutores y cualquier otra persona responsable legalmente de los menores, serán tenidos en cuenta por las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado y protección de los niños, pero en ningún caso deberán prevalecer sus intereses sobre el considerado como superior de los pequeños.

En cuanto a la salud, se trata de un derecho humano fundamental, cuya violación "concierne no solo a los afectados o a los profesionales encargados de su tratamiento, sino que también implica a los representantes de los Estados responsables de respetar y hacer cumplir estos derechos y a todos los ciudadanos"[36].

El artículo 24 de la Convención de los derechos del Niño, establece la necesidad de que los Estados parte garanticen el derecho de los menores "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", para lo que deberán adoptar las medidas que sean necesarias para lograr esta finalidad.

La Declaración universal de bioética y derechos humanos[37] del año 2005 cuenta, entre sus objetivos, con el reconocimiento de "la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico"[38], pero destacando, al mismo tiempo, la necesidad de que dicha investigación sus consiguientes resultados, se lleven a cabo en el marco de los principios éticos enunciados en la Declaración, debiendo velar plenamente por el respeto de la vida de las personas, la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Asimismo, dispone en su artículo 3.2 que "los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad", no pudiendo olvidar las repercusiones que las ciencias de la vida puedan producir en la constitución genética de las generaciones futuras.

36 Muñoz Bravo, J. et al.: *Discapacidad intelectual y salud: derechos, desigualdades, evidencias y propuestas*, FEAPS, Madrid (España), 2014, p. 7.

37 Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada en el seno de las Naciones Unidas el 19 de octubre de 2005.

38 Art. 2 DUBDH.

En este contexto, pese a que algunos aportan justificaciones y teorías que tratan de legitimar la opción por discapacidad, algunas de las cuales hemos mencionado en este trabajo, consideramos que la sociedad no puede permanecer impasible ante injusticias o discriminaciones de cualquier tipo, y más, si dichos actos pueden afectar a futuros niños que nacerán con una discapacidad, ya sea ligera o grave, impuesta por sus progenitores sin tener en cuenta su beneficio ni sus intereses más básicos.

Permitir las violaciones de los derechos humanos de unos pocos, supone dar pie, en un futuro, a que también puedan ser violados los derechos de las demás personas[39].

En este sentido, no podemos olvidar que si los padres, en lugar de adoptar las medidas oportunas dirigidas al nacimiento de sus futuros hijos con una determinada discapacidad en la fase previa a su concepción y/o nacimiento, llevaran a cabo actividades destinadas a lograr la ceguera, sordera, cojera o cualquier otro tipo de discapacidad en sus hijos, una vez nacidos, dichas prácticas serían constitutivas de un delito de lesiones, procediendo la aplicación de penas de prisión de seis a doce años ante la "pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica", conforme resulta del artículo 149 del Código Penal.

VI. CONCLUSIONES

El interés superior de los menores debe considerarse criterio determinante en cualquier interpretación sobre decisiones que puedan afectarles, debiendo buscarse el beneficio de éstos en caso de que sus intereses colisionen con los de terceras personas, aunque éstas sean sus padres o representantes legales.

Dicho principio, debe guiar cualquier medida que adopten los poderes públicos dirigidas a la protección y defensa de los niños.

Independientemente del grado y naturaleza de la discapacidad que los padres pudieran desear implementar en su futuro hijo, dicha opción en ningún caso podrá considerarse que puede beneficiar el interés superior del niño, ya que la discapacidad supondrá un hándicap, de mayor o menor envergadura, que le hará más difícil desarrollar sus actividades más cotidianas, pese a que pudiera acostumbrarse y adaptarse a las necesidades especiales que dicha discapacidad le suponga.

39 Muñoz Bravo, J. et al.: *Discapacidad intelectual*, cit., p. 7.

Consideramos que la figura de "selecting for disability" es reprobable, no sólo a nivel ético y moral, sino también desde el punto de vista legal, no encontrando ningún tipo de justificación racional que pueda sugerir ningún tipo de beneficio para las personas.

En dicho sentido, los procesos, técnicas o prácticas de cualquier tipo, que se dirijan a lograr que una persona cuente con una determinada discapacidad, tanto en el periodo previo a la concepción, como en el prenatal, como en la época posterior al nacimiento, deben considerarse igualmente reprobables, siendo necesaria la adopción de mecanismos legales más estrictos que permitan prevenir, así como sancionar dichas prácticas, en caso de que llegaran a producirse.

BIBLIOGRAFÍA

Barruch, S. et al: "Genetic testing of embryos: practices and perspectives of US in vitro fertilization clinics", *Fertility and Sterility*, 2008, vol. 89, núm. 5, pp. 1053-1058.

Benítez Ortúzar, I. y Morillas Cueva, L.: "Artículo 26. Infracciones. Comentario jurídico", en AA.VV.: *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (coord. por F. Lledó Yagüe), Dykinson, Madrid (España), 2007, pp. 344-350.

Elliston, S.: "The welfare of the child principle and the use of PGD: selecting for disability", en AA.VV.: *Regulating Pre-Implantation Genetic Diagnosis* (coord. por S. Elliston y S.McLean), Routledge, Abingdon (UK), 2012, pp. 136-189.

Garrard, E. y Wilkinson, S.: "Selecting for disability and the welfare of the child", *The Monist*, 2006, vol. 89, núm. 4, pp. 482-504.

Garrity, A.: "A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana", *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 30, núm. 3, pp. 809-832.

Greene, M. y Augello, S.: "Everworse: what's wrong with selecting for disability?", *Public Affairs Quarterly*, 2011, vol. 25, núm. 2, pp. 131-139.

Gronowski, A.M.: "The ethical implications of preimplantation genetic diagnosis", *Clinical Chemistry*, 2014, núm. 60:1, pp. 25-28.

Karpin, I.: "Choosing disability and regulating the use of PGD in Australia, the UK and Europe", *Reproductive BioMedicine Online*, 2008, vol. 16, supl. 3., p. S-12.

Karpin, I.: "Choosing disability: preimplantation genetic diagnosis and negative enhancement", *Journal of Law and Medicine*, 2007, núm. 15, pp. 89-102.

Karpin, I.: "Constructing the body inside and out: genetic and somatic modification", en AA.VV.: *Brave new world of health* (coord. por B. Bennett), The Federation Press, Sydney (Australia), 2009, pp. 73-92.

Lamm, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret, revista para el análisis del derecho*, 2012, núm. 3, pp. 1-49.

Lippman, A.: "The genetic construction of prenatal testing: choice, consent or conformity for women?", en AA.VV.: *Women and prenatal testing: facing the*

challenges of genetic technology (coord. por K.H. Rothenberg y E.J. Thomson), Ohio State University Press, Columbus (USA), 1994, pp. 9-34.

López Peláez, P.: "Filiación y reproducción asistida", en AA.VV.: *Derecho de la persona* (coord. por I. Ravetllat Ballesté), Bosch, Barcelona (España), 2011, pp. 89-136.

McBride, D.E. y Parry, J.A.: *Women's rights in the USA. Policy Debates and Gender Roles* (5th edition), Routledge, New York (USA), 2016.

Muñoz Bravo, J. et al.: *Discapacidad intelectual y salud: derechos, desigualdades, evidencias y propuestas*, FEAPS, Madrid (España), 2014.

Navas, A.: "Quieren otro hijo sordo", *Diario de Navarra*, 8 de abril de 2008.

Pergament, D. y Ilijic, K.: "The Legal Past, Present and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services", *Journal of Clinical Medicine*, 2014, núm. 3(4), pp. 1437-1465.

Raposo, V.L.: *O Direito à Imortalidade. O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Facultade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (Portugal), 2012.

Ravetllat Ballesté, I.: "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio siglo XXI*, 2012, vol. 30, núm. 2, pp. 89-108.

Savell, K.: "Turning mothers into bioethicists: late abortion and disability", en AA.VV.: *Brave new world of health* (coord. por B. Bennett), The Federation Press, Sydney (Australia), 2009, pp. 93-111.

Savulescu, J.: "Is it wrong to deliberately select embryos which will have disabilities?", *Practical Ethics*, 2008, pp. 1-2.

Spriggs, M.: "Lesbian couple create a child who is deaf like them", *Journal of Medical Ethics and History of Medicine*, 2002, núm. 28, p. 283.

Veiga, A.: *El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre*, RBA, Barcelona (España), 2011.

Villela Cortés, F., y Linares Salgado, J.E.: "Diagnostico genético prenatal y aborto. Dos cuestiones de eugenesia y discriminación", *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, núm. 24, pp. 1-8.

WILKINSON, S., y GARRARD, E.: "Choosing disability", *Keele University*, 2013, pp. 18-25.

WILLIAMS, N.J.: "Harms to "Others" and the selection against disability view", *Journal of Medicine and Philosophy*, 2017, núm. 42, pp. 154-183.

DERECHO COMPARADO

LA REPRESENTATIVIDAD EMPRESARIAL EN UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE ITALIA Y ESPAÑA*

THE EMPLOYER REPRESENTATION IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE BETWEEN ITALY AND SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 634-653

* Este trabajo recoge y desarolla la ponencia defendida y el estudio presentado en la conferencia que tuvo lugar en la Universidad de Aquila el 7 de noviembre de 2018 sobre el tema "Rappresentanza, rappresentatività sindacale e contrattazione collettiva".

Giuseppina
PENSABENE
LIONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Este estudio plantea la oportunidad de una reconsideración sistemática del general contexto asociativo empresarial en una perspectiva comparada entre Italia y España, con el objetivo de aclarar las zonas de claroscuro relativas al sistema de representatividad de las organizaciones empresariales de ambos países, y de comprobar en qué medida se podría, "de iure condendo", auspiciar unas mejoras. En efecto, el fenómeno asociativo empresarial no ha sido objeto de profundo interés por parte del propio legislador, como por la doctrina y la jurisprudencia, diferentemente a la profusa atención que, en cambio, siempre ha sido prestada a las organizaciones sindicales en el sistema de relaciones laborales tanto italiano como español. No obstante, se considera que el fenómeno del asociacionismo empresarial es un tema central en el debate acerca los nuevos retos y perspectivas de la política laboral y social europea, y en ello se reflejan muchos de los cambios sustanciales que se han realizado en estos últimos años de crisis económica, que han llevado a cabo en el caso italiano un escenario opuesto al español caracterizado por una marcada unidad empresarial y, consecuentemente, una enorme (y "peligrosa", bajo el perfil de las tutelas) proliferación de convenios colectivos, lo que a menudo provoca la dificultad objetiva de identificar a un interlocutor empresarial "auténtico". Se reflexionará además sobre la posibilidad de regular normativamente la representatividad empresarial, considerándose un factor decisivo de modernización del sistema la introducción ex lege de criterios de acreditación de la representatividad empresarial. No obstante, la materia es especialmente delicada puesto que la intervención del legislador en la misma no puede en todo caso limitar el principio general de libertad sindical que se encuentra en el centro de los valores de la OIT y del régimen constitucional tanto italiano como español.

PALABRAS CLAVE: Representatividad empresarial; crisis; acreditación; derecho sindical; negociación colectiva; comparación; relaciones laborales; libertad sindical; principios constitucionales

ABSTRACT: *This study raises the opportunity for a systematic reconsideration of the general business associative context in a comparative perspective between Italy and Spain, with the aim of clarifying the zones of lightdark relatives to the system of representativeness of the business organizations of both countries, and to verify in what way measure could be, "de iure condendo", sponsor improvements. The associative business phenomenon has not been subject to scrutiny by the legislator itself, as per the doctrine and jurisprudence, unlike the profuse attention that, however, has always been given to the trade union organizations in the system of labor relations both Italian and Spanish. However, the phenomenon of business associationism is a central issue in the debate about the new challenges and perspectives of European labor and social policy, and this reflects many of the substantial changes that have taken place in recent years of economic crisis, which have carried out in the Italian case a scenario as opposed to the Spanish characterized by a marked business unit and, consequently, a huge (and "dangerous", under the profile of the "legal guardianships") proliferation of collective agreements, which often causes the objective difficulty of identifying an "authentic" business interlocutor. It will also reflect on the possibility of normatively regulating the business representativeness, considering a decisive factor of modernization of the system the "ex lege" introduction of criteria of accreditation of business representativeness. However, the matter is particularly delicate since the intervention of the legislator in it can not in any case limit the general principle of the union freedom that is at the center of the values of the ILO and of the constitutional regime both Italian and Spanish.*

KEY WORDS: *employer representation; crisis; accreditation; trade union law; collective bargaining; comparison; labour relations; trade union freedom; constitutional principles.*

SUMARIO.- I. LA CRISIS DE LA REPRESENTATIVIDAD EMPRESARIAL.- II. LAS PECULIARIDADES DEL FENÓMENO ASOCIATIVO EMPRESARIAL: ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO ITALIANO Y EL ESPAÑOL – 1. El contexto general asociativo empresarial: fragmentariedad organizativa italiana vs. Unidad representativa española.– 2. Los principios constitucionales: la libertad sindical cubre o no cubre el asociacionismo empresarial?. – 3. El (deficitario) régimen legal de la representatividad empresarial. – III. LAS PROPUESTAS DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN ITALIA. - IV. LAS PROPUESTAS DE LA DOCTRINA ITALIANA. – V. CONCLUSIÓN.

I. LA CRISIS DE LA REPRESENTATIVIDAD EMPRESARIAL

En un contexto general caracterizado por la globalización de las relaciones económicas, internacionalización de las políticas monetarias y descentralización de las fuentes reguladoras del mercado laboral, ya es evidente que la crisis de representatividad no concierne solo a las organizaciones sindicales, sino también (y sobre todo) a las patronales.

Sin embargo, tanto en el ordenamiento jurídico italiano como en español, el fenómeno asociativo empresarial no ha sido objeto de profundo interés tanto por parte del propio legislador, como por la doctrina y la jurisprudencia, diferentemente a la profusa atención que, en cambio, siempre ha sido prestada a las organizaciones sindicales en ambos sistemas de relaciones laborales. A pesar de ello, se considera que el fenómeno del asociacionismo empresarial es un tema central en el debate acerca de los nuevos retos y perspectivas de la política laboral y social europea a los cien años de creación de la OIT, y en ello se reflejan muchos de los cambios sustanciales que se han realizado en estos últimos tiempos de crisis económica.

En Italia, la crisis de representatividad empresarial se está llevando a cabo, por un lado, a través de un escenario de especial fragmentariedad representativa, que resulta ser opuesto al cuadro español caracterizado por una marcada unidad empresarial; y, por otro lado, a través de una enorme (y "peligrosa", bajo el perfil de las tutelas) proliferación de convenios colectivos, lo que a menudo provoca la dificultad objetiva de identificar a un interlocutor empresarial "auténtico".

Así pues, es oportuno plantear una reconsideración sistemática del contexto general asociativo empresarial en una perspectiva comparada, enfocando

• Giuseppina Pensabene Lionti
Acreditada a Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "Professore a Contratto" de la Universidad Cà Foscari de Venezia, "Avvocato". Correo electrónico: gius.pensabenelionti@unive.it

especialmente la atención sobre lo que ocurre en Italia y en España, con el objetivo de aclarar las zonas de claroscuro relativas al sistema de representatividad de las organizaciones empresariales de ambos países, y de comprobar en qué medida se podría, "de iure condendo", auspiciar unas mejoras. Y ello desde la firme convicción de que la comparación es un método de investigación que permite avanzar en el perfeccionamiento del derecho interno y -sobre todo con respecto al concreto ámbito de investigación de la representatividad empresarial- en sus posibilidades de reforma.

II. LAS PECULIARIDADES DEL FENÓMENO ASOCIATIVO EMPRESARIAL: ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO ITALIANO Y EL ESPAÑOL

Sin dudas, el asociacionismo empresarial presenta unas cuantas peculiaridades[1], caracterizándose por ser «defensivo», «de respuesta»[2] y «no necesario», porque "ab origine" teleológicamente orientado a contrastar las coaliciones sindicales[3], de modo que dicho tipo de asociacionismo también ha sido considerado por la doctrina «una forma de coalición meramente eventual»[4]. Tal vez por esta razón habitualmente suele pasar más inadvertida la incidencia de las organizaciones patronales en nuestros sistemas de relaciones sindicales.

No obstante, en los últimos tiempos, tanto en Italia como en España -a pesar de lo dicho anteriormente con respecto a la tradicional menor atención dedicada al sistema de representatividad de las organizaciones empresariales en comparación con el profundo interés prestado a las asociaciones sindicales- se aprecian o bien

1 *Cfr.* Scognamiglio, R. : "Il lavoro nella Costituzione italiana", en AA.VV.: *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale,* F. Angeli, Milano, 1978, p. 117.

2 *Vid., amplius*, Giugni, G.: "Commento art. 39", Branca, G. (coord.): *Commentario alla Costituzione (Rapporti economici)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, pp. 265 ss.

3 *Vid.* Lanzalaco, L. :"Le associazioni imprenditoriali", Cella, G.P, Treu, T. (coord.): *Le nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 147 ss.

4 Behrens, M.: "New Forms of Employers' Collective Interest Representation?", *Industrielle Beziehungen*, 2004, p. 77, cit. Papa, V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Giappichelli, Torino, 2017, donde - con referencia a la acción colectiva empresarial – se habla pues de "second best solution".

estudios incisivos sobre el particular[5], o bien propuestas de reformas de la materia avanzadas por parte de los mismos sindicatos[6].

También gracias a dichos estudios es posible aproximarse al fenómeno asociativo empresarial desde una perspectiva más cercana que nos permite sobresalir más específicamente sus peculiaridades, para luego poder destacar las analogías y diferencias existentes entre el modelo italiano y el español.

1. El contexto general asociativo empresarial: fragmentariedad organizativa italiana vs. unidad representativa española

Ante todo, cabe destacar que hay una diferencia sustancial entre el contexto general asociativo empresarial en España y el escenario de las asociaciones patronales italianas, lo que tiene que ver principalmente con su propia estructura organizativa. Así pues, si, por un lado -como ya se ha adelantado- en el ordenamiento jurídico español nos enfrentamos con un panorama de marcada unidad empresarial, por otro lado, en Italia se encuentran todas las complejidades propias de un sistema de pluralidad asociativa, con muchas disparidades de intereses en su seno.

En efecto, se están difundiendo fenómenos de disgregación en el ámbito representativo patronal italiano, tanto en el sentido de la creación de nuevas

5 Con referencia al caso italiano*, vid.,* entre otros, los estudios recientes de Papa, V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione,* cit.; *Id.*: "Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*., núm. 153, 2017, 1, pp. 21-48; Lassandari, A.: "Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*", Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 153, 2017, 1, pp. 1-19; Bellardi, L.: "L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 151, 3, 2016, pp. 405; Feltrin, P., Zan, S.: *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali,* Carocci, Roma, 2014.
Con respecto a España, sin ninguna pretensión de exhaustividad, vid. Cruz Villalón, J.: "La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma*", Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2019, pp. 147-166; *Id.*: "La representatividad empresarial en España", *Nueva revista* española *de derecho del trabajo*, núm. 215, 2018, pp. 581- 612; Prados De Reyes, F. J.: *Representación y representatividad en las relaciones laborales*, Cruz Villalón, J., Menéndez Calvo, M. R., Nogueira Guastavino, M. (coord.): *Libro homenaje a Ricardo escudero Rodríguez*,, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 209-222; Miñarro Yanini, M.: "Representatividad de las asociasiones empresariales: nuevo tiempos, viejos problemas irresolutos", en AA.VV.: *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 237-249; Esteve Segarra, A.: *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003; Cairós Barreto, D.: "La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 118, 2003, pp. 583-622; Alonso Olea, M.: "Aspectos problemáticos de la representatividad de las asociaciones empresariales", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 44, 1990; Torollo González, J.: "Aspectos problemáticos de la representatividad de las asociaciones empresariales*", Revista española de derecho del trabajo,* núm. 44, 1990, pp. 763-780; García Murcia, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987.

6 *Vid*., con respecto al caso italiano, la "Carta dei diritti universali del lavoro" de enero de 2016 redacta por la Cgil, cuyo art. 35 propone un procedimiento de acreditación de la representatividad empresarial, y el "Accordo interconfederale" entre Confindustria, Cgil, Cisl y Uil de 9 de marzo de 2018 (llamado "Patto per la Fabbrica") que hace lo mismo, sin excluir la posibilidad de una intervención por parte del legislador *in subiecta materia*. Sobre dicho "Patto per la Fabbrica", *vid*. Ichino, P.: "Quel patto poco utile per la fabbrica", *www.lavoce.info,* 10.04.18; Liso, F.: "Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*", www.bollettinoADAPT,* de 23 de abril de 2018, núm. 16. De todo ello se hablará más difusamente más adelante, *sub.* 4 y 5.

organizaciones (a menudo, poco o nada representativas), como a través de una separación formal[7] o del llamado "exit empresarial"[8] desde asociaciones ya existentes; lo que ocurre también en el ámbito de "grupos" tradicionalmente considerados "fuertes" (aludiéndose obviamente a la decisión que tomó "Fiat" de dejar "Confindustria")[9].

A todo ello se añade la gradual transición de modelos de empresa "verticales" hacia modelos de empresa "horizontales" o "reticulares", con consecuencias significativas en el ámbito de la representatividad empresarial, pudiendo las modificaciones estructurales introducidas por las "retes de empresas"[10], en el medio-largo plazo, subrogar algunas funciones tradicionalmente desarrolladas por las organizaciones empresariales[11]; lo que determinaría una adicional desestructuración de los aspectos representativos-contractuales de las asociaciones patronales italianas[12].

Estando así las cosas, se destaca una extrema diversificación de los sujetos representativos de los empresarios italianos, cuyas acciones colectivas, no obstante, pueden tener (y de hecho tienen) mucha incidencia en el sistema de negociación, sobre todo en el sentido de una enorme expansión del número de los convenios colectivos. Así pues, las peculiaridades que caracterizan al asociacionismo empresarial italiano no conciernen solo las lógicas de acción colectiva[13], sino además el aspecto organizativo interno de los propios organismos de representación patronal, cuya arquitectura asociativa refleja la empresa, que

7 Los distintos acontecimientos de "separación" a veces se acompañan por actos formales de rescisión, hablándose en Italia de "disdetta o recesso dal contratto collettivo" (cfr., Pacchiana Parravicini, G.: *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2010). Este respecto piénsese en la separación, por ejemplo de "Federdistribuzione" con "Confcommercio" que se realizó en el año 2011 (cfr. Faioli, M.: "Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle PMI del Terziario: la disarmonica identità di R.E.T.E. Imprese Italia", *Dir. Lav. Merc.,* 2016, pp. 97 ss.); o a lo que pasó en 2012 entre Confimi Industria y Confapi (Bellardi, L.: "L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 151, 3, 2016, p. 405).

8 *Vid.*, Papa, V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, cit. pp. 105-115.

9 Para una reconstrucción de los hechos más relevantes que han llevado Fiat a tomar dicha decisión, cfr., entre otros, Corazza, L.: "Percorso di lettura sul caso Fiat", *Dir. Lav. Rel. Ind.,* 3, 2016, pp. 541 y ss.; Berta, G.: "La Confindustria", en AA.VV.: *L'annuario del lavoro*, *Il Diario del lavoro*, Roma, 2011, pp. 177 y ss..; Bavaro, V.: "Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2, 2011, pp. 313 y ss.

10 Para un reciente estudio sobre el tema, *vid.* Mocella, M.: *Reti d'imprese e rapporti di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

11 Sobre la heterogeneidad de las funciones desarrolladas por las asociaciones empresariales italianas, de «representancia tecnica», «*lato sensu* politica», de «oferta de servicios asociativos», *vid.* Papa, V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, cit., spec. pp. 18-26.

12 Lassandari, A.: "Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 153, 2017, 1, p. 4.

13 Se trata de lógicas de acción colectiva obviamente diferentes respecto a las que caracterizan al asociacionismo sindical, justamente porque es fruto de una inevitable conflictividad entre intereses individuales e intereses colectivos de la misma parte empresarial, vid., en este sentido, Papa, V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali,* cit., p. 9.

es ella misma un sujeto ontológicamente colectivo[14]. De esta manera, se destaca una asimetría adicional respecto a las distintas formas de coalición sindical, compuestas en definitiva por trabajadores individuales que se asocian para tutelar activamente sus intereses personales. Todo ello además –debido a la especial divergencia competitiva y heterogeneidad de los intereses representados– lleva a cabo a menudo, tanto unas formas "separadas" de negociación colectiva, como la coexistencia de contratos diversos en el ámbito del mismo sector productivo, dando lugar a aquella que, sin exageración ninguna, puede ser definida una verdadera "jungla contractual"[15].

La especial fragmentariedad del asociacionismo empresarial italiano[16] refleja la heterogeneidad del correspondiente sistema económico, fruto de la variada combinación de las cuatro variables que, según los estudios de relaciones laborales, juegan un papel fundamental en este sentido: la actividad económica, el sector productivo, el tamaño, la propiedad[17]. Así pues, en un sistema productivo como el italiano compuesto principalmente por empresas de pequeño o pequeñísimo tamaño[18], nos enfrentamos con «organizaciones distintas según el tipo de producción industrial, servicios, agricultura, así como con organizaciones de empresas cooperativas o de servicios públicos, y con empresas pequeñas y medianas».[19].

A este respecto, además, si –"prima facie"- el nacimiento, desde hace menos de una década, de formas asociativas de coordinación entre confederaciones[20], nos había dado la esperanza de una posible reducción cuantitativa de las grandes asociaciones representativas empresariales italianas; luego ha prevalecido la

14 Cella, G.: "La rappresentanza attraverso soggetti collettivi: rispecchiare o interpretare", *Stato e mercato*, núm. 2, 2003, pp. 217 ss.

15 Ciucciovino, S.: "Come orientarsi nella giungla dei contratti", *www.lavoce.info* del 20.04.18.

16 Cfr., *amplius*, Feltrin, P., Zan, S.: *Imprese e rappresentanza*, cit., Lanzalaco, L.: "Mutamento istituzionale e rappresentanza degli interessi imprenditoriali", *Pol. Org.*, 2, 1997, p. 7 ss.

17 Carrieri, M., Pirro, F.: *Relazioni Industriali*, cit., p. 51.

18 Bellardi, L.: "L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 151, 3, 2016, p. 406.

19 *Ibidem*.

20 Se alude a "Rete Imprese Italia" (que agrega Casartigiani, Confartigianato imprese, Confederazione nazionale dell'artigianato e della piccola e media impresa, Confcommercio y Confesercenti) y a "Alleanza delle Cooperative Italiane" (que agrega Legacoop, Confcooperative y Agci) nacidas, respectivamente, en el 2010 y en el 2011. No obstante, dichos nuevos organismos no son verdaderas confederaciones, y no tienen competencias contractuales, limitándose la "Rete Imprese Italia" a añadirse a las asociaciones nacionales fundadoras (pues no se funden con dichas asociaciones ni se sustituyen a las mismas). Así pues, se trata más bien de "umbrella association", es decir un organismo de segundo nivel. Por su parte, la "Alleanza delle Cooperative Italiane" se limita a desarrollar una función de mera coordinación entre las asociaciones nacionales fundadoras. Sobre estos aspectos, *vid.* Faioli, M.: "Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle PMI del Terziario: la disarmonica identità di R.E.T.E. Imprese Italia", *Dir. Lav. Merc.,* 2016, pp. 97 ss; Bellardi, L.: "L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?", cit., pp. 403 ss, spec. pp. 404-405; *Id*., "Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva", Carrieri M., Treu T. (coord. por): *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 241 ss.; Feltrin P., Zan S.: "Un viaggio nel sistema di rappresentanza degli interessi imprenditoriali", *Quad. Rass. Sind*., 2011, pp. 147 ss.

tendencia de la cual se hablaba anteriormente de crear nuevas organizaciones tras la separación de otras ya existente, con el objetivo de incidir directamente en el sistema de negociación colectiva[21].

Profunda fragmentación y extremo pluralismo de las formas representativas de las empresas italianas dan lugar a un sistema contractual hipertrófico, en el cual el número de los convenios colectivos aumentan en manera exponencial[22], de modo que a menudo se realiza la coexistencia de convenios distintos aun en el ámbito del mismo sector productivo.

Todo ello lleva a cabo la irracional aplicación de condiciones jurídicas y económicas injustificadamente diferentes a los trabajadores pertenecientes a la misma categoría, determinando un grave "vulnus" al principio general de certeza del derecho, cuya intangibilidad constituiría un beneficio tanto para los empresarios, con respecto a las obligaciones que tienen que cumplir, como para los trabajadores, con referencia al reconocimiento de sus propios derechos, "in primis", los derechos a una retribución "proporcionada y suficiente" y a un nivel de "cotización mínima", necesario para obtener tratamientos de seguridad social adecuados, de acuerdo con lo establecido por la Constitución italiana, respectivamente en los arts. 36 y 38.

Así bien, la falta de determinación de los convenios colectivos de referencia por cada una de las categorías productivas, además de producir una especial incertidumbre entre los profesionales del sector, constituye "terreno fértil" para la difusión de efectos distorsionadores como, por ejemplo, los producidos por los "convenios fotocopias" (estipulados por sindicatos poco o nada representativos), o por los "convenios pirata" (fruto de una intencionada selección fraudulenta de la contraparte sindical), que dan lugar a situaciones de verdadero dumping contractual. En efecto, la anómala proliferación de convenios colectivos nacionales - que se realiza justo en un momento histórico caracterizado por la máxima deslegitimación de dicho nivel de negociación colectiva [23] - esconde a

21 Lassandari, A.: *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, cit., 3.

22 Desde el "VI Report periodico dei contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti depositati nell'Archivio Cnel", settembre 2017 (*www.cnel.it*), resultan en vigor en Italia 868 convenios colectivos nacionales, con un incremento del 74% desde el 2010 hasta el 2017. Muchos de estos convenios persisten en la misma categoria productiva (213 en el sector del comercio, 68 en el sector de la edilicia, 34 entre los químicos y 31 en el sector del metal y del textil). Según el "VII Report periodico dei contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti depositati nell'Archivio Cnel", de marzo de 2018 (*www.cnel.it*) los convenios colectivos nacionales vigentes depositados en el Archivo del "Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro" (CNEL) divididos según el correspondiente sector productivo son 864, insistiendo muchos de ellos también en la misma categoria, de modo que lábiles son los perímetros no solo de los convenios colectivos, sino además de los mismos sectores productivos.

23 *Vid.* Lassandari, A.: *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, cit., p. 6, donde correctamente se observa que, no obstante, la multiplicación de los convenios colectivos nacionales no mantiene la importancia de sus función reguladora, sino que hoy en día pierde sus propias competencia, porque – pese a la entrada en vigor del art. 8, de la Ley n° 148 de 2011 – muchos empleadores parecen preferir la creación de nuevas reglas en ámbito nacional en lugar de hacerlo en ámbito local o empresarial, de modo

menudo especificas estrategias oportunistas, a veces realizadas por sujetos de dudosa representatividad con el "malo propósito" de actuar lo que en Italia se suele definir "shopping contrattuale al ribasso" (compra contractual a la baja), atribuible fundamentalmente a los llamados "free riders", es decir empleadores que no resultan afiliados a ninguna organización empresarial. Los efectos que derivan de todo ello son nefastos porque producen tanto un efecto de "dumping" normativo y salarial, como una competencia desleal entre empresas en el mercado laboral italiano. Así pues, la hiperbólica multiplicación de convenios colectivos nacionales corroe no solo la relevancia normativa de los mismos, sino además su propia «función genética de regulación de la competencia entre empresas y trabajadores»[24].

Frente a la generalizada fragmentariedad organizativa empresarial italiana, destaca la «fuerte capacidad de aglutinamiento organizativo y representativo»[25] del asociacionismo español que tiene su origen en la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), cuya implantación a finales de los años 70 desemboca hoy en día en un «sistema de práctica unidad asociativa». Así pues, la estructuración organizativa del asociacionismo empresarial español es más fácil respecto a la italiana, «al tratarse de entidades que agrupan un menor número de sujetos»[26]. Además, si en el caso italiano destaca una fuerte competitividad entre intereses representados que desde luego incide negativamente en el funcionamiento interno de las asociaciones empresariales[27]; en cambio, en España, la unidad organizativa interna, junto con la casi total ausencia de elementos ideológicos de contraste dentro las respetivas organizaciones empresariales, hacen mucho más simple transmitir sus intereses hacia el exterior. El principio general de unidad afiliativa – si bien con algunas diferencias - vale también en el ámbito del sector público español[28], donde - pese a existir un sistema dual de régimen jurídico profesional de los empleados a servicio de la Administración Pública (dividido entre "funcionarios públicos" y "personal laboral") - a diferencia de lo que sucede en otros países como Italia, casi todas las empresas públicas se someten a una negociación colectiva exclusivamente de ámbito empresarial.

que la actual situación de debilidad del nivel nacional de negociación colectiva determine, indirectamente, el reforzamiento del papel del contrato individual y, en consecuencia, del poder empresarial en el ámbito de la relación laboral.

24 Bellardi, L.: "L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?", cit., p. 406.

25 Cruz Villalón, J.: "La representatividad empresarial en España", cit., p. 582, que destaca también la difusión, en los últimos tiempos, de un movimiento asociativo bastante potente que pretende aglutinar incluso a los trabajadores "autónomos" (spec. p. 584).

26 *Ibidem.*

27 De modo que la idea de que las empresas italianas puedan llegar a hablar a través de «una única voz» parece un verdadero «reto *epocal*», v. Carrieri M. , Pirro F.: *Relazioni Industriali*, cit., p. 54.

28 Vid., *amplius*, Sala Franco, T.: "Acerca de la representatividad de las asociaciones empresariales respecto de las administraciones públicas y de la aplicabilidad de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos supraempresariales a las mismas," Sala Franco, T. y Lopez, E. yTodolí, A. (coord. por), *Jurisprudencia social a debate*, 2015, pp. 81-83.

Así bien, por lo menos a efectos de la negociación colectiva, no destacan las mismas perplejidades que suelen surgir en Italia en materia de acreditación de la representatividad empresarial.

No obstante, en el último periodo, también en España las asociaciones empresariales están experimentando una grave pérdida de protagonismo como actores del sistema negocial, actuando las entidades empresariales individualmente, más bien en clave de "lobbies". Todo ello conlleva una intensa debilidad en el ámbito tanto de la negociación colectiva, como de la concertación social. Así pues, como en el caso italiano, está llegando a ser igualmente difícil identificar a un interlocutor empresarial "auténtico", y hacer que la propia negociación colectiva mantenga la tradicional capacidad de gestión del desarrollo del sistema de relaciones laborales.

En conclusión, tanto en España como en Italia, para contener los fenómenos de *dumping* contractual y competencia desleal entre empresas en el mercado laboral, ya no se puede posponer la cuestión de la determinación de un mecanismo de acreditación de la representatividad empresarial, tal vez legislativo, siempre que sea respetuoso de los principios constitucionales establecidos en materia sindical.

2. Los principios constitucionales: ¿la libertad sindical cubre o no cubre el asociacionismo empresarial?

Aproximarse a la cuestión de la necesaria acreditación de la representatividad empresarial requiere previamente enmarcar dicha institución en el ámbito del régimen constitucional de ambos países. En especial, con vistas a la posible realización de una intervención legislativa *in subiecta materia*, cabe preguntarse si la libertad sindical –establecida por el art. 39, apartado primero, de la Constitución italiana (en adelante, Cost. It.) y por el art. 28 de la Constitución española (en adelante, CE)– cubre, además de las organizaciones sindicales, también el asociacionismo empresarial.

A este respecto, la labor interpretativa de la jurisprudencia ha llegado a conclusiones distintas en España respecto a Italia. En efecto, come es bien sabido, el Tribunal Constitucional español ha optado por la exclusión de la libertad sindical respecto de las organizaciones empresariales, refiriendo el citado art. 28 CE exclusivamente a las asociaciones sindicales de representación de los intereses de los trabajadores asalariados[29], y remitiendo el asociacionismo patronal al reconocimiento genérico del derecho de asociación previsto por el art. 22 CE. Con ello no se quiere decir que las asociaciones empresariales no gocen en el sistema constitucional español de un importante rol institucional[30], sino que al

29 STC 52/1992, de 8 de abril, BOE 13 de mayo; STC 75/1992, de 14 de mayo, BOE 16 de junio.

30 *Vid., funditus*, Palomeque López, M.C.: "El sindicato como sujeto político", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

revés les atribuye, *expressis verbis*, la tarea de contribuir «a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (art. 7 CE).

En una primera aproximación a dicha cuestión, ese dispar reconocimiento constitucional entre organizaciones sindicales y patronales también fue ideado por la doctrina italiana a través de la elaboración de la "tesis de la libertad sindical unilateral" ("unilateral" porque "unilateralmente" referida a las organizaciones sindicales, con exclusión de las asociaciones empresariales)[31]. Dicha tesis suponía que la acción sindical de las empresas se derivasen de los arts. 18 y 41 Cost. It. (que, respectivamente, establecen la libertad de asociación y la libertad de empresa), no incorporándose pues al art. 39.1 Cost. It., de exclusiva aplicación a los sindicatos. Dicha tesis ha sido casi totalmente superada por la afirmación del carácter bilateral de la libertad sindical[32], pese al reconocimiento de la ontológica diferencia entre las actividades representativas realizadas por las organizaciones sindicales y aquellas propias de las asociaciones empresariales, también en términos de "servicios" ofrecidos a los asociados que, con referencia a estas últimas, muchas veces resultan caracterizadas por finalidades más bien económicas que sindicales[33].

En definitiva, la superación de la originaria tesis de la libertad sindical unilateral es debida al notable paralelismo establecido por la normativa internacional en cuanto al reconocimiento de la libertad sindical y de la negociación colectiva con respecto tanto a las asociaciones sindicales como a las organizaciones patronales. En especial, reconocen la misma naturaleza sindical al asociacionismo de los trabajadores y de los empleadores:

a) el art. 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), según el cual: «los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas»;

b) el art. 28 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que establece que: «los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y

31 *Vid.,* por todos, Santoro Passerelli, G.: "Sulla libertà sindacale dell'imprenditore", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1976, p. 170.

32 En este sentido, *vid.* Pera G., "Sulla libertà sindacale unilaterale"*, Mass. Giur. Lav.,* 1976, pp. 507 ss.

33 En este sentido, hay también posturas intermedias que – pese al genérico reconocimiento del carácter bilateral de la libertad sindical – refieren al art. 39 Cost. It. las actividades empresariales que presentan una naturaleza eminentemente sindical, y al art. 41 Cost. It. aquellos servicios de tipo económico ofrecidos por las organizaciones patronales (*vid.* Bettini, M. N.: *Associazioni professionali dei datori di lavoro e sindacato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 20). No obstante, a este respecto ha sido correctamente observado la excesiva rigidez de una distinción dicotómica entre asociaciones representativas de los sindicatos y de las empresas basada exclusivamente en el tipo de actividad desarrollada por ellas (*vid.* Papa, V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, cit., p. 17).

prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga»;

c) el art. 5 de la Carta Social Europea, que afirma que «para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las Partes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla».

3. El (deficitario) régimen legal de la representatividad empresarial

Los principios constitucionales anteriormente recordados han encontrado un desarrollo por vía normativa, pero, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano, el problema que se plantea consiste básicamente en la dificultad que muestra el legislador a la hora de otorgar un encaje legal claro a las asociaciones empresariales, diferentemente de lo que ocurre con respecto a las organizaciones sindicales.

En efecto, por un lado, en España, la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985 (LOLS)[34] omite regular a las asociaciones empresariales, resultando, por ende, su alcance subjetivo limitado a los sindicatos[35].

Por otro lado, en Italia, por vía sindical fue elaborado por los interlocutores sociales un mecanismo "ad hoc" para medir la representatividad de las asociaciones representativo de los trabajadores, contenido en el "Texto Único de la representatividad" del 28 de junio de 2011.

Por su parte, tanto en España como en Italia, no figura una norma específica que atienda a la acreditación de la representatividad empresarial, sino que el único concepto al cual reenvía a menudo el legislador es aquel de "la mayor representatividad"[36] en el caso español, y de la "maggiore rappresentatività comparativa sul piano nazionale"[37], en el caso italiano, sin más especificaciones.

34 Ley 11/1985, de 2 de agosto (BOE 8 de agosto).

35 En este sentido, la doctrina considera «un craso error por parte de la Ley» aquella disposición contenida en la LOLS que, en el momento final, concede un genérico reconocimiento a la libertad sindical de las «asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de los dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Española y de los convenios internacionales suscritos por España», *vid.* Cruz Villalón, J.: *La representatividad empresarial en España*, cit., p. 589.

36 *Vid*, los arts. 6 y 7 que, no obstante, utilizan el concepto de "mayor representatividad" con referencia a las asociaciones sindicales.

37 El legislador italiano realiza muchos reenvíos (tanto explícitos como implícitos) al concepto de "maggiore rappresentatività comparativa", no solo sindical sino también empresarial. Algunos ejemplos concretos de expresa referencia de dicho concepto al asociacionismo empresarial, se encuentran en: a) el "Codice degli

Sin embargo, dicho concepto corre el riesgo de presentarse como un "contenedor vacío" si sigue sin atribuirse un significado específico al mismo.

Así bien, se puede afirmar que, hasta ahora, en ambos países ha existido una representatividad empresarial «por la vía de los hechos»[38], otorgándose - en la praxis laboral - la capacidad negocial solo a las organizaciones que tengan la «condición contrastada de organización fuertemente representativa»[39]. Con ello, basta que haya una simple presunción "iuris tantum" con que una asociación empresarial sea aceptada como interlocutor por la contraparte del convenio colectivo para que se considere efectivamente "representativa".

No obstante, la «vía de los hechos» -en el contexto general de "crisis de la representatividad empresarial"- ya puede revelarse insuficiente para identificar a un interlocutor auténtico. Ni siquiera el régimen legal vigente socorre en este sentido porque, en España, sí existen unas normas legales de regulación del asociacionismo empresarial, pero se trata de disposiciones escasas y dispersas que – en definitiva - no hacen otra cosa que confirmar o bien la legitimación de las organizaciones patronales para negociar convenios colectivos *ex* art. 87 ET (ya establecida a nivel internacional), o bien su participación institucional ante las Administraciones Públicas (DA 6º ET). Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores nos proporciona unos requisitos de representatividad empresarial (de "legitimación inicial", "legitimación plena" y "mayoría de votación") que básicamente se fundamentan sobre el grado de afiliación que ostentan las asociaciones patronales, tanto respecto al número de empresas inscritas a ellas como a la cantidad de trabajadores empleados en las mismas.

Por su parte, Italia adolece de falta de una regulación, tanto legal como negocial, que nos proporcione unos determinados criterios de representatividad empresarial. Así pues, cabe preguntarse: ¿hasta dónde llega la "mayor representatividad" en el ámbito empresarial? ¿qué es lo que abarca este concepto?

III. LAS PROPUESTAS DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN ITALIA

Tras una larga temporada de silencio en esta materia, los interlocutores sociales han intentado contestar a las preguntas anteriormente planteadas a través de unas propuestas de acreditación de la representatividad empresarial. En especial, la "Carta dei diritti universali del lavoro" de enero de 2016, redacta por la Cgil, elabora unas reglas para la verificación de la representatividad patronal

appalti" (d.lgs. núm. 50/2016); b) la "legge di stabilità per il 2015"; c) el d.lgs. 148/2015 en su art. 26, co. 1; d) el d.lgs. 98/2011, en su art. 26; e) el d.l. 248/2007.

38 Cruz Villalón, J.: *La representatividad empresarial en España*, cit., p. 604.

39 *Ibidem*.

que –preordenadas a la actuación del art. 39 Cost. It.- se basan sobre una mezcla de criterios democráticos-asociativos. Mas específicamente, el art. 35 de la Carta prevé un mecanismo de acreditación del "quantum" representativo de las asociaciones empresariales, articulado en una multiplicidad de fases: desde una primera fase de inscripción de las organizaciones sindicales (de los trabajadores y de los empresarios) a una Comisión, se transitaría a una segunda fase de depósito de los datos concernientes tanto el número de empresas inscritas a ellas como el número de trabajadores ocupados por las mismas. Por último, la Comisión se ocuparía de certificar el dato final ponderado resultante de este doble criterio afiliativo, con la finalidad de permitir solo a las organizaciones empresariales representativas de estipular los convenios colectivos con eficacia general. Dicho procedimiento pues recuerda, de alguna manera, lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores Español, pese a la ausencia de una Comisión *ad hoc* que se ocupe de observar cuidadosamente la correcta realización del mecanismo.

Otra propuesta de acreditación de la representatividad empresarial está recogida en el "Accordo interconfederale" entre Confindustria, Cgil, Cisl e Uil de 9 marzo de 2018, con el que los interlocutores sociales, aun no invocando una inmediata intervención legislativa, proponen un "camino compartido" también con otras asociaciones empresariales (no solo Confindustria, que hasta entonces ha sido la más representativa "por la vía de los hechos)[40]. En dicho "camino" un papel fundamental se atribuye al CNEL que tendría que identificar el interlocutor efectivamente representativo en el ámbito de la categoría, con la finalidad de estipular el convenio colectivo[41].

IV. LAS PROPUESTAS DE LA DOCTRINA ITALIANA

El grupo de iuslaboralistas "Freccia Rossa"[42], pese a considerar ya maduros los tiempos para superar la prolongada ausencia de regulación de la materia "de qua",[43] en lugar de auspiciar la introducción de reglas y mecanismos finalizados a la acreditación de la representatividad empresarial, proponen de remitir dicha cuestión a libre negociación. No obstante, para combatir los fenómenos de "dumping" contractual, se establece que, cuando la ley reenvía al convenio

40 *Vid.* Liso, F.: "Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018", *www.bollettinoadapt.it* del 23 aprile 2018, núm. 16, según el cual la inclusión de otras asociaciones empresariales se presenta como aspecto fundamental para modernizar el tradicional sistema representativo italiano basado sobre un "sindicalismo confederal" propio de Confindustria, cuya debilidad es hoy en día evidente.

41 Sobre las perplejidades que suscita la decisión de atribuir dicho papel al CNEL y, en general, para una análisis critica del Accordo Interconfederale de 9 de marzo de 2018, *vid*. Ichino, P.: "Quel patto poco utile per la fabbrica", *www.lavoce.info* del 31 ottobre 2018; *Id.,* "La crepa interna dell'art. 39 della Costituzione", *www.pietroichino.it,* 8 luglio 2018, núm. 26.

42 AA.VV.: "Proposta di intervento legislativo in materia sindacale", *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 4, 2015, pp. 205 ss.

43 Sobre la ausencia de regulación considerada como falta de delimitación de "perimetros circunscriptos", siempre actual el análisis de Durkeim, E.: *De la division du travail social*, Huitiéme Édition, Paris, 1960.

colectivo funciones integrativas, derogatorias o modificativas (piénsese a toda la legislación inspirada al concepto, de matriz anglosajón, de "flexicurity"), se debería establecer *ex ante* determinados porcentajes de representatividad.

Interesante es también la propuesta avanzada por los iuslaboralistas que componen el comité editorial de la Revista "Diritti Lavori Mercati", que elabora un mecanismo bifásico bastante ágil para medir la representatividad empresarial: en una primera fase, la representatividad se considera sustancialmente presunta frente a la efectiva representatividad de la contraparte sindical. Una segunda fase, eventual, solo surgiría tras una especifica solicitud de "acreditación en concreto" de la representatividad empresarial, presentada por parte de asociaciones patronales "suficientemente representativas". Tal vez dicha propuesta muestra cierta fragilidad a la hora de confiar demasiado en los comportamientos virtuosos de los interlocutores sociales[44].

V. CONCLUSIÓN

A la luz de todo lo expuesto, tanto para el sistema español como para el italiano, se considera imprescindible el establecimiento de un procedimiento de acreditación de la representatividad del asociacionismo empresarial.

En este sentido, tanto algunos paradigmas legislativos ya existentes en otros países europeos[45], como las mismas propuestas de los interlocutores sociales y de la doctrina italiana pueden presentar cierta validez heurística para orientar una posible intervención legislativa en el futuro, cuyo *prius* lógico-jurídico consistiría, en todo caso -por lo que concierne el ordenamiento italiano– en la previa identificación del ámbito dentro del cual medir la representatividad empresarial.

En efecto, la introducción de un mecanismo de control de la representatividad se propone finalmente alcanzar un modelo de acreditación de la misma capaz de garantizar una negociación colectiva con eficacia generalizada. Y a este respecto no hay que olvidar que la segunda parte del art. 39 Cost. It. que establece un mecanismo específico para que el convenio colectivo produzca efectos *erga omnes* nunca ha sido aplicada, pues en Italia los convenios colectivos producen eficacia

44 Lo que ha sido además expresamente admitido por los redactores de dicha propuesta, *vid.* AA.VV.: "Guida alla lettura della proposta di legge", *Dir. Lav. Merc.,* núm. 1, 2014.

45 Es, por ejemplo, el caso de Francia donde la reforma de la "*représentativité patronale*" fue introducida por vía legislativa (*vid.* Las leyes núms. 2014-288 de 5 de marzo de 2014 y 2015-944 de 17 de agosto de 2015, que ha aportado unas importantes modificaciones a la disciplina contenida en los arts. 2151-1, 2151-4 del *Code du Travail*). En especial, el legislador francés ha regulado la representatividad empresarial superando los principios previgentes de "representatividad presunta", *vid.* Le Friant, M.: "La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 153, 1, 2017, pp. 67 ss; Guarriello, F.: "Suggestioni per la riforma della contrattazione collettiva: dalla Francia all'Italia", en *Quaderni Rass. Sind.,* núm. 1, 2016, p. 187; Nadal, S.: "La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel (Cons. const., 3 février 2016)", *Revue de droit du travail,* núm. 5, 2016.

inter partes, como cualquier otro contrato de derecho civil. Lo que implica, desde el punto de vista que se está analizando, que los convenios resultan de aplicación solo a los empresarios dentro del ámbito del convenio correspondiente. En cambio, en España, lo que se acaba de exponer solo pasa con respecto a los convenios colectivos sectoriales, puesto que, en general, a los convenios negociados conforme a las exigencias del Estatuto de los Trabajadores se le atribuye eficacia general.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea M.: "Aspectos problemáticos de la representatividad de las asociaciones empresariales", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 44, 1990.

Bavaro V.: "Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia"*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2, 2011.

Behrens M.: "New Forms of Employers' Collective Interest Representation?", *Industrielle Beziehungen*, 2004.

Bellardi L.: "L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*", Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 151, 3, 2016.

Berta G.: "La Confindustria", en A.A.V.V.: *L'annuario del lavoro*, *Il Diario del lavoro*, Roma, 2011.

Bettini M. N.: *Associazioni professionali dei datori di lavoro* e *sindacato*, Giuffrè, Milano, 1991.

Cairós Barreto D.: "La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 118, 2003.

Carrieri M., Treu T. (coord.): *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

Cella G.: "La rappresentanza attraverso soggetti collettivi: rispecchiare o interpretare", *Stato* e *mercato*, núm. 2, 2003.

Ciucciovino S.: "Come orientarsi nella giungla dei contratti", *www.lavoce.info* del 20.04.18.

Corazza L.: "Percorso di lettura sul caso Fiat", *Dir. Lav. Rel. Ind.,* 3, 2016.

Cruz Villalón J.: "La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma*", Derecho de las relaciones laborale*s, núm. 2, 2019.

Cruz Villalón J.: "La representatividad empresarial en España", *Nueva revista* española *de derecho del trabajo*, núm. 215, 2018.

Durkeim E.: *De la division du travail social*, Huitiéme Édition, Paris, 1960.

Esteve Segarra A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003.

Faioli M.: "Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle PMI del Terziario: la disarmonica identità di R.E.T.E. Imprese Italia", *Dir. Lav. Merc.,* 2016.

Feltrin P., Zan, S.: "Un viaggio nel sistema di rappresentanza degli interessi imprenditoriali", *Quad. Rass. Sind*., 2011.

Feltrin P., Zan S.: *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali,* Carocci, Roma, 2014.

García Murcia J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987.

Giugni G.: "Commento art. 39", G. Branca (coord.): *Commentario alla Costituzione (Rapporti economici)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979.

Guarriello F.: "Suggestioni per la riforma della contrattazione collettiva: dalla Francia all'Italia", *Quaderni Rass. Sind.,* núm. 1, 2016.

Ichino P.: "Quel patto poco utile per la fabbrica", *www.lavoce.info,* 10.04.18.

Lanzalaco L.: "Le associazioni imprenditoriali", G.P. Cella, T. Treu (coord.): *Le nuove relazioni industriali,* Il Mulino, Bologna, 1998.

Lassandari A.: "Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 153, 2017.

Le Friant M., "La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* núm. 153, 1, 2017.

Liso F.: "Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018", *www.bollettinoADAPT,* de 23 de abril de 2018, núm. 16.

Miñarro Yanini M.: "Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresolutos", en A.A.VV.: *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016.

Nadal S.: "La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel (Cons. const., 3 février 2016)", *Revue de droit du travail,* núm. 5, 2016.

Pacchiana Parravicini G.: *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2010.

Palomeque López M.C.: "El sindicato como sujeto político", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

Papa V.: *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

Papa V.: "Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresenttività datoriale", *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*., núm. 153, 2017.

Pera G.: "Sulla libertà sindacale unilaterale", *Mass. Giur. Lav.,* 1976.

Prados De Reyes F. J.: "Representación y representatividad en las relaciones laborales", Cruz Villalón J., Menéndez Calvo R., Nogueira Guastavino M (coord. Por): *Libro homenaje a Ricardo escudero Rodríguez*, Bomarzo, Albacete, 2017.

Santoro Passerelli G.: "Sulla libertà sindacale dell'imprenditore"*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1976.

Sala Franco T.: "Acerca de la representatividad de las asociaciones empresariales respecto de las administraciones públicas y de la aplicabilidad de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos supraempresariales a las mismas", Franco, T. S. y Lopez, E. y Todolí, A. (coord.): *Jurisprudencia social a debate*, 2015.

Scognamiglio R.: "Il lavoro nella Costituzione italiana", en AA.VV.: *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale,* Franco Angeli, Milano, 1978.

Torollo González; J.: "Aspectos problemáticos de la representatividad de las asociaciones empresariales", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 44, 1990.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

LÍNEAS GENERALES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR

GENERAL APPROACHES OF THE CIVIL LIABILITY OF THE REFEREE ANDOF THE REFEREE´S INSTITUTIONS. THE CIVIL LIABILITY OF THE MEDIATOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 656-673

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

María Luisa
ATIENZA
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente estudio aborda, en su primera parte, el tema de la responsabilidad civil del árbitro, con un análisis de los presupuestos que han de concurrir para que se origine. De igual modo, se abordan los casos en que la indemnización debe pagarla la institución arbitral que responde por los hechos dañosos de sus árbitros (responsabilidad civil por hecho ajeno), así como también por su propia negligencia en la administración y dirección del arbitraje (responsabilidad por hecho propio). En la segunda parte, se plantean las mismas cuestiones respecto de la responsabilidad civil de los mediadores y de las instituciones de mediación.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; árbitros; instituciones arbitrales; mediadores; instituciones de mediación; dolo; mala fe; temeridad; responsabilidad por hecho propio; responsabilidad por hecho ajeno.

ABSTRACT: *The study analyses, in its first part, the subject of the civil liability of referees, with an analysis of the requirements that must be met so that it be originated. Also, it studies the cases in wich the damages have to be paid by the referee's institution that has civil liability by the harm facts of the referees (vicarious liability), and also by its own negligence in the administration and direction of the arbitration (personal liability). In the second part, the study analyses the same questions but concerning the civil liability of mediators and of mediator´s institutions.*

KEY WORDS: *Civil liability; referees; referee's institutions; mediators; mediator's institutions; malice; bad faith; temerity; personal liability; vicarious liability.*

SUMARIO.- I. PARTE PRIMERA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES.- 1. Consideraciones generales.- 2. La responsabilidad civil del árbitro.- A) La naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro: ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?- B) Presupuestos de la responsabilidad civil del árbitro. Especial referencia a la conducta y al criterio de imputación de la responsabilidad.- a) Consideraciones generales.- b) La conducta del árbitro fuente de su responsabilidad civil.- c) El criterio de imputación de la responsabilidad.- 3. La responsabilidad civil de las instituciones arbitrales.- 4. Algunas especialidades en las reclamaciones de daños y perjuicios contra los árbitros y las instituciones arbitrales.- II. PARTE SEGUNDA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR.- 1. Consideraciones generales.- 2. La responsabilidad civil del mediador.- 3. La responsabilidad civil de la institución de mediación y de las instituciones de mediación.

I. PARTE PRIMERA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

1. Consideraciones generales

La responsabilidad civil del árbitro se regula en el art. 21 Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante, LA), que en su apartado 1, señala: "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros".

La lectura del apartado 1 del art. 21 LA permite concluir que el perjudicado que ha sufrido un daño a consecuencia de una actuación arbitral –después veremos en qué supuestos- puede exigir su resarcimiento al propio árbitro y también, en el caso de los arbitrajes institucionales, a la institución arbitral (sin perjuicio de que ésta pueda repetir por vía de regreso contra el árbitro cuya actuación haya sido la causa del daño).

Esa responsabilidad, además, debe estar asegurada o al menos garantizada. Así lo estableció la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA, que introdujo un segundo párrafo a ese apartado 1 del art. 21, en el que se impone a los árbitros o, en su nombre, a las instituciones arbitrales, la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en la cuantía que reglamentariamente se establezca. No obstante, se exceptúa de esa obligación de concertar el seguro

• María Luisa Atienza Navarro
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Maria.L.Atienza@uv.es

a las Entidades Públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Esta obligación de concertar el seguro resulta problemática dado que los criterios para imputar la responsabilidad civil al árbitro están basados muchas veces en actuaciones intencionales o dolosas. Ese tipo de conductas, como es sabido, no serían asegurables conforme al art. 19 LCS, que, con carácter general, excluye la asegurabilidad de los daños causados dolosamente, aunque, en sede del seguro de responsabilidad civil, el art. 76 LCS permite al asegurador repetir frente al asegurado en el caso de que los daños hayan sido causados con dolo (con lo que el precepto parte de la base de que, en esos supuestos, el asegurador ha indemnizado a la víctima). El art. 76 LCS ha suscitado una viva polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial. En ese sentido, se discute si la compañía aseguradora, en los supuestos de dolo, siempre queda obligada a indemnizar a la víctima, sin perjuicio de que después, por vía de regreso, pueda accionar contra el asegurado que actuó dolosamente, o si, por el contrario, el precepto sólo está previsto para los casos en que no haya habido una sentencia penal que haya declarado la existencia del dolo del asegurado, porque en los casos en que así fuera, la compañía no debería indemnizar a la víctima.

Como quiera que la LA distingue entre dos posibles centros de imputación de la responsabilidad (esto es, árbitros e instituciones arbitrales), para una mayor claridad expositiva se estudiarán por separado. Téngase en cuenta, además, que la responsabilidad civil personal del árbitro es la misma con independencia de que se trate de un arbitraje *ad hoc* o de un arbitraje institucional.

La responsabilidad penal y la disciplinaria de los árbitros escapan al objeto de este estudio. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, respecto a la primera, será posible entablar una acción civil para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el delito llevado a cabo por los árbitros en el ejercicio de sus funciones. En particular, los irrogados por el delito de cohecho (art. 422 CP) y por el delito de las llamadas negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos cometidos en ejercicio de su función (art. 440 CP que, en relación con el art. 439 CP, tiene en cuenta, a los efectos del tipo penal, la condición de árbitro).

2. La responsabilidad civil del árbitro

A) La naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro: ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

La naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro es una cuestión controvertida en la doctrina: Una posición defiende que es extracontractual, mientras que

otra, dados los términos del art. 21.1 LA, que hace referencia a la obligación de cumplir el encargo y a la responsabilidad derivada de su incumplimiento, la acuñan de contractual. Incluso otra línea de opinión considera que se trata de una responsabilidad legal –como sucedió, en su día, con la calificación de la responsabilidad civil personal del juez-; esto es, que, iniciada por un contrato, luego depende de la ley en la que tiene su fuente. Tampoco la jurisprudencia es unánime en este punto. Así, de las pocas sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión, alguna, como la STS (Civil) 23 abril 2001 (RAJ 2001, 5288) la catalogan de responsabilidad contractual, mientras que otras, como la SAP (Civil) León 15 noviembre 2002 (AC 2003, 290) entienden que es un caso de responsabilidad extracontractual.

En mi opinión, se trata de un caso de responsabilidad contractual habida cuenta de que entre las partes (árbitros y partes del arbitraje) existe un contrato en virtud del cual los primeros se comprometen a decidir determinadas cuestiones litigiosas ya existentes o que puedan originarse en un futuro entre las partes, a cambio –salvo pacto en contrario- de un precio (honorarios), y a hacerlo a través de un procedimiento (el arbitral) que debe finalizar con la emisión, en un determinado plazo, de un laudo. Y este contrato existirá tanto en los casos de arbitraje *ad hoc* (con independencia de quién designe al árbitro, esto es, ya lo hagan las partes, un tercero, o el juez), como en los de arbitraje institucional. En este último supuesto cabe entender que la puesta en escena de una institución arbitral origina una relación contractual directa entre los árbitros designados por aquélla y las partes.

Así las cosas, a lo que entiendo, cabe afirmar que la responsabilidad contemplada en el art. 21.1 LA tiene su origen en los arts. 1101 y ss. del CC con las importantes consecuencias que de ello se derivan (la principal, a efectos prácticos, la del plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización, que es de 5 años por aplicación del art. 1964 CC, y no de un año, como resultaría de aplicarse el art. 1968.2º CC).

B) Presupuestos de la responsabilidad civil del árbitro. Especial referencia a la conducta y al criterio de imputación de la responsabilidad

a) Consideraciones generales

Para que el árbitro, al igual que cualquier otra persona, quede obligado a la indemnización de los daños que causa es necesario que concurran unos presupuestos básicos, a saber: una conducta activa u omisiva que, a su vez, sea la causa de un daño (y que, desde el punto de vista de la causalidad jurídica, el daño pueda imputarse objetivamente a esa acción u omisión)y un criterio de imputación que justifique que el sujeto deba indemnizarlo (esto es, un fundamento de esa

responsabilidad, que será como regla general la culpa, a no ser que el legislador establezca -que no es el caso- una responsabilidad objetiva).

En la responsabilidad civil del árbitro, merecen mención especial, por las peculiaridades que presentan, la conducta y el criterio de imputación.

b) La conducta del árbitro fuente de su responsabilidad civil

Para que se origine la responsabilidad civil en general, el daño ha de ser causado por un comportamiento humano, que puede consistir en un hacer (acción) o en un no hacer (omisión).

En el caso de los árbitros, el art. 21.1 LA especifica que esa actuación consiste en un incumplimiento del encargo al que resultan obligados una vez aceptado ("la aceptación obliga a los árbitros (…) a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad").

Por tanto, sólo a partir del momento de la aceptación cabrá exigir responsabilidad civil al árbitro (puesto que, como con acierto se ha señalado, sin aceptación no hay propiamente árbitros). De ese modo, con independencia de que se trate de un arbitraje *ad hoc* o institucional, no se podrá fundamentar la responsabilidad, con base en el art. 21.1 LA, por el posible incumplimiento de la obligación de aceptar el arbitraje –en caso de que se admitiese que existe dicha obligación-, porque, a los efectos del resarcimiento del daño, el árbitro sólo responderá cuando haya aceptado el encargo.

En lo que respecta a las actuaciones de los árbitros que pueden originar su responsabilidad civil, cabría distinguir las conductas "in procedendo" de las "in iudicando":

1) Entre las conductas "in procedendo" cabe incluir(siempre que en su causación haya intervenido, claro está, dolo, mala fe o temeridad) las siguientes: a) dejar de dictar el laudo; b) dictarlo fuera de plazo (lo califica, *obiter dictum*, de posible motivo de responsabilidad civil de los árbitros la STSJ de Cataluña (Civil y Penal) 20 noviembre 2017 (AJ 2017, 6079); c) defectos en el "iter" del procedimiento arbitral, como lo son, la infracción de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; d) infracción de la congruencia del laudo porque se dicte fuera de los términos establecidos en la controversia; e) laudo dictado con infracción del principio de colegialidad (esto es, sin la concurrencia de todos los árbitros en su deliberación y adopción); f)laudo contrario al orden público.

2) En cambio, las acciones u omisiones dolosas o temerarias "in iudicando" son aquéllas en que el laudo tiene un defecto de fondo (como sucede cuando el laudo

arbitral es contrario a una norma imperativa, o cuando aplica una norma derogada), o también cuando hay un incumplimiento de los deberes de confidencialidad o de conservación de la documentación. Como después veremos, esta distinción es especialmente relevante porque no todas estas conductas pueden ser motivo de la interposición de una acción de anulación.

Es más: la posibilidad de que el árbitro responda de sus conductas "in iudicando" puede resultar una cuestión controvertida no sólo por la imposibilidad de que ese proceder pueda motivar una acción de anulación, sino sobre todo porque en determinados arbitrajes, como son los de equidad, el árbitro no se dedica a aplicar el Derecho para resolver el caso (me remito al análisis que de esta cuestión se realiza en el epígrafe C) b).

c) El criterio de imputación de la responsabilidad

El legislador se ha alejado llamativamente del criterio de imputación basado en cualquier grado de culpa que, como regla general, rige en materia de responsabilidad civil y se ha decantado por su limitación. Así, la LA de 2003 introduce una significativa novedad respecto de la LA de 1988: los árbitros ya no van a responder de los daños causados por "dolo o culpa", como establecía esta última, sino sólo de los que sean irrogados por "mala fe, temeridad o dolo".

Cuando el legislador limita el criterio de imputación de la responsabilidad, debe cuestionarse si efectivamente hay –y cuáles son, en su caso- razones para que el sujeto no responda como el resto de los ciudadanos, conforme al art. 1902 CC, máxime en un momento en que los tribunales, en muchas ocasiones, se decantan por una aplicación –incluso a veces exagerada- del principio de protección de la víctima.

La justificación, en este supuesto, según se deduce de la tramitación parlamentaria de la LA 2003, reside en la idea de favorecer e incentivar el desarrollo de los procesos arbitrales en España (esto es, de no disuadir a los árbitros con el temor de ser sujetos de posibles demandas de responsabilidad civil).

Además, al igual que ocurrió con la controvertida limitación de la responsabilidad de los jueces y magistrados (desde el 2015, ya no limitación sino derogación), parece que el legislador ha intentado preservar la imparcialidad e independencia de los árbitros, como si un sistema basado en la culpa como criterio de imputación supusiera un atentado contra esas instituciones. En esa línea, se entiende que exigir a los árbitros que rindan cuentas de todos sus actos, incluso los meramente culposos, les impediría examinar los presupuestos del caso con objetividad y tranquilidad, con lo que estarían sometidos a una presión difícilmente conciliable con la autonomía y con la independencia que han de regir en el ejercicio de

sus funciones. Sin embargo, con otra perspectiva bien distinta se ha puesto de manifiesto que la responsabilidad arbitral es precisamente una garantía de su independencia, con lo que no es posible ampararse en esta última para negar la primera, sino más bien al contrario: a mayor independencia cabría entender que debería articularse una mayor responsabilidad. El debate, como decía, es el mismo que en su día se originó con la responsabilidad civil personal de los jueces, aunque, en este caso, la cuestión quedó zanjada y superada con la Ley Orgánica de 21 de julio de 2015, de reforma de la LOPJ, que ha eliminado la responsabilidad civil de los jueces frente a los ciudadanos (derogando los arts. 411 a 413 LOPJ); así cuando aquellos sufren un daño a consecuencia de la actuación de un juez deben dirigir su demanda resarcitoria contra el Poder Judicial.

Como ya se ha señalado, los términos empleados en el art. 21 LA para introducir el criterio de imputación de la responsabilidad civil del árbitro son indicativos de que no servirá cualquier grado de culpa para originarla.

Por lo demás, en cuanto concierne al significado concreto de esos términos hay que señalar que:

1) *La mala fe y el dolo*, a los efectos de la responsabilidad civil, podrían considerarse sinónimos. Así las cosas, cabría incluir cualesquiera conductas que por acción u omisión del árbitro supongan un incumplimiento consciente y voluntario del encargo recibido. Esto es, no se requiere que exista una intención de causar el daño, sino que basta con que el árbitro asuma conscientemente que su comportamiento pueda ser lesivo y no adopte las medidas pertinentes para evitarlo. Además, hay que recordar que es nula la renuncia de la acción encaminada a exigir la responsabilidad derivada del dolo. De ese modo, serán nulos los Reglamentos arbitrales que, con cierta frecuencia, introducen cláusulas de exoneración de responsabilidad basadas en el dolo o en la mala fe (siendo, por el contrario, perfectamente posible que se pactara una ampliación del criterio de imputación, esto es una extensión de la responsabilidad del árbitro a cualquier grado de culpa). Por otro lado, como ya señalé al principio, las conductas dolosas están penalmente tipificadas como delito, con lo que originarán la consiguiente responsabilidad civil, mal llamada, "derivada" de la penal.

2) En cuanto a *la temeridad*, se trata de un concepto propio del Derecho penal, que en el civil tendría su equivalente en la culpa grave o la llamada ignorancia o negligencia inexcusable. La doctrina entiende que serían reveladoras de actuaciones gravemente negligentes de los árbitros aquéllas en que hay contradicción del laudo arbitral con una norma imperativa, o en que se ha aplicado una norma derogada, o se ha infringido palmariamente el principio de igualdad de trato, de audiencia o contradicción en el procedimiento arbitral. En este último sentido, la STS (Civil) 15 febrero 2017 (RAJ 2017, 400) entendió que podía calificarse de temeraria la

conducta de dos árbitros que aprovecharon que el tercer árbitro se encontraba de viaje para dictar el laudo, sin haberle siquiera convocado para que pudiera participar en su deliberación y adopción.

El Tribunal Supremo en esta sentencia, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia y la de la Audiencia Provincial, condenó a cada uno de los dos árbitros a pagar la cantidad de 750.000 € a una de las partes del procedimiento arbitral (la entidad Puma), que entabló contra ellos una demanda de responsabilidad civil. En el caso resuelto por la decisión quedó demostrado que los dos árbitros condenados excluyeron al tercer árbitro el día que adoptaron el laudo arbitral, sin que en ningún momento aquél hubiera mostrado una conducta obstruccionista o dilatoria en la tramitación del procedimiento (únicamente había disparidad de criterios en cuanto a la cantidad que en concepto de indemnización debía pagar Puma).

Pues bien, según el Tribunal Supremo, los árbitros actuaron con temeridad al excluir al tercer árbitro porque, a lo que con acierto entiende, hay que distinguirla del dolo o de la intención de dañar: "la temeridad no se identifica con la intención de perjudicar (…); se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje". Y ello porque el laudo, al ser después anulado por no haber respetado en su adopción los principios de colegialidad y deliberación, originó el consiguiente daño a la parte.

En muchas ocasiones, las actuaciones consideradas "temerarias" son constitutivas de *error arbitral*. Sin embargo, la responsabilidad civil derivada de dichos errores, en particular, y en general de cualquier actuación del árbitro que recaiga sobre el fondo del asunto, y no sobre la forma, suscita la duda de si efectivamente puede originar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. La jurisprudencia parece distinguir, desde luego, según el arbitraje sea de equidad o de Derecho.

a) En el arbitraje de equidad parece que no cabe exigir del fallo arbitral una adecuada aplicación de la norma jurídica, ni una conclusión fundada en Derecho. Así, como señala la SAP Alicante (Civil) 21 mayo 2002 (JUR 2002, 190001), en los arbitrajes de equidad "los jueces han de resolver sólo según su leal "saber y entender" (…) y no es precisa una argumentación jurídica"; de ese modo, el laudo ni siquiera ha de estar motivado, sino únicamente no ser contrario al orden público [SAP (Civil) Toledo 25 abril 2002 (JUR 2002, 177203]. Por ello, en este tipo de arbitrajes el TS ha señalado que "cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y

su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone prescindir de los principios generales el Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo, sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación. (…) por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional" [STS (Civil) 22 junio 2009 (RAJ 2009, 4703)]. En cambio, como señala esta STS, sí sería posible, en los arbitrajes en equidad, que se originara la responsabilidad del árbitro por casos como los que ya hemos señalado: no haber dictado el laudo en tiempo o que el laudo haya sido declarado nulo por alguna causa imputable al árbitro, etc.

b) Por el contrario, cuando el arbitraje es de Derecho, parece que los Tribunales sí son proclives a admitir la posibilidad de que se origine la responsabilidad civil del árbitro por error, si bien sólo en los casos en que dicho error sea palmario, craso, manifiesto, y de una evidencia tal que denote siempre una negligencia grave del árbitro. Como puede verse se aplica, en parte, la copiosa doctrina jurisprudencial elaborada en torno al error judicial: "La necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye prácticamente una constante en Derecho comparado (…). No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (…), la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución judicial" (STS (Civil) 22 junio 2009 (RAJ 2009, 4703).

3. La responsabilidad civil de las instituciones arbitrales

El art. 21.1 LA contempla dos supuestos de responsabilidad civil de las instituciones arbitrales: Uno por hecho propio, y otro por hecho ajeno.

1) En el primer caso, la institución arbitral responde, conforme al art. 21.1 LA, de los daños derivados del incumplimiento del encargo, siempre que hayan sido debidos a su mala fe, temeridad o dolo.

En cuanto a su actuación, ligada al encargo, ha de observarse que la institución asume la obligación de administrar el arbitraje y, en su caso, de designar a los árbitros y que cualesquiera daños derivados del incumplimiento de la misma, siempre que sean imputables a dolo, mala fe o temeridad, originarán su responsabilidad. Así, por ejemplo, los debidos a fallos del proceso –tales como incumplimiento de

notificaciones o de los plazos legales acordados para el procedimiento de que se trate-.

Además, cuando la actuación de la institución haya consistido en una incorrecta elección del árbitro o en un control defectuoso de la actividad arbitral, su negligencia será "in eligendo o in vigilando" y su responsabilidad será igualmente por hecho propio, puesto que ella también habrá contribuido con esa negligencia a la producción del daño. En este sentido, se considera que la institución arbitral tiene la obligación de velar por la imparcialidad y por la independencia de los árbitros, así como de asegurarse su capacidad en relación con el asunto sobre el que verse el litigio (y ello, aunque la institución no hubiera realizado una designación en sentido estricto, sino meramente una propuesta de los árbitros posibles a las partes).

Dados los términos en que se pronuncia el art. 21.1 LA, la doctrina se ha cuestionado si se originaría también la responsabilidad de la institución arbitral por la no aceptación del encargo del arbitraje. Cuando la negativa se debe a que no se cumplen los criterios a los que el Reglamento de la institución condicione la aceptación de los arbitrajes o a que se trata de supuestos de nulidad, inexistencia o caducidad del convenio, o de materias que no son susceptibles de arbitraje, parece que no hay duda acerca de la no exigencia de responsabilidad, ya que la no aceptación está justificada. Distintas son las cosas cuando la institución arbitral rechaza discrecionalmente el arbitraje, ya sea porque no hay causas en dicho Reglamento para hacerlo o las hay, pero diferentes. La doctrina mayoritaria entiende que, en estos casos, sí cabe exigir responsabilidad civil a la institución por la no aceptación. La razón es que deben asumirse las consecuencias negativas que lleva consigo el hecho de hacer a la sociedad una oferta pública como institución arbitral que luego al ser incumplida puede originar daños.

Por lo demás cabe trasladar "mutatis mutandi" las consideraciones realizadas al analizar la responsabilidad civil del árbitro acerca del criterio de imputación, y de la controvertida naturaleza contractual de la responsabilidad.

2) La institución arbitral también puede responder en los casos en que, en el arbitraje institucional, un árbitro, al no cumplir fielmente su encargo, haya causado un daño por mala fe, dolo o temeridad. Así lo entiende el art. 21.1 LA cuando afirma que "(e)n los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma".

Así las cosas, en los arbitrajes institucionales, cuando el daño sea atribuible a la conducta dolosa o gravemente negligente de un árbitro en el cumplimiento de su encargo, el perjudicado puede optar por solicitar directamente el resarcimiento a la institución arbitral, por dirigirse contra el árbitro (cuya responsabilidad ya se ha analizado) o por reclamar a ambos (que responderían solidariamente frente a

la víctima). En los supuestos en que el ciudadano sólo se dirija contra la institución arbitral y ésta resulte condenada al pago de la indemnización, después tiene derecho a una acción de regreso –por la totalidad de lo satisfecho a la víctima- contra el árbitro que haya actuado con dolo, mala fe o temeridad (así lo entiende el art. 21.1 LA al señalar "con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla (la institución) contra los árbitros").

Se trata, a mi juicio, de una responsabilidad por hecho ajeno, directa y objetiva. Directa, porque no hace falta que el árbitro sea insolvente para reclamar a la institución; objetiva, porque el legislador no contempla la posibilidad de que la institución se libere de la responsabilidad por medio de la prueba de haber actuado con toda la diligencia para prevenir o evitar el daño. Y, como es sabido, en sede de responsabilidad por el hecho de otro se entiende que nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa propia cuando el legislador, como sucede en el art. 1903 CC, permite la exoneración del sujeto llamado a responder mediante la prueba de que se ha empleado toda la diligencia para prevenir o evitar el hecho; mientras que cuando dicha prueba no se contempla, la responsabilidad se califica de objetiva (o por hecho ajeno en sentido estricto) pues es irrelevante la culpa de quien ha de indemnizar (como ocurre, por ejemplo, en el art. 61.3 Ley Orgánica Responsabilidad Penal del Menor). Así las cosas, en este supuesto, la institución arbitral respondería de un hecho en cuya causación no ha intervenido siquiera indirectamente (como sucede en casos en que responde del daño causado directamente por el árbitro, pero imputable a una "culpa in vigilando o in eligendo" propias, que, como dije antes, originarían su responsabilidad por hecho propio).

Sin embargo, como se trata en este caso de una responsabilidad "por hecho ajeno", es necesario que se cumplan todos los requisitos, analizados en los epígrafes anteriores, para originar la responsabilidad civil del árbitro. Dicho en otras palabras: como en todo supuesto en que la responsabilidad civil funciona, según otra terminología, como "vicaria", es necesario que se origine la responsabilidad en el sujeto que causa el daño para que ésta se propague objetivamente a quien debe responder por él (en el supuesto que nos ocupa, la institución). Por ese motivo, precisamente, el Tribunal Supremo, en la STS (Civil) 14 septiembre 2018 (RJA 2018, 4001) entendió que no resultaba procedente apreciar la responsabilidad civil de una institución arbitral, dado que, en casación, fallecido el árbitro, se desistió de la demanda frente a éste y su sociedad, y únicamente se mantuvo frente al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (hoy, Cámara Oficial de Comercio, industria, Servicios y Navegación de España). Según el Tribunal Supremo, comoquiera que la demanda se sustentaba sobre la base de que la entidad debía responder por el hecho del árbitro, no cabía afirmar su responsabilidad, una vez se había negado la de este último: " (…)

desaparecida la responsabilidad del árbitro no es posible identificar cuáles son los actos propios realizados en el seno del arbitraje de los que supuestamente se desprendería la responsabilidad de la Corte para fundamentar la infracción del ordenamiento jurídico, en relación con la normativa citada en el motivo, ya que todo él gira alrededor de la declarada inexistencia de responsabilidad del árbitro codemandado". Cosa distinta habría sido que la demanda se hubiera justificado con base en una posible responsabilidad por hecho propio de la institución arbitral (tal como una incorrecta administración o dirección del arbitraje, en particular, una designación parcial o no neutral de los árbitros, lo cual sería subsumible en el subapartado 1), que se ha analizado más arriba en este epígrafe). Pero, insisto, éste no fue extremo que se debatiera en este procedimiento judicial.

4. Algunas especialidades en las reclamaciones de daños y perjuicios contra los árbitros y las instituciones arbitrales

A) En cuanto al proceso, hay que señalar que la LA no establece ninguna norma referente al procedimiento para exigir responsabilidad civil al árbitro y/o institución arbitral. Por tanto, habrá que estar a lo establecido en la LEC; esto es, a la determinación del procedimiento, ordinario o verbal, dependiendo de la cuantía (arts. 249 y 250 LEC). Y en lo concerniente a la competencia, habrá de conocer del asunto el juez del domicilio del árbitro y/o institución arbitral, si bien en el caso de que los árbitros sean profesionales podrán ser demandados en el lugar donde desarrollen dicha actividad, sin perjuicio de una posible sumisión tácita.

B) En lo referente a la legitimación pasiva, cuando se trate de un arbitraje con varios árbitros (art. 15 LA) parece que la obligación de cumplir el encargo es indivisible y mancomunada, ya que los árbitros sólo pueden liberarse si llevan a cabo la prestación conjuntamente (de hecho, cuando no lo hacen así, se entiende que se viola el principio de colegialidad, y que se les puede exigir responsabilidad civil, como vimos ocurrió en la ya citada STS (Civil) 15 febrero 2017 (RAJ 2017/400).

El hecho de que todos los árbitros deban participar en el procedimiento arbitral y en la elaboración del laudo, provoca que, en el ámbito de la legitimación pasiva, se entienda que su responsabilidad no es solidaria frente al perjudicado (porque la solidaridad nunca se presume *ex* art. 1137 CC), sino mancomunada, con lo que todos ellos habrán de ser demandados. Sin embargo, hay que tener en cuenta que debe quedar exento de responsabilidad civil el árbitro que haya hecho constar expresamente su disconformidad con el laudo por la causa que, en último extremo, haya generado el perjuicio reclamado y declarado resarcible.

C) En lo concerniente al plazo, como ya expliqué *supra,* al acuñarla de responsabilidad civil contractual, hay que aplicar el de 5 años del art. 1964 CC;

plazo que empezará a contarse desde el día en que pudo ejercitarse la acción (art. 1969 CC).

D) Especial referencia merece el hecho de que se exija el agotamiento de todos los "recursos" frente al laudo arbitral: Conforme a la LA de 1988, la doctrina mayoritaria exigía que, antes de iniciar una demanda de responsabilidad civil contra un árbitro y/o institución arbitral se hubiera interpuesto el único recurso admisible contra el arbitraje: la anulación del laudo, que, como es sabido, hoy ya no es un recurso sino una acción. La razón que se alegaba es que al anular el laudo podrían llegar a evitarse los daños que se reclamaban.

Se hace así una traslación del algún presupuesto procesal exigido en el régimen jurídico –ahora ya derogado- de la responsabilidad civil judicial. Me refiero a la interposición de todos los recursos y a la firmeza de la resolución, que se exigían cuando todavía era posible demandar a un juez por los daños irrogados en el ejercicio de sus funciones, antes de la reforma de 2015. Así, decía el derogado art. 403.2 LEC que "no se admitirán las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por los daños y perjuicios que por dolo, culpa o ignorancia inexcusable irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio (…)". Además, el segundo inciso del art. 403 LEC exigía que se hubieran agotado todos los recursos o reclamaciones posibles: "Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios". Y en términos similares se pronunciaba el derogado art. 413 L.O.P.J. de 1985. La doctrina mayoritaria consideraba lógica la exigencia de esos requisitos: el ordenamiento jurídico tiene previsto un complejo sistema de recursos, pensado, precisamente, para subsanar los posibles defectos de las sentencias judiciales. Era, por tanto, posible que al apreciar cualquiera de ellos el daño desapareciera, (y, con él, la responsabilidad civil del juez, puesto que no hay responsabilidad sin daño).

En la actualidad, la Ley Orgánica de 21 de julio de 2015, de reforma de la LOPJ, ha eliminado los arts. 411 a 413 LOPJ, y con ello la responsabilidad civil directa de los jueces frente a los ciudadanos, que ya no pueden dirigirse contra el juez, sino que ha de reclamar al el Estado, que después puede accionar contra el juez o magistrado que ha actuado con dolo o culpa grave (art. 296 LOPJ).

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, hay una evidente diferencia –en lo que a recursos se refiere- entre la actividad jurisdiccional y la actividad arbitral. Mientras que en el primer caso es perfectamente posible que el daño producido se pueda corregir o reducir al sustituir la sentencia por otra que sea ajustada a Derecho, en el arbitraje, interpuesta la acción de anulación –que es el único remedio impugnatorio posible- se deja abierta la vía para acudir a un

nuevo arbitraje o a la vía judicial, pero el daño causado no desaparece sólo con su estimación. Es más, como es sabido, la acción de anulación no puede entablarse por la actividad "in iudicando" de los árbitros (esto es, como se vio *supra*, por cuestiones de fondo). Por ese motivo, la doctrina propugna que cuando el daño haya sido debido a una conducta temeraria o dolosa del árbitro que tiene que ver con el fondo del asunto, aun cuando no quepa acción de anulación alguna, sí sea posible exigir la correspondiente responsabilidad civil conforme al art. 21.1 LA (piénsese, por ejemplo, en el caso de que un laudo aplique, para la resolución de una controversia, una norma derogada años atrás. Parece defendible que aun cuando no quepa entablar la acción de anulación, si será posible obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados). Incluso, en algunos casos en que la conducta gravemente negligente o dolosa del árbitro es "in procedendo" también es discutible que quepa exigir entablar la acción de nulidad; así, por ejemplo, cuando se deje sin dictar el laudo (aunque sí parece que podría defenderse cuando éste se haya dictado fuera de plazo, haciendo una interpretación extensiva del art. 37.2 LA).

Cuestión distinta y también controvertida es el caso en que las partes no impugnen un determinado defecto en el plazo establecido para ello. El art. 6 LA, en este supuesto, establece que "si una parte conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no lo denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley". Parece que la LA, en este caso, sanciona a las partes impidiéndoles que puedan entablar la correspondiente acción de anulación. Sin embargo, es dudoso que ello implique también la imposibilidad de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios mediante una acción de responsabilidad civil contra el árbitro y/o institución arbitral, siempre que su conducta haya sido gravemente negligente o dolosa.

E) En lo concerniente a la legitimación activa, no hay duda de que cualquiera de las partes, siempre que haya sufrido un daño resarcible, estará legitimada para exigir la correspondiente responsabilidad arbitral. Mayores problemas plantean los terceros que no han sido parte del arbitraje y que han sufrido un daño a consecuencia del mismo. Tal y como está redactado el art. 21.1 LA, parece que no cabe incluir en el precepto los daños ocasionados a terceros interviniendo culpa o negligencia en el desempeño de la actividad arbitral. Por ese motivo, algunos autores han defendido la posibilidad de aplicar el art. 1.902 CC en este supuesto.

F) Por último, hay que tener en cuenta que la sentencia que se dicte en el juicio de responsabilidad civil contra el árbitro y/o institución arbitral no afectará a la eficacia vinculante del laudo dictado (algo similar a lo que sucedía en el caso

de la responsabilidad civil judicial, donde la firmeza de la resolución recaída en el proceso en que se hubiera causado el agravio no se veía alterada en ningún caso por la pronunciada en el juicio sobre responsabilidad civil del juez (véase el derogado art. 413.2 L.O.P.J.).

II. PARTE SEGUNDA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR Y DE LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

1. Consideraciones generales

La responsabilidad civil del mediador se contempla en el art. 14 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), que señala: "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. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben".

Además, el art. 11.3 LM introduce la obligación del mediador de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Al igual que sucede en el arbitraje, cabe distinguir entre la responsabilidad del mediador y la de la institución de mediación.

2. La responsabilidad civil del mediador

La actual LM ha introducido un cambio importante en la regulación de la responsabilidad civil del mediador por cuanto ha eliminado la limitación del criterio de imputación, que anteriormente se basaba en los daños y perjuicio causados por "mala fe, temeridad o dolo". De ese modo, coincidía plenamente con los motivos que originan, conforme al art. 21 LA, la responsabilidad civil del árbitro.

En la actualidad, *ex* art. 14 LM, los mediadores responden de los daños y perjuicios que causan, y, como nada se dice acerca del criterio de imputación, lo harán conforme a cualquier grado de culpa o negligencia (tal y como previenen los arts. 1101 y 1902 CC).

Centrándonos en la responsabilidad civil contenida en el art. 14 LM, lo primero que hay que destacar es que se origina por los daños derivados del incumplimiento del "encargo" que se encomienda al mediador. Por ello, (al igual que vimos sucede

con el art. 21.1 LA), el art. 14 LM delimita en el tiempo la responsabilidad del mediador, ya que se originará sólo a partir del momento de la aceptación. Este hecho es un indicativo más de la naturaleza contractual de la misma. Además, es lugar común admitir que cuando las partes acuerdan someter a mediación cualquier conflicto o controversia que pueda surgir entre ellas, y el mediador acepta cumplir fielmente el encargo, surge una relación jurídica que genera derechos y obligaciones para ambas partes –mediadores y partes- un tipo de contrato en cuya virtud el mediador, a cambio normalmente de un precio, se compromete a colaborar con las partes para que alcancen un acuerdo que les permita solucionar su conflicto.

El hecho de que la responsabilidad contemplada en el art. 14 LM sea contractual no es obstáculo para que el mediador también responda civilmente de los daños derivados de sus delitos o faltas, así como extracontractualmente, frente a terceros, conforme al art. 1902 CC.

La naturaleza contractual de la responsabilidad civil conforme al art. 14 LM permite aplicar el plazo de cinco contemplado en el art. 1964 CC, para la prescripción de la acción.

3. La responsabilidad civil de la institución de mediación

El art. 14 LM también regula la responsabilidad de la institución de mediación. Y lo hace en dos supuestos distintos: a) de un lado, en los casos en que el mediador haya causado un daño, al permitir al perjudicado que se dirija contra la propia institución, que después podrá entablar la pertinente acción de regreso. b) de otro lado, también responderá la institución de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben. Como puede verse, el primer caso da lugar a una responsabilidad por hecho ajeno, y el segundo a una responsabilidad por hecho propio.

Cuando de la responsabilidad civil por hecho ajeno se trata, la institución responde de forma objetiva (no hace falta culpa en su actuación) y por hecho ajeno: basta con que el mediador haya causado un daño con culpa o negligencia para que se origine la responsabilidad de la institución, que, después, no obstante, podrá repetir por vía de regreso la totalidad de lo satisfecho. Así las cosas, en este caso, la víctima puede elegir entre reclamar al mediador o a la institución, o bien a ambos.

En el segundo supuesto, la responsabilidad de la institución es por hecho propio y su negligencia puede tener dos contenidos diversos: a) una incorrecta designación del mediador (culpa in eligendo); así, por ejemplo, cuando se designa un mediador que no cumple las condiciones establecidas; b) el incumplimiento de

las obligaciones que incumben a la institución (por exigir más provisión de fondos a una parte que a la otra, por falta de regulación de unas reglas claras de actuación, etc.).

EL PATRIMONIO INICIAL DEFICITARIO EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS: UNA LECTURA A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL*

THE INITIAL SHORTFALL ON PARTICIPATION IN ACQUISITIONS SYSTEM: A READING ABOUT THE CIVIL CODE PROPOSAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 674-687

* Este trabajo ha sido realizado con la financiación obtenida de las ayudas para contratos predoctorales de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid, convocadas por resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n.º 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).

Adrián
ARRÉBOLA
BLANCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El régimen de participación en las ganancias presenta graves deficiencias cuando el patrimonio inicial de uno de los cónyuges arroja valores negativos. En ese caso, nuestro legislador establece expresamente que no habrá patrimonio inicial que deducir del patrimonio final al tiempo de proceder a su liquidación. Esta declaración representa por tanto un perjuicio para las expectativas del otro consorte respecto del crédito de participación en las ganancias, en la medida en que se dedicarán ganancias para satisfacer las cargas y obligaciones relativas al patrimonio inicial que se entiende inexistente. Esta deficiencia ha permanecido inalterada en nuestra legislación y ahora ha sido nuevamente incorporada a la Propuesta de Código Civil. El objetivo de este estudio no es otro que ofrecer una solución mediante la proposición de enmiendas.

PALABRAS CLAVE: Régimen de participación en las ganancias; patrimonio inicial; Propuesta de Código Civil; Asociación de Profesores de Derecho Civil.

ABSTRACT: *The participation in acquisitions system shows a lot of shortcomings when the initial patrimony reveals a negative value. In this case, our legislation states that there won't be initial patrimony to deduce from the final patrimony at its liquidation. This rule represents a loss for the spouse's expectations, by the fact that part of the acquisitions will be invested in paying burdens and debts of the initial patrimony which our legislator judges inexistent. This deficiency has remained unaltered by our law, and now has been introduced again in the Civil Code Proposal. The object of this study consists in offering a solution through an amendments proposal.*

KEY WORDS: *Sharing earnings system; initial patrimony; Civil Code Proposal; Civil Law Professors Association.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. PLANTEAMIENTO. - III. LAS CARGAS Y OBLIGACIONES DE LAS HERENCIAS, DONACIONES Y LEGADOS.- IV. EL PATRIMONIO INICIAL DEFICITARIO O DE SIGNO NEGATIVO.- 1. La imputación ficticia.- 2. La consideración de patrimonios iniciales de signo negativo.- V. CONCLUSIONES.- VI. PROPOSICIÓN DE ENMIENDAS.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El pasado jueves, 21 de junio de 2018, se celebró en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid la presentación del libro que recogería el resultado del trabajo efectuado a lo largo de los últimos años por parte de numerosos académicos de nuestro país, en nombre de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, con el propósito de poner a disposición de la opinión pública una "Propuesta de Código Civil"[1]. El Prof. Bercovitz, junto a José María Alonso Puig y Francisco Marín Castán, expuso las razones que hoy en día aconsejan sustituir nuestro viejo código decimonónico por un nuevo cuerpo de leyes civiles, e hizo saber, además, que el texto definitivo debía contar con la plena aceptación de todos los colectivos de juristas españoles y que, por ese motivo, a partir de entonces, aquella obra quedaba sometida a su consideración con el fin de perfeccionar el trabajo realizado hasta el momento[2]. En consecuencia, por lo que a mí respecta, no quisiera desaprovechar tal oportunidad de contribuir al que, en un futuro, quizá no muy lejano, podría llegar a convertirse en uno de los acontecimientos más relevantes de nuestro siglo, e invitar a la reflexión sobre el extremo que a mi juicio requeriría una mayor atención con respecto al régimen de participación en las ganancias: la negación de cualquier patrimonio inicial deficitario o de signo negativo.

II. PLANTEAMIENTO

Los prologuistas a la obra objeto de observación y comentario entienden que éste es el momento de mejorar el régimen económico del matrimonio, pero, respecto del de participación en las ganancias, en particular, señala a su vez la exposición de motivos que se mantiene la regulación que ha estado vigente hasta

1 Se trata de la obra publicada como Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

2 *Vid.* Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta*, cit., pp. 15-16.

• Adrián Arrébola Blanco
Investigador Contratado Posdoctoral, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: adrianarrebola@ucm.es

la actualidad; al margen de algunos retoques que venían siendo reclamados por parte del común de la doctrina y que, al menos, varios de ellos, confiesa haberlos traído de la legislación catalana[3]. Sin embargo, a pesar de tan loables intenciones, no puede desconocerse el hecho de que sobre este régimen económico-matrimonial ha reposado siempre tal indiferencia que ha caído prácticamente en el olvido. Es posible que, incluso, esta falta de interés por el mismo haya llegado a confundirse con la prudencia con que han actuado los autores de la obra y que, en definitiva, repercute en el criterio conservador que prevalece a lo largo de toda ella y que alcanza, desafortunadamente, también, a su regulación[4].

La razón que conduce a considerar esta posibilidad no radica sino en la sorprendente falta de corrección y consecuente reiteración del que seguramente haya sido, hasta la fecha, el extremo más criticado de la regulación que sin embargo se ha optado por conservar mediante el artículo 266-8 de la Propuesta de Código Civil[5]. Éste dispone que "si el pasivo fuese superior al activo no hay patrimonio inicial" que deducir después del patrimonio final cuando se proceda a liquidar el correspondiente crédito de participación en las ganancias, a imagen y semejanza de cuanto se establece ya por el artículo 1420 de nuestro Código Civil. Se trata, no obstante, de una declaración que desde luego tendría una repercusión general sobre la totalidad del patrimonio inicial de cada uno de los consortes, pero que al mismo tiempo obtendría un impacto parcial sobre algunos de los derechos de los que éste se compone concretamente; motivo por el que en adelante será analizado fraccionadamente, en dos niveles diferentes.

III. LAS CARGAS Y OBLIGACIONES DE LAS HERENCIAS, DONACIONES Y LEGADOS

La regla en función de la que se declara la inexistencia del patrimonio inicial deficitario o de signo negativo, respecto de la liquidación del crédito de participación en las ganancias, se proyecta en un primer nivel sobre algunos de los derechos que forman parte del mismo. La Propuesta, siguiendo lo establecido hasta la fecha por el artículo 1418 del Código Civil, e incorporando a su vez las mejoras introducidas por el legislador catalán, dispone a estos efectos que "el patrimonio inicial de cada cónyuge está constituido por el valor de los bienes y derechos que le pertenezcan al empezar el régimen y los adquiridos después a título de herencia, donación o legado, así como las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte

3 *Vid.* Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta*, cit., p. 15.

4 *Vid.* Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta*, cit., p. 16.

5 Por todos, *vid.* De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), t. XVIII, v. III, Edersa, Madrid, 1985, p. 178; Torres Lana, J. A.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia* (ed. por J. L. Albácar López y J. Santos Briz), t. IV, Trivium, Madrid, 1991, p. 1048.

correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de vigencia del régimen" -entiéndase siempre por tal, el de participación en las ganancias-, en el apartado primero del artículo 266-6[6]. Este precepto debe enlazarse necesariamente con su segundo apartado, de idéntica redacción al artículo 1419 del Código Civil, a la luz del cual "se deducen -del patrimonio inicial compuesto por los bienes y derechos previamente señalados, entiéndase- las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados", con la finalidad de extraer su valor neto. Sin embargo, el último inciso de este precepto obligaría a preguntarse por el destino del remanente de aquellas obligaciones y cargas que no fueran completamente cubiertas por el valor de lo adquirido por herencia, donación o legado, como ocurre al socaire de la legislación vigente.

Evidentemente, a pesar de que estas deducciones no puedan rebasar el valor correspondiente al activo de las adquisiciones realizadas tanto a título de herencia como de donación o de legado, no cabe duda de que el remanente de las cargas y obligaciones inherentes a las mismas que no queden completamente cubiertas por aquél no desaparecerá mediante la simple declaración del legislador, sino que permanecerá a cargo del cónyuge heredero, donatario o legatario. Sin embargo, aunque la responsabilidad de este último con respecto a aquellas cargas y obligaciones nunca lograría alcanzar a su consorte, como corolario del principio de responsabilidades separadas que subyace tras el régimen de participación en las ganancias -en base a su remisión al de separación de bienes, en todo lo no previsto en él-, nada obsta a que devenga igualmente perjudicado al tiempo de practicar su liquidación[7]. Piénsese que, en la medida en que el cónyuge heredero, donatario o legatario responde con sus bienes presentes y futuros -*i. e.*, aquellos que ostentase a lo largo de la vigencia del régimen de participación en las ganancias, y aquellos que pudiera adquirir antes de extinguirse este último-, su consorte experimentaría una merma con respecto a sus expectativas de participar en la parte correspondiente de las ganancias invertidas por aquél para deshacerse de las cargas y obligaciones que excediesen del activo de lo heredado, donado o legado[8]. Se trata, en definitiva, de un resultado que en absoluto puede admitirse en este régimen económico-matrimonial, así como tampoco se hace para la sociedad de gananciales.

La condición privativa que en esta sede obtendrían las cargas y obligaciones inherentes a otras adquisiciones igualmente privativas, así como las realizadas por cualquiera de los cónyuges a título gratuito -compréndase en éstas, tanto las herencias como las donaciones y los legados-, haría por sí misma que el consorte

6 *Cfr.* Art. 266-8 PCC.

7 *Cfr.* Arts. 1413 y 1440 1 CC; 266-3 y 265-3 PCC.

8 *Cfr.* Arts. 1911 CC y 519-1.1 PCC.

no resultara de ningún modo perjudicado por su supervivencia una vez operadas las oportunas deducciones del activo, porque, de ser satisfechas con cargo a bienes gananciales, el perjuicio que consecuentemente pudiera seguirse con respecto a la participación de este último en la sociedad quedaría automáticamente desplazado mediante el reintegro o reembolso devengado a su favor por las cantidades invertidas a tal fin por el cónyuge heredero, donatario o legatario[9]. Sin embargo, a falta de estos reintegros o reembolsos, como corolario de la propia inexistencia de una tercera masa común afecta a determinadas cargas y obligaciones en el régimen de participación en las ganancias, es notorio que la solución consistiría en deducir el remanente insatisfecho de las cargas y obligaciones inherentes a lo heredado, donado o legado, del resto de los bienes y derechos de los que se compusiese el patrimonio inicial del cónyuge adquirente -*i. e.*, aquellos que ostentara al tiempo de entrar en vigor el régimen de participación en las ganancias, y aquellos otros adquiridos después mediante otras herencias, donaciones o legados[10].

Esta solución, no obstante, solo sería aceptable cuando el resto de los activos de que se compusiera el patrimonio inicial del cónyuge heredero, donatario o legatario fuese capaz de contrarrestar las cargas y obligaciones inherentes a lo adquirido mediante la herencia, donación o legado que no hubieran quedado completamente cubiertas con su activo, una vez operadas las oportunas deducciones. No importa que el legislador disponga que éstas solo son posibles "en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados" porque este límite apenas representa una manifestación parcial de lo que constituye el verdadero problema: la declaración de inexistencia de todo patrimonio inicial deficitario o de signo negativo. En este sentido, de no existir en el patrimonio inicial cualesquiera otros activos suficientemente capaces de cubrir el montante insatisfecho de las cargas y obligaciones inherentes a lo obtenido por herencia, donación o legado, resultaría de aplicación la regla en cuya virtud se establece que "si el pasivo fuese superior al activo no habrá -o no *hay*, según la Propuesta- patrimonio inicial" a los efectos de liquidar el crédito de participación en las ganancias[11]. Por tanto, antes de proponer la adopción de unas u otras medidas tendentes a superar los obstáculos relacionados con algunos de los bienes y derechos de que se compone el patrimonio inicial de los consortes -los adquiridos a título de herencia, donación o legado-, será conveniente reflexionar sobre este último extremo del que derivan aquéllos y que en su lugar se aplica respecto del conjunto de bienes y derechos del patrimonio inicial.

IV. EL PATRIMONIO INICIAL DEFICITARIO O DE SIGNO NEGATIVO

9 *Cfr.* Arts. 1346.2, 1358, 1364, 1369, 1373 y 1403 CC; 264-2.1 b), 264-16.1, 264-19, 264-21.1 y 264-42.1 PCC.

10 *Vid.* Morales Moreno, A. M.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1846.

11 *Cfr.* Arts. 1420 CC y 266-8 PCC.

La regla establecida por el legislador a tenor de la cual no habrá patrimonio inicial, si el pasivo supera el activo, repercutirá, además, en un segundo nivel, sobre el conjunto de bienes y derechos de que se compone, cuando los adquiridos con anterioridad a la vigencia del régimen de participación en las ganancias manifiesten resultados tan negativos que los adquiridos después, por herencia, donación o legado, no sean suficientemente valiosos para contrarrestarlos. En tal caso, una vez extinto este régimen económico-matrimonial, no existirá patrimonio inicial alguno que descontar del final al tiempo de proceder a su liquidación -*i. e.*, todo el haber de su titular será apreciado a los efectos del crédito de participación en las ganancias. Este resultado, recuérdese, será perjudicial para el consorte en la medida en que sería privado del derecho a participar sobre las ganancias utilizadas por el otro para deshacerse de sus cargas y obligaciones previas a la vigencia de su régimen económico-matrimonial. Ello no ocurrirá tampoco en la sociedad de gananciales, porque, de no darse un patrimonio privativo de signo positivo o revelador de un superávit con respecto a las cargas y obligaciones exclusivamente inherentes a su titular, no existe ninguna causa que legitime el empleo de bienes gananciales para su completa satisfacción, según se extrae del correlativo devengo de reintegros y reembolsos que se seguiría a favor de la sociedad[12].

Esta desigualdad entre regímenes económico-matrimoniales haría de peor condición a los matrimonios sujetos al de participación en las ganancias, frente a aquellos otros que en su lugar hubieran optado por la sociedad de gananciales. Se trata, en definitiva, de una consecuencia intolerable dentro de un sistema matrimonial que comienza por proclamar la igualdad de los consortes con respecto a sus derechos y deberes, al amparo del derecho reconocido constitucionalmente a todos los españoles para contraer matrimonio con plena igualdad jurídica[13]. Por tanto, debe hallarse una solución que restablezca el equilibrio entre estos dos regímenes económico-matrimoniales tan pronto como sea posible; especialmente, antes de que la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil llegue a convertirse en Código. Para ello existen dos alternativas: una primera, a la francesa, configurada sobre el sistema de imputaciones ficticias en el patrimonio final; y una segunda, a la alemana, consistente en reconocer legislativamente la existencia de un patrimonio inicial deficitario o de signo negativo.

1. La imputación ficticia

Los regímenes de participación en las ganancias comparten con los de separación de bienes el reconocimiento de amplias facultades respecto de la administración, goce y disposición de los bienes de los consortes -solo limitadas por el levantamiento de las cargas matrimoniales y el régimen jurídico de la

12 *Cfr.* Arts. 1358, 1364 y 1403 CC; 264-16.1 y 264-42.1 PCC.

13 *Cfr.* Arts. 32.1 CE, 66 CC y 215-1 PCC.

vivienda familiar[14]. Esta característica determina que, para impedir cualquier uso de las mismas que entrañe un perjuicio para las expectativas del consorte, al tiempo de liquidar el crédito de participación en las ganancias, se incorpore a aquéllos un mecanismo corrector. De hecho, así como lo hacen los artículos 1423 y 1424 del Código Civil, el artículo 266-9 de la Propuesta establece también que "se incluye en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges haya dispuesto a título gratuito sin el asentimiento de su consorte, salvo si se trata de liberalidades de uso", sin perjuicio de añadir que "la misma regla se aplica respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro". Sin embargo, aunque esta remisión podría servir de una gran utilidad para librar de todo perjuicio a aquel de los consortes que no sea titular de un patrimonio inicial deficitario o de signo negativo, frente al que por el contrario hace uso de sus ganancias para deshacerse de las cargas y obligaciones inherentes al suyo propio, será oportuno efectuar dos aclaraciones previas con respecto a su redacción.

En primer lugar, se imputaría ficticiamente en el patrimonio final de cada cónyuge el valor de los bienes de que ambos hubieran dispuesto a título gratuito sin asentimiento del consorte, a salvo de cuanto concierne a las liberalidades de uso. Es lógico que estas últimas se exoneren de imputación ficticia en la medida en que en ellas no es la mera liberalidad del bienhechor, sino el uso social, el que determina que se celebre el acto de disposición; así como al mismo tiempo resulta adecuado que el asentimiento del consorte no solo libre de imputación ficticia las donaciones -como ha previsto el legislador catalán, a diferencia del estatal-, sino también el resto de actos dispositivos realizados a título gratuito, como pudiera ser la dotación de fundaciones. Sin embargo, este asentimiento suscitaría incertidumbre cuando se proyectase sobre los "actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro", respecto de los cuales "la misma regla se aplica", porque esta remisión podría dar a entender que el asentimiento del cónyuge no disponente suprime el fraude o, cuando menos, desplaza sus efectos en materia de imputación ficticia. No obstante, a la vista de la legislación vigente -que, de entrar en vigor la Propuesta, formaría parte de los antecedentes legislativos conforme a los cuales debiera interpretarse aquella norma-, debe considerarse que constituye un error de redacción y que los efectos del asentimiento tan solo serían aplicables a los actos de disposición que fuesen efectuados a título gratuito por cualquiera de los consortes, sin intervenir sobre los onerosos y fraudulentos.

En segundo lugar, obsérvese que la imputación ficticia de valores está aparentemente ceñida a los actos de disposición efectuados a título gratuito, en lugar de aplicarse también a otros no estrictamente dispositivos, aunque gratuitos,

14 *Cfr.* Arts. 1318 II y 1320 CC; 261-7.2 y 261-12 PCC.

y capaces de desencadenar idénticas consecuencias -*v. gr.*, renuncia a la prescripción ganada, renuncia a la herencia, abandono de cosas o renuncia de derechos, en general. No obstante, por lo que aquí respecta, tan solo interesan aquellos actos realizados a título oneroso por uno de los cónyuges con la finalidad de deshacerse de las cargas y obligaciones inherentes a su patrimonio inicial y, respecto de éstos, por el contrario, no existe ninguna limitación en este sentido, mientras se trate de actos fraudulentos. Por ello, quizá sea conveniente imputar ficticiamente no solo el valor de los actos de disposición que se hubieran consumado a título oneroso y de forma fraudulenta, sino también los actos de gravamen que fuesen efectuados del mismo modo, así como nuestra jurisprudencia ha procedido paralelamente a declarar la rescisión de una hipoteca constituida en fraude de acreedores[15]. En cualquier caso, no obstante, se trate de un acto de disposición o de gravamen, será preciso además que el mismo se efectúe con intención de perjudicar al consorte o, al menos, con conciencia del perjuicio que semejante actuación podría causar a las expectativas de este último -*animus nocendi* o *scientia fraudis*[16].

Llevadas estas consideraciones a aquellos supuestos en que se inviertan ganancias en el levantamiento de cargas y obligaciones del patrimonio inicial, en detrimento de las expectativas del consorte respecto del crédito de participación en las ganancias, estas actuaciones fácilmente podrían considerarse fraudulentas y por tanto susceptibles de imputación ficticia en el patrimonio final del cónyuge que las llevase a cabo. De esta manera, cuando el valor de aquellas cargas y obligaciones fuese superior al del activo del patrimonio inicial, y el cónyuge titular del mismo destinara a su levantamiento las ganancias adquiridas constante el régimen económico de su matrimonio, su consorte no experimentaría detrimento alguno en sus expectativas por el simple hecho de que su valor resultaría igualmente considerado al tiempo de realizar su liquidación, como si nunca hubiese salido del patrimonio final de aquél. Sin embargo, de interpretar en sentido contrario las normas generales de rescisión por fraude, se deduciría que tales actuaciones no son encuadrables dentro del concepto de fraude en la medida en que el cónyuge titular del patrimonio inicial deficitario o de signo negativo podía resultar compelido a realizarlas[17]. Por ello, en cuanto se trata aquí de contribuir a mejorar un texto que todavía se encuentra en un estado prelegislativo, se recomienda proceder a su modificación o enmienda para contemplar en este sentido una imputación ficticia de los valores negativos que resulten de la estimación de los patrimonios

15 STS 14-1-1935 *apud* Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, Dykinson, 5ª edición revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid, 2011, p. 243.

16 Sobre este extremo, *vid.* Gil Rodríguez, J.: "La protección del crédito (I)", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil*, t. II, Marcial Pons, 3ª edición, Madrid, 2000, p. 351; Rivero Hernández, F.: "La acción pauliana en Derecho español", en AA.VV.: *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana* (ed. por J. J. Forner Delaygua), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 58-59.

17 *Cfr.* Arts. 1292 CC y 519-4.2 PCC.

iniciales de los consortes, así como hizo el legislador francés *ex* artículo 1571 del Código Civil[18].

2. La consideración de patrimonios iniciales de signo negativo

Las complicaciones relacionadas con la concurrencia de un patrimonio inicial deficitario o de signo negativo, en el régimen de participación en las ganancias, son reflejo de una excesiva exposición a la influencia de las legislaciones alemana y francesa. Sin embargo, no habiéndose considerado después el modo en que procedió enmendarse esta última para evitar que se materializaran sus indeseables consecuencias -mediante la imputación ficticia del valor no satisfecho de las cargas y obligaciones inherentes a los patrimonios iniciales de los consortes, recuérdese-, ni en la legislación vigente, ni en la Propuesta, era de esperar que los autores de esta obra valorasen cuando menos los progresos realizados a tal fin en el ámbito autonómico; especialmente después de que sus prologuistas manifestaran haber seguido "en ocasiones la pauta marcada [...] por nuestros Derechos civiles forales o especiales" y de que, respecto del régimen de participación en las ganancias, además, confesase su exposición de motivos haberlo hecho receptor de ciertos retoques que a su vez dice traer de la legislación catalana[19].

La consideración de los avances efectuados a este respecto por la legislación catalana constituye, precisamente, uno de los elementos de los que de ninguna manera podría prescindir la elaboración de un nuevo régimen de participación en las ganancias que ocupase el lugar del contemplado por la normativa en vigor, porque, respecto de las deficiencias debidas a la concurrencia de patrimonios iniciales deficitarios o de signo negativo, tiene el mérito de haber introducido la solución del legislador alemán. Ésta consiste concretamente en autorizar la estimación de aquéllos con independencia de que arrojen resultados positivos o negativos, una vez operadas las oportunas deducciones del activo, y sin necesidad de considerar otros mecanismos correctores quizás más complicados de llevar a la práctica -como serían las imputaciones ficticias en los respectivos patrimonios finales de los consortes-, según se extrae de la modificación emprendida sobre el parágrafo 1374(1) de su Código Civil[20]. En este sentido, el catalán, establece a su vez a estos mismos efectos que "si el pasivo del patrimonio inicial es superior al activo, debe computarse el valor negativo", según su artículo 232-20.1.

18 En el mismo sentido, *vid.* Morales Moreno. A. M.: "Comentarios", cit., p. 1847.

19 *Vid.* Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta*, cit., pp. 16 y 156.

20 Sobre este particular, *vid.* Heiderhoff, B.: "Community of accrued gains in Germany. Some current legal issues", en AA.VV.: *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe* (dir. por M. E. Lauroba Lacasa y M. E. Ginebra Molins; coord. por J. Tarabal Bosch), Société de législation comparée, París, 2016, p. 28.

La aplicación de la norma que acaba de reproducirse conseguiría que ninguno de los consortes experimentase menoscabo alguno en sus expectativas, respecto del crédito de participación en las ganancias, como consecuencia del volumen de obligaciones y cargas inherentes a sus respectivos patrimonios iniciales. Nótese que, de ser aquéllos superiores al valor de los activos comprendidos en estos últimos, cuanto se invirtiera después en su levantamiento jamás llegaría a sustraerse de la liquidación del régimen de participación en las ganancias, al tomarse como referencia un valor negativo. Esta norma, por tanto, constituye otro de los retoques que han de traerse de la legislación catalana para ocupar el espacio que hasta el momento ha sido ocupado por el artículo 266-8 de la Propuesta. Sin embargo, se trata de una medida que no solventaría los obstáculos derivados de que la deducción de las cargas y obligaciones inherentes a lo adquirido mediante herencia, donación o legado esté constreñida por el valor de sus respectivos activos, de tal forma que la modificación o enmienda que se lleve a cabo habrá de efectuarse conjuntamente sobre los artículos 266-6 y 266-8 de la Propuesta.

V. CONCLUSIONES

El régimen de participación en las ganancias manifiesta serias deficiencias en la legislación vigente, respecto de la composición y estimación del patrimonio inicial de los consortes, en la medida en que las ganancias invertidas por cualquiera de ellos con el fin de extinguir las cargas y obligaciones que superen el valor de su activo quedarían sustraídas a toda participación por parte del otro, al tiempo de la liquidación. Ello se debe a que el legislador dispuso como regla que "si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial" que deducir después del final, en vez de considerar que semejante declaración tendría efectos perversos en el momento de establecer el verdadero crédito de participación en las ganancias, en detrimento del otro consorte. Se trata de un error que debió haberse enmendado hace mucho tiempo por el diferente trato que, de esta manera, se confiere en perjuicio de quienes optan por este régimen económico-matrimonial respecto de quienes en su lugar lo hacen por la sociedad de gananciales, y que además ha logrado permanecer hasta la actualidad como corolario de la poca o nula aceptación que aquél ha manifestado en nuestra sociedad. No obstante, éste no es un argumento capaz de justificar su pervivencia en el ordenamiento jurídico español y, menos aún, en víspera de reemplazarse su regulación por la de un nuevo Código Civil. La Propuesta, por lo tanto, debería apartarse aquí de ese criterio conservador que sus autores han hecho predominar a lo largo de toda ella y reconsiderar, cuidadosamente, el contenido de sus artículos 266-6.2 y 266-8. Para ello, sería conveniente que adoptasen la solución francesa -apoyada sobre el régimen de imputaciones ficticias-, en defecto de la alemana -a partir de la estimación de patrimonios iniciales de signo negativo-, en función de las siguientes proposiciones de enmienda.

VI. PROPOSICIÓN DE ENMIENDAS

Se proponen las dos siguientes alternativas para proceder a la enmienda de los artículos 266-6.2, 266-8 y 266-9.2 de la Propuesta de Código Civil:

A) Opción de enmienda n.º 1.

Al artículo 266-9. *Patrimonio final de los cónyuges.*

1. El patrimonio final de cada cónyuge está formado por los bienes y derechos de que es titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas.

2. Al patrimonio determinado conforme al apartado anterior debe añadirse:

a) El valor de las cargas y obligaciones que excedan de los bienes heredados o donados, así como el de aquellos que superen el de los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al empezar el régimen.

b) El valor de los bienes de que uno de los cónyuges haya dispuesto a título gratuito sin el asentimiento de su consorte, salvo si se trata de liberalidades de uso.

c) El valor de los bienes de que uno de los cónyuges haya dispuesto a título oneroso en fraude de los derechos del consorte.

B) Opción de enmienda n.º 2.

Al artículo 266-6. *Patrimonio inicial de los cónyuges.*

1. El patrimonio inicial de cada cónyuge está constituido por el valor de los bienes y derechos que le pertenezcan al empezar el régimen y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado, así como las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de vigencia del régimen. Al iniciarse el régimen de participación en las capitulaciones matrimoniales se incluye inventario de los bienes que en ese momento pertenecen a cada cónyuge, con el correspondiente avalúo.

2. Se deducen las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado.

Al artículo 266-8. *Patrimonio inicial deficitario.*

Si el pasivo fuese superior al activo del patrimonio inicial, debe computarse el valor negativo[21].

21 Las enmiendas propuestas han sido elaboradas respetando los términos conforme a los que fueron originalmente redactados los artículos a los que están dirigidas, sin perjuicio de que aún puedan realizarse otras modificaciones adicionales sobre el texto que se propone adoptar para los mimos.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), t. XVIII, v. III, Edersa, Madrid, 1985.

Gil Rodríguez, J.: "La protección del crédito (I)", AA.VV.: *Manual de Derecho civil*, t. II, Marcial Pons, 3ª edición, Madrid, 2000, pp. 239-356.

Heiderhoff, B.: "Community of accrued gains in Germany. Some current legal issues", en AA.VV.: *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe* (dir. por M. E. Lauroba Lacasa y M. E. Ginebra Molins; coord. por J. Tarabal Bosch), Société de législation comparée, París, 2016, pp. 23-33.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, Dykinson, 5ª edición revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid, 2011.

Morales Moreno, A. M.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1808-1913.

Rivero Hernández, F.: "La acción pauliana en Derecho español", en AA.VV.: *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana* (ed. por J. J. Forner Delaygua), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 43-71.

Torres Lana, J. A.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia* (ed. por J. L. Albácar López y J. Santos Briz), t. IV, Trivium, Madrid, 1991, pp. 845-1083.

LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIÓN DE RIESGO EN LA LEY VALENCIANA DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

PROTECTION OF MINORS IN RISK SITUATION IN THE VALENCIAN LAW OF RIGHTS AND GUARANTEES OF CHILDHOOD AND ADOLESCENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 688-699

Iris
BARCELÓ
FERRE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Este estudio analiza el nuevo marco jurídico de la situación de riesgo de la ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

PALABRAS CLAVE: Protección del menor; situación de riesgo; infancia; adolescencia.

ABSTRACT: *This paper is an study about the new framework of risk situation in the Valencian law of rights and guarantees of the childhood and adolescence.*

KEY WORDS: *Protection of minor; situation of risk; childhood; adolescence.*

SUMARIO.- I. NOTA INTRODUCTORIA.- II. REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE RIESGO.- 1. Acción protectora.- 2. Intervención.- 3. Participación y colaboración familiar.- 4. Declaración.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, deroga la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y de la adolescencia, restaurando así la coherencia con el conjunto normativo estatal que había sido perdida tras las importantes reformas a nivel estatal de 2015 en esta materia. Se trata de una reforma esperada y necesaria.

De las dos situaciones de desprotección que trata el título III, riesgo y desamparo, centraremos nuestra atención en la primera de ellas, la de riesgo, caracterizada por tratarse de una situación de desprotección efectiva, pero sin llegar a la gravedad que permita separar al menor de su familia, por lo que las medidas de tipo preventivo se desarrollan en el entorno familiar[1].

La nueva regulación mantiene la competencia en la entidad local y presta especial atención a los casos en los que la intervención en la situación de riesgo deriva en una propuesta de desamparo, con el fin de evitar la duplicidad de actuaciones y asegurar una actuación congruente de las distintas entidades públicas[2]. Una de las principales novedades está en la declaración de la situación de riesgo, ya introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del

1 Sobre las notas características de la situación de riesgo, puede verse Martínez García, C.: "El sistema de protección de menores en España", en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. Martínez García), Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 391; Ordás Alonso, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, octubre, 2016, pp. 51 y ss.

2 La distribución de competencias que ha caracterizado hasta ahora el sistema de protección de la infancia de la Comunitat Valenciana es la siguiente: la intervención en la situación de riesgo corresponde a las entidades locales y en la situación de desamparo a la Generalitat.
Incide en esta materia la reciente Ley 3/2019, de 18 de febrero, de la Generalitat, de Servicios Sociales Inclusivos de la Comunitat Valenciana, en particular al regular los servicios de infancia y adolescencia, y el catálogo de prestaciones.

• Iris Barceló Ferre
Graduada en Derecho, Graduada en Administración y Dirección de Empresas. Correo electrónico: ibarfe@alumni.uv.es

sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[3], y cuyo régimen jurídico figura en el art. 103.

Son los artículos 100 a 103, que forman el capítulo III del título III, los que regulan la situación de riesgo, sustituyendo a los derogados artículos 93 a 98 de la Ley 12/2008.

No puede, sin embargo, olvidarse que existen unas disposiciones generales, comunes al riesgo y al desamparo, que integran también el régimen jurídico de las situaciones de desprotección. Así, es importante tomar en consideración, dentro del capítulo I del título III, el catálogo de derechos específicos de la persona protegida (art. 90), los principios de actuación (art. 91), el deber de notificación (art. 92), el deber de reserva (art. 93), el deber de colaboración (art. 94) y la evaluación y planificación (art. 95).

II. REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE RIESGO

1. Acción protectora

El art. 100, con el que se inicia la regulación contenida en el capítulo III, dedicado a la protección en las situaciones de riesgo, contiene normas de muy diversa naturaleza.

En el art. 100.1, hay una remisión a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, para lo que debe ser considerado como situación de riesgo[4].

En el apartado 2º del art. 100, se deja constancia de la finalidad de la medida de protección: "salvaguardar y restituir los derechos de la persona protegida,

3 La reforma de 2015 de las instituciones de protección a la infancia y la adolescencia introduce profundos cambios en la regulación de la situación de riesgo. Frente al anterior art. 17 LOPJM, que se limitaba a dar el concepto y encomendar genéricamente a la Administración el control de la situación de riesgo, el nuevo art. 17 detalla más las situaciones y los instrumentos que puede emplear la Administración para su valoración y declaración.

4 La remisión nos lleva al art. 17.1 LOPJM, conforme al cual "se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias materiales hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar".
Nótese que la Ley 12/2008 sí daba un concepto de situación de riesgo en el art. 93: "… aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción por La Generalitat de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes, a través de los distintos servicios de apoyo a la familia y al menor".

mediante una actuación en el propio medio que permita disminuir los factores de riesgo y potenciar los de protección, de manera que pueda continuar en su entorno familiar sin menoscabo de su bienestar ni de su desarrollo".

El art. 100.3 señala la competencia de intervención. Son tres las previsiones del precepto: por un lado, corresponde a la entidad local donde resida de hecho la persona protegida la competencia para detectar, valorar, intervenir, declarar y determinar el cese de la situación de riesgo; por otro, cuando la persona protegida no resida en la Comunitat Valenciana o no pueda determinarse su residencia, las competencias serán de la entidad local donde la persona menor de edad se encuentre; y, finalmente, hay una disposición particular para la situación de riesgo prenatal, considerando como competente "la entidad local de residencia de la mujer embarazada".

Dado que la persona protegida puede mantener vínculos con diversas localidades, el art. 100.4 prevé la coordinación entre los servicios sociales, al indicar que "cooperarán entre sí e intercambiarán la información necesaria para el adecuado ejercicio de estas competencias, especialmente en caso de traslado, en el que se estará a lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1996"[5].

El art. 100.5 prevé que la Generalitat pondrá a disposición de las entidades locales un protocolo de detección, valoración e intervención en situaciones de riesgo, siendo la finalidad de dicho protocolo la de garantizar la unidad de criterio en el ejercicio de la acción protectora en todo el territorio.

Concluye el art. 100 con dos disposiciones dedicadas a dos situaciones de riesgo específicas que son mencionadas en el art. 17 LOPM: la negativa a los tratamientos médicos[6] y el riesgo prenatal[7]; ambas situaciones se regulan, por vez

5 Se está remitiendo al art. 17.7 LOPJM, con arreglo al cual "cuando la administración pública competente está desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, la administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención".

6 Indica el art. 17.10 LOPJM: "La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o la integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor".

7 Dispone el art. 17.9 LOPJM que "la administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o

primera, a nivel estatal y responden a la necesidad de dar respuesta a casos muy conocidos y de mucha trascendencia social.

Con relación a la primera, el art. 100.6 indica que el personal sanitario pondrá inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del ministerio fiscal, las situaciones de riesgo por negativa a los tratamientos médicos a las que se refiere el apartado 10 del artículo 17 de la Ley orgánica 1/1996, y las notificarán simultánea o posteriormente a la entidad pública competente, que valorará si es necesaria alguna intervención adicional a las medidas que se adopten judicialmente.

La norma valenciana da un paso más, pues no solo se notifica a la autoridad judicial (como prevé la LOPJM), sino también a la entidad local, que deberá valorar si es necesaria alguna intervención "adicional" a la judicial; la ley debería haber sido más concreta y señalar en que puede consistir la actuación de la entidad local cuando el caso ya está en sede judicial y corresponde a la autoridad judicial acordar las medidas necesarias para la protección del menor.

Con relación a la segunda, el art. 100.7 dispone que "los centros y los servicios sanitarios deben notificar las situaciones de riesgo prenatal, definidas en el apartado 9 del artículo 17 de la Ley orgánica 1/1996, a la entidad local competente para intervenir en la situación de riesgo; cooperar con ésta en la prevención, la intervención y el seguimiento, e informar, si es preciso, al órgano competente en materia de protección de la infancia y la adolescencia de la Generalitat y al ministerio fiscal, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que se puedan producir, si está en peligro la vida o la integridad de la persona recién nacida"[8].

La ley valenciana se mantiene, en el caso de riesgo prenatal, dentro de la situación de riesgo, sin haber incluido en su articulado otra medida, que sí existe en otras Comunidades (así, por ejemplo, Cataluña), que permite la declaración de desamparo del *nasciturus*[9]. Lo cual no implica, necesariamente, descartar que, por la gravedad del caso, pueda declararse con carácter preventivo el desamparo del concebido y no nacido, pues hay variedad de argumentos que podrían dar cobertura a tal solución (entre ellos, el principio general de protección del concebido y no nacido del art. 29 CC), a pesar de la falta de regulación expresa en la ley.

anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección".

8 No parece pertinente hablar del "recién nacido", cuando el riesgo prenatal está, lógicamente, referido al concebido y no nacido.

9 Sobre la declaración preventiva de desamparo del *nasciturus*, puede consultarse Gutiérrez Santiago, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido: derechos, expectativas e intereses*, Fundación Aequitas, Fundación Más que Derecho, Valladolid, 2015, pp. 117 y ss.

Algunas críticas pueden realizarse sobre la regulación del riesgo prenatal en la nueva norma. No hubiese estado de más, dada su frecuencia en la práctica, haber profundizado en el régimen jurídico de este riesgo específico, en el que apremian las circunstancias de tiempo y pueden darse problemas importantes de coordinación (siendo competente la entidad local del lugar de residencia de la mujer embarazada, muchas veces no coincidirá con el lugar del centro hospitalario). Otra cuestión que debería haberse puntualizado y destacado es la singularidad que tiene el riesgo prenatal, pues no se dicta resolución administrativa declarándolo, sino que se establecen las medidas adecuadas para su prevención, intervención y seguimiento, a los efectos de evitar una eventual declaración de la situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Se ha perdido una buena oportunidad de aclarar posiciones y dar respuesta legislativa a una situación de vulnerabilidad que cada vez tiene mayor relevancia social.

2. Intervención

Una vez delimitada la acción protectora, es el art. 101 el que indica la forma en que se procede a intervenir en la situación de riesgo.

El art. 101.1 ordena a los servicios de la entidad local, que tengan conocimiento de una posible situación de riesgo, proceder a su evaluación y, si la situación lo requiere, elaborar un proyecto de intervención personal, social y educativo familiar, de acuerdo con el art. 95[10], designando a una persona profesional de referencia. No se dice en la ley nada sobre las funciones del profesional de referencia, pero no hay duda que será quien deberá evaluar la situación, elaborar el proyecto y realizar el posterior seguimiento.

Sobre el contenido del proyecto de intervención se pronuncia el art. 101, en sus apartados 2º, 3º y 4º. Así, dispone el art. 101.2 que deberá incluir todas las medidas necesarias para revertir la situación de riesgo, tanto las prestaciones y recursos de servicios sociales que sean pertinentes, como las que hayan de llevarse a cabo por el centro escolar, los servicios sanitarios u otros recursos comunitarios; el art. 101.3 indica que incluirá medidas destinadas a mejorar las condiciones personales, familiares y sociales de la persona protegida y, si fuera necesario, a complementar la atención que recibe en el hogar, pudiendo prever, en particular, la asistencia a un centro de día, con la finalidad de potenciar su inclusión social, familiar y laboral y de paliar las carencias de apoyo familiar; y el art. 101.4, para concluir, señala que, cuando proceda, contemplará el proyecto intervenciones técnicas con el objeto de modificar las pautas relacionales en la

10 Esta norma, dentro de las disposiciones generales del título III, trata de la evaluación y planificación de las situaciones de desprotección infantil y adolescente. Prescribe, en primer lugar, la evaluación de la situación de la persona a proteger y, en segundo lugar, la elaboración de un plan para llevar a cabo la acción protectora sobre la persona en cuestión.

familia, de capacitar para el ejercicio adecuado de las funciones de educación y crianza, de mitigar las secuelas de la situación de desprotección o de dotar a la persona protegida de recursos personales de afrontamiento.

Hay, como puede verse, alguna referencia a medidas concretas (como la ayuda a domicilio o la asistencia a un centro de día), pero lo cierto es que predomina una descripción muy general de las ayudas. Llama la atención que no se haga mención de las prestaciones económicas que, en muchos casos, serán de las principales medidas a adoptar. A mi juicio, hubiese sido más deseable elaborar un catálogo de medidas concretas y una cláusula de cierre en la que pudiese incluirse cualquier otro tipo de medida de apoyo.

3. Participación y colaboración familiar

El art. 102 está dedicado a la participación y colaboración de la persona protegida y de la familia en el proyecto de intervención. Se dictan, a este respecto, dos disposiciones.

Por una parte, el art. 102.1 señala que "se procurará contar con la participación de la propia persona protegida, si tuviera madurez suficiente, y de su familia, en la planificación y ejecución del proyecto de intervención. A tal fin, se escuchará a la persona protegida prestándole, caso de requerirlo, la asistencia y medios de apoyo necesarios, así como a sus personas progenitoras o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad. Se procurará consensuar con la familia el proyecto de intervención social y educativo familiar, y recabar formalmente su aceptación, para lo que se les ofrecerá con la suficiente antelación la información necesaria de manera comprensible y en formato accesible". La norma valenciana solamente se refiere a la madurez suficiente, pero hay que integrar, por así disponerlo la LOPJM, el otro supuesto, de la necesaria participación y audiencia previa del menor de doce años[11]; téngase, además, en cuenta que el art. 90.3, dentro de las disposiciones generales de la Ley 26/2018, dice que la persona protegida tiene derecho "a ser oída en las decisiones que les afecten, especialmente cuando se adopten o cesen las medidas de protección, en los términos previstos en la Ley orgánica 1/1996".

Por otra, el art. 102.2 prevé que "presten o no su consentimiento al proyecto, las personas progenitoras o las que ejerzan la tutela o la guarda de hecho o de derecho de la persona protegida, deberán colaborar activamente en su desarrollo. El proyecto tomará en consideración, en cualquier caso, la disposición de la familia e incluirá entre sus objetivos, cuando proceda, la motivación al cambio".

11 En la elaboración del proyecto de intervención y en la declaración de la situación de riesgo, la LOPJM (art. 17.4 y 17.6) exige, respectivamente, la participación y la audiencia previa del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

4. Declaración

Concluye la regulación del capítulo III con el art. 103, dedicado a la declaración de riesgo. Como antes hemos dicho, es una de las principales novedades de la ley, requerida por la coherencia con la normativa estatal que la había introducido en 2015, y este precepto contiene el régimen jurídico que la hace operativa.

Comienza el art. 103, en su núm. 1, indicando que "la falta de colaboración efectiva de las personas obligadas conforme al artículo anterior, a pesar de la intervención para propiciar un cambio en su disposición, determinará la declaración de riesgo de la persona protegida cuando impida o no permita la consecución de los objetivos del proyecto de intervención".

A continuación, el art. 103.2 trata del modo en que se genera la declaración de riesgo, que tendrá lugar mediante resolución motivada del órgano que tenga atribuida la competencia por las disposiciones de organización local, a propuesta de un órgano colegiado interdisciplinar y previa audiencia a la persona protegida, practicada conforme a lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1996[12] y de sus personas progenitoras o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, precisando que, en ausencia de normativa local que determine la competencia, corresponderá realizar la declaración a la persona titular de la alcaldía.

Al contenido de la declaración se refiere el art. 103.3, indicando que "especificará las acciones u omisiones a las que vienen obligados el padre, la madre, o las personas que ejerzan la tutela o la guarda, de hecho o de derecho, de la persona protegida, para hacer efectivas las medidas previstas en el proyecto de intervención social y educativo familiar, y en qué plazo, y advertirá expresamente que su incumplimiento puede determinar la declaración de desamparo. La declaración de riesgo podrá recoger medidas de apoyo o atención directa de la persona protegida, previstas en el proyecto, que pueden llevarse a cabo sin contar con el consentimiento de sus representantes legales".

El art. 103.4 prevé la prórroga o revocación de la declaración, en este último caso porque ya no se dan los presupuestos para considerar que la persona está en situación de riesgo, precisando que "la resolución revocatoria podrá establecer pautas de seguimiento o acompañamiento profesional a la persona protegida y a su familia para prevenir riesgos futuros". Resulta, por tanto, posible, después de la revocación de la declaración de la situación de riesgo, establecer un control de la persona protegida y de la familia que permita prever riesgos futuros.

12 Seguramente se está refiriendo al art. 17.6 LOPJM, en el que se exige la previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Por último, el art. 103.5 prevé la posibilidad de instar al órgano competente de la Generalitat la declaración de desamparo cuando concluido el plazo previsto en la declaración de riesgo y en sus prórrogas y agotados todos los recursos y, en todo caso, cuando haya transcurrido un año desde la declaración inicial, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el niño, niña o adolescente cuenta con la necesaria asistencia moral o material. Se fija, pues, un año como plazo máximo para que el riesgo desaparezca, pasándose, en caso contrario, a solicitar la declaración de desamparo[13].

13 Hay que poner en relación el art. 103.5 con lo que, en materia de desamparo, dispone el art. 105.2, pues la ley trata de evitar la duplicidad de actuaciones y asegurar una actuación congruente de las distintas entidades públicas. Así, indica el art. 105.2 que "la entidad local competente para intervenir en la situación de riesgo instará la declaración de desamparo en el supuesto previsto en el artículo 103.5 de esta ley, o en cualquier otro momento, si valora que la situación de desprotección requiere la separación de la persona a proteger de su medio familiar. En el plazo máximo de seis meses el órgano competente de la Generalitat resolverá de forma motivada si procede o no tal declaración. La resolución que la estime improcedente se comunicará a la entidad proponente y al ministerio fiscal. No será necesaria esta propuesta para declarar el desamparo cuando el órgano competente tenga noticia directa de la existencia de una situación de desprotección que lo requiera, ni cuando la declaración se produzca al concluir la guarda a petición del padre, madre o persona tutora, por no darse las circunstancias adecuadas para la reunificación familiar".

BIBLIOGRAFÍA

Gutiérrez Santiago, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido: derechos, expectativas* e *intereses*, Fundación Aequitas, Fundación Más que Derecho, Valladolid, 2015.

Martínez García, C.: "El sistema de protección de menores en España", en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. Martínez García), Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Ordás Alonso, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, octubre, 2016, pp. 29 y ss.

LA EDUCACIÓN FINANCIERA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA

FINANCIAL EDUCATION AS A TOOL FOR LEGAL PROTECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 700-709

Irene
BRUZÓN CID

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de febrero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente artículo trata la temática de la educación financiera como herramienta de tutela del cliente bancario. En particular, su regulación en el art. 6 de la Directiva 2014/17/UE.

PALABRAS CLAVE: Educación financiera; tutela; cliente bancario.

ABSTRACT: *The present article exposes the financial education issue as the main tool to guarantee the legal protection of client banking. In particular, the regulation of the financial education in the Directive 2014/17/UE.*

KEY WORDS: *Financial education; legal protection; client banking.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO Y OBJETO.- II. INSTRUIR FINANCIERAMENTE: EDUCACIÓN FINANCIERA COMO ASIGNATURA.- III. EL ART.6 DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE: ¿EDUCACIÓN PARA QUIÉN? ¿INFORMAR O EDUCAR?.- IV. CONCLUSIÓN: EL MILAGRO DE LA EDUCACIÓN FINANCIERA.

I. CONCEPTO Y OBJETO

La educación financiera no supone hoy en día ninguna novedad a nivel legislativo, sin embargo, en la Directiva 2014/17/UE el legislador ha querido otorgarle un papel fundamental, seguramente debido al peso económico y jurídico de los contratos destinados a la financiación de un inmueble, y por la escasa cultura financiera en este ámbito.

No obstante, la norma no ofrece una definición de educación financiera, debiendo recurrir para obtenerla a intervenciones europeas, como por ejemplo a las de la OCDE (Organización para la cooperación y desarrollo económico), que la define como "el proceso por el que los inversores y consumidores financieros mejoran su comprensión de los productos financieros, conceptos y riesgos. Adicionalmente, a través de la información, la enseñanza y/o el asesoramiento objetivo, se desarrollan las habilidades y confianza precisas para adquirir mayor conciencia de los riesgos y oportunidades financieras, tomar decisiones informadas, saber dónde acudir para pedir ayuda y tomar cualquier acción eficaz para mejorar su bienestar financiero"; o al Dictamen de Iniciativa del Comité Económico y Social Europeo (CESE) "Educación financiera y Consumo Responsable de Productos Financieros", aprobado el 14 de julio de 2011, que la define como "el proceso mediante el cual los consumidores e inversores mejoran su comprensión de los productos y los conceptos financieros, por medio de la información, la instrucción y la asesoría objetiva, y desarrollan las capacidades y la confianza para ser conscientes de los riesgos financieros y las oportunidades, y así tomar decisiones informadas, y saber dónde acudir para obtener ayuda, con el fin de mejorar su bienestar financiero y su protección".

El concepto de educación financiera implica directamente la alusión a otro, el de alfabetización financiera (*financial literacy* o *financial capability*). El primero es el instrumento a través del cual se puede desarrollar el segundo, configurándose como finalidad. Dos definiciones directamente ligadas, pero conceptualmente

• Irene Bruzón Cid
Doctoranda en Derecho del Consumo, Universidad de Perugia.

distintas. Las expresiones *financial capability* y *financial literacy* se utilizan tanto en Europa, como en Norteamérica, como sinónimos para referirse a la habilidad de tomar decisiones efectivas sobre el uso y administración del dinero, a través de juicios y reflexiones informadas; o de manera más completa, a la habilidad individual de obtener, entender y evaluar, la información relevante necesaria para tomar decisiones conscientes sobre las eventuales consecuencias financieras.

De ahí que la necesidad de implantar un sistema que fomente la educación financiera tenga el objetivo de que se opere con prudencia en el mercado para que así los consumidores sean conscientes del riesgo que asumen con sus inversiones. No debemos olvidar que estar formados financieramente no es algo de lo que se beneficien sólo consumidores y usuarios, sino que la realización de actuaciones eficaces para lograr la alfabetización financiera favorece también a entidades de crédito, intermediarios y a la sociedad: si se educa financieramente se puede evitar el sobreendeudamiento de las familias, lo que reduciría el número de conflictos financieros, que a su vez haría disminuir los costes de la justicia, y acrecentaría la confianza de los clientes bancarios en el mercado.

La educación financiera se ha convertido en un asunto primordial en la política de la UE, otorgándole el papel de herramienta indispensable de prevención de otra crisis económica. Sin embargo, cuestiones cómo a quién va dirigida, cuáles son los métodos para llevarla a cabo y las consecuencias de una mala o de la no aplicación de las actuaciones de la UE en esta materia, parecen no estar del todo resueltas, como veremos a continuación.

II. INSTRUIR FINANCIERAMENTE: EDUCACIÓN FINANCIERA COMO ASIGNATURA

Aunque la Comisión reconoce que la competencia en materia de educación le corresponde a los Estados miembros, en base al art.169 TFUE, "para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses". En este precepto normativo, entre otras cosas, encuentran justificación las actuaciones en materia de educación financiera de la Comisión. Una de las más importantes sin duda es la Comunicación (COM 2007, 808, final) sobre educación financiera, de cuyo contenido destacan los principios básicos para conseguir el objetivo de una educación financiera de calidad. En particular, el Principio n. 3, el cual dicta que "los consumidores deben recibir educación sobre asuntos financieros y económicos lo antes posible, empezando en la escuela. Las autoridades nacionales deben estudiar la posibilidad de que la educación financiera forme parte obligatoriamente de los planes de

estudios" y añade que "Es esencial que los jóvenes adquieran los conocimientos financieros y económicos básicos en la enseñanza primaria y secundaria. La Comisión ha hecho pública una Recomendación sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (2006/962/EC) que apoya el desarrollo de competencias, como la capacidad de aplicar el pensamiento matemático a las situaciones de la vida cotidiana, la comprensión amplia del funcionamiento de la economía y la capacidad de planificar y gestionar la propia vida. En este contexto, las autoridades educativas nacionales y regionales deben estudiar de qué manera podría incluirse la educación financiera y económica en los planes de estudios".

Si bien la inclusión de la educación financiera como asignatura en las escuelas puede ser un buen método, no podemos ignorar sus limitaciones: se trata de una formación destinada a generaciones que se desenvolverán en el mercado en un futuro, es decir, la población adulta necesita otros planes de actuación, puesto que su vida escolar, por norma general, ya ha finalizado. Además, otro de los factores a tener en cuenta es el grave problema del déficit educativo en algunos países de la UE, entre ellos España. Hay que añadir el hecho de la desigualdad que se genera en estados como el español, en los que la materia de educación es competencia de las CCAA, provocando que en algunos territorios sí se tenga la posibilidad de formarse y en otros no. Otro elemento a considerar es la predisposición al aprendizaje: mucho mayor en los jóvenes que en los adultos. Del mismo modo, hay que ser conscientes de que la tendencia a la impartición de cursos con contenido generalizado, que suele ser el recurso más utilizado por los poderes públicos o entidades privadas que intentan actualizarse con las medidas europeas, descuida la catalogación de las preferencias, es decir, la formación financiera necesaria para un joven no será la misma para una persona en edad adulta. Mientras que los primeros muestran más interés por los métodos de pago, los segundos son más propensos a informarse sobre planes de pensiones, por ejemplo.

Queda el recurso de la tecnología, pero éste también encuentra sus limitaciones si tenemos en cuenta que vivimos en una sociedad en la que se presume que el acceso a la red es algo al alcance de todos, cuando en realidad son muchos los usuarios que se encuentran en inferioridad de condiciones. Para intentar paliar este hecho se intentan llevar a cabo campañas de información a través de medios de comunicación, como la radio o la televisión, que, por su naturaleza, transmiten mensajes generales y sencillos que no se acercan mínimamente a lo que sería una formación propiamente dicha.

No obstante, todo ello no quiere decir que los intentos del legislador tanto europeo como nacional sean en vano, entre algunas de las intervenciones llevadas a cabo, merece mención la creación del sitio web DOLCETA, como herramienta para ofrecer educación al consumo; tanto a profesorado, poniendo a disponibilidad

recursos didácticos para la formación del alumnado en materia financiera, como a los consumidores en general.

III. EL ART.6 DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE: ¿EDUCACIÓN PARA QUIÉN? ¿INFORMAR O EDUCAR?

Como se anticipaba anteriormente, la Directiva, que dedica un capítulo de un sólo artículo a la educación financiera, no ofrece una definición de ésta, limitándose a estipular que "los Estados miembros fomentarán medidas que apoyen la educación de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de crédito hipotecario". Como vemos, después de la primera crítica en relación a la precariedad de los términos utilizados en la redacción del precepto, el artículo hace alusión sólo a la educación financiera de los consumidores y no a la del resto de agentes implicados en la concesión de créditos hipotecarios, como si ellos no la necesitasen, cuando la realidad es bien distinta.

Resulta ilógico esperar que el consumidor medio adquiera los conocimientos necesarios para su transacción cuando quien precisamente se la está ofreciendo tampoco los tiene. De ahí nuestra segunda crítica a la redacción de este artículo, puesto que para que el cliente bancario se encuentre realmente protegido es necesario que la educación y formación financiera no sea sólo una exigencia para ellos, debiendo también recaer tanto en las entidades bancarias como en los poderes públicos. Sin embargo, la norma en cuestión ha seguido la línea de la Comunicación de la Comisión sobre educación financiera, en la cual se establece que ésta "corre a cargo de una amplia gama de agentes, desde autoridades responsables de la supervisión financiera a organismos de alfabetización de adultos, servicios de asesoramiento sobre deudas, asistentes sociales, federaciones del sector de las finanzas, organizaciones de microfinanciación, representantes de los consumidores, autoridades educativas, entidades financieras, autoridades responsables de la vivienda y otros. Las autoridades nacionales (los ministerios de los gobiernos, los supervisores financieros, los bancos centrales, etc.) son los impulsores de programas sobre este tema en 11 Estados miembros". Como vemos detalla qué sujetos son los encarados de desarrollarla, pero da a entender que los destinatarios siguen siendo sólo los consumidores.

Por otro lado, podemos afirmar que la educación financiera no es una materia que pueda tratarse de una manera aislada, sino que junto a la formación y a la información, son tres conceptos que están entrelazados entre sí. De hecho, uno de los motivos que corroboran tal afirmación ha sido la propia elección del legislador de no proponer o no imponer, mejor dicho, a los Estados miembros las medidas a seguir para llevarla a cabo. De este modo, la complementariedad

resulta evidente para el lector porque la indeterminación de las pautas nos deja en manos de la información. Pero es que además, y como tercera y última crítica, en el art.6 se entremezclan la educación financiera con la información que necesita quien va a solicitar un préstamo hipotecario, es decir con "la información clara y general sobre el proceso de concesión de créditos", cuando la información se regula detalladamente en otros artículos de la norma. Tras mencionar que los Estados miembros son los encargados de fomentar "medidas que apoyen la educación de los consumidores", de manera impersonal añade que "es necesario disponer de información clara y general sobre el proceso de formación de créditos a fin de orientar a los consumidores, especialmente, a los que obtengan un crédito hipotecario por primera vez". Sin embargo, como decíamos anteriormente, la obligación de informar queda más que detallada en los artículos 13 y siguientes de la Directiva, deber dirigido expresamente a los prestamistas, a los intermediarios del crédito o a los representantes designados.

Teniendo en cuenta la estructura de la Directiva, parece que la intención del legislador europeo haya sido la de diferenciar en la medida de lo posible la temática de la educación financiera del deber de información por parte de las entidades de crédito, no obstante, con la redacción del art.6, la confusión a la que puede llegar al lector es evidente.

Entendemos que seguramente el motivo de ello es la necesidad de que la educación financiera sea el paso previo a la fase informativa en sí, para que ésta última resulte ágil y pueda llevarse a cabo satisfactoriamente. En este sentido, podemos afirmar que la educación financiera es instrumental a la obligación de informar, la primera debe efectuarse para que la segunda pueda realizarse. Se complementan y no pueden sustituirse puesto que, aunque el interés de los Estados miembros en preocuparse por la educación financiera de los consumidores sea también aumentar el nivel de conocimientos y de consciencia en el marco de operaciones del sistema financiero, no incide en la esfera contractual individual de cada cliente bancario, que es precisamente lo que se pretende con la obligación de dar una información personalizada, que es lo que realmente podría paliar la asimetría informativa entre las partes.

Con todo ello, la información previa a la que se refiere el capítulo IV de la Directiva, se convierte en la materia formativa disponible para el cliente/consumidor de productos bancarios. Educar no deja de ser formar, a través de información, por lo que quien tiene en manos la información, tiene también la capacidad, o, mejor dicho, la responsabilidad de formar.

La información se configura como el medio a través del cual educar, pero no debemos confundirnos por la ambigüedad y sutilidad de los términos, sobre todo en este ámbito específico, porque educación no es sinónimo de información. La

educación se basa en unos conocimientos previos que harán que comprendamos la información que nos van a ofrecer. La educación financiera es el paso previo para entender los datos necesarios que nos facilitarán en el momento anterior a la potencial aceptación de la oferta. Insistimos, cuando se habla de información se habla de la disponibilidad de todos los datos posibles para los consumidores sobre los créditos ofrecidos de una forma clara y sencilla; mientras que la educación financiera supone un conocimiento previo y genérico sobre las características de esos créditos. El problema es que si ese paso previo, si esa formación financiera es precaria o no existe, la información deberá abarcarla, y serán quienes dispongan de ella los llamados a realizar tal tarea.

Es decir, si todas las iniciativas en materia de educación financiera resultan ineficaces, como aparentemente ha sido hasta ahora, es necesario que ésta se haga efectiva a través de la información precontractual que el banco ha de hacer llegar al cliente. Y esta es una labor que podemos presumir implícita en la honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad, requeridas en las actuaciones de las entidades crediticias.

IV. CONCLUSIÓN: EL MILAGRO DE LA EDUCACIÓN FINANCIERA

Parece que se está intentando o esperando que la educación financiera sea el milagro que contrarreste el que podemos denominar "fracaso" de la normativa vigente sobre la tutela del consumidor bancario.

Tanto el legislador comunitario como el nacional, juegan con el factor de la información como eje de la protección del consumidor, justificándose siempre en el principio de transparencia; sin embargo, se advierte insuficiente. Ni la transparencia, ni la información bastan, y para intentar completar la tutela, el legislador ha optado por la posibilidad de la autotutela.

Es indispensable que el inversor adquiera cultura y logre dominar al menos las nociones más básicas de del mundo de las finanzas. El legislador ha integrado así el binomio de la hetero y autotutela, aunque dado el énfasis en la educación financiera, todo apunta a una mayor inclinación a ésta última.

Hay que notar además, que la educación financiera se configura como una facultad, una opción que el consumidor puede elegir, pero en realidad sobre él no recaen ni la obligación ni el deber de "educarse" financieramente, por lo que éste en aras de emplear su tiempo libremente, seguramente elegirá, por comodidad, falta de ganas en conocer el mundo financiero o simplemente por insuficiencia de medios para que realmente comprenda algo, fiarse de los profesionales del sector bancario; y no por ello deben sentirse culpabilizados o responsables, puesto que la

educación financiera es un derecho, no una imposición, y el sistema normativo de tutela debe funcionar y proteger al consumidor independientemente de él.

Es algo de lo que el legislador europeo es consciente, y quizás si fuese una obligación se reforzaría aún más la contratación responsable.

Prueba de que, a pesar de las iniciativas, planes e intervenciones llevadas a cabo, tanto a nivel europeo como nacional, seguimos estando lejos de conseguir el objetivo de contar con una población formada e instruida financieramente, es precisamente la existencia del art.6 en la Directiva, que sigue planteando la necesidad de una educación financiera para todos, puesto que, al fin y al cabo, todos somos consumidores.

Para terminar, debemos plantearnos, y esta es la cuestión principal tras todo cuanto expuesto, si incluso habiendo logrado finalmente formar financieramente, tan anhelado objetivo fuese realmente útil para los fines que se esperan de él.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA VALIDEZ O NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA DE ACCIONES INSERTA EN CONTRATOS ENTRE PROFESIONALES Y CONSUMIDORES

CONSIDERATIONS ON THE PROPOSAL OF THE EUROPEAN COMMISSION ABOUT THE VALIDITY OR NULLITY OF A WAIVER ACTIONS CLAUSE INSERTED IN CONTRACTS BETWEEN SELLERS AND CONSUMERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 710-721

Pedro José
LÓPEZ MAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente trabajo analiza los argumentos que ofrece la Comisión Europea para declarar abusiva la cláusula de renuncia de acciones por parte del consumidor frente al profesional. En concreto, atiende a la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, y no a la falta de transparencia de la cláusula como venían entendiendo nuestros Tribunales. Este razonamiento, según creemos, poco diferirá de la respuesta final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo transaccional; novación; cláusulas abusivas; control de transparencia; desequilibrio importante.

ABSTRACT: *This paper analyzes the arguments offered by the European Commission in order to declare a waiver actions clause by a consumer to be unfair. Specifically, these arguments refer to the existence of a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, and not to the lack of transparency of that clause as indeed Spanish courts were construing. We believe this reasoning will differ little from the final response from the Court of Justice of the European Union.*

KEY WORDS: *Settlement agreement; novation; unfair terms; transparency test; significant imbalance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ESPERADA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA ABUSIVIDAD DE LA RENUNCIA DE ACCIONES COMO CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO.- 1. Resumen de los hechos.- 2. El "contagio" de la abusividad y el control de transparencia.- 3. La cláusula de renuncia de acciones en particular.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante) núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088) hasta el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en lo sucesivo) en Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Asunto *Gutiérrez Naranjo et al.*, (acumulados C-154/15; C-307/15; y C-308/15), ha sido práctica habitual de las entidades bancarias contactar con aquellos clientes con los que previamente habían suscrito un contrato de préstamo hipotecario, cuya escritura contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés –la conocida como cláusula suelo–, a fin de estipular un nuevo "convenio". A partir del mismo, la entidad, unas veces, novaba a la baja la citada cláusula, otras, la eliminaba (o suspendía su aplicación) u ofrecía otros servicios que podían resultar beneficiosos para el consumidor. En cualquier caso, ello era a cambio, claro está, de renunciar al ejercicio de cualesquiera acciones judiciales tendentes a conseguir la nulidad de la cláusula suelo y la eventual restitución de las cantidades abonadas en exceso.

No obstante, el problema acerca de la validez o nulidad de la cláusula de renuncia de acciones, se plantea cuando los consumidores pretenden hacer valer su derecho a reclamar la restitución íntegra de las cantidades abonadas indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013, al amparo de la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Asunto *Gutiérrez Naranjo et al.*, (acumulados C-154/15; C-307/15; y C-308/15).

La denominada jurisprudencia menor estimó desde un inicio las pretensiones de los consumidores quejosos. En efecto, el argumento principal –y en ocasiones único– atendía a la extensión o propagación de los efectos de la nulidad a las ulteriores novaciones que tuvieran base en el negocio inicial, como así lo hizo la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP, en adelante) de Badajoz núm. 168/2018, de 26 de abril (JUR 2018, 154587), recogiendo el fallo y razonamiento de la STS

• Pedro José López Mas
Profesor Colaborador de Derecho Civil de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: plopez153@gmail.com

núm. 558/2017, de 16 de octubre (RJ 2017, 4332), al calificar el nuevo acuerdo alcanzado como novación modificativa.

Sin embargo, el Alto Tribunal dictó con fecha 11 de abril de 2018 la Sentencia núm. 205/2018 (RJ 2018, 1668) y entendió que la nueva relación jurídica no era "propiamente" una novación, sino un acuerdo transaccional y, además, válido en tanto que, a su juicio, advertía la finalidad de evitar una controversia judicial acerca de la validez de la cláusula suelo y sus eventuales efectos. También señaló que esta transacción no sería nula siempre que la misma no contraviniera la ley y superara el preceptivo control de transparencia, que sería doble en el caso de que el adherente fuera un consumidor (el control formal o de inclusión y el control de comprensibilidad real del contenido). El Tribunal terminó concluyendo que el caso de autos pasaba los filtros expuestos con, desde nuestro punto de vista, discutibles criterios argumentativos. Esta Sentencia incluyó, asimismo, un voto particular discrepante emitido por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO en virtud del cual la cláusula de renuncia de acciones debería de haber sido calificada como acuerdo novatorio y consecuentemente ineficaz por los motivos que ya aducía la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales.

II. LA ESPERADA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA ABUSIVIDAD DE LA RENUNCIA DE ACCIONES COMO CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO

1. Resumen de los hechos

En este contexto de duda y discrepancia doctrinal y jurisprudencial sobre la calificación que debe recibir la cláusula de renuncia de acciones (novación modificativa o transacción) y las ulteriores consecuencias derivadas de ello, se plantea ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (AJPII, en adelante) núm. 3 de Teruel una demanda por la que se interesa la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo inserta en escritura de préstamo hipotecario y restitución de las cantidades indebidamente abonadas por este concepto. Habida cuenta que la demanda se plantea una vez se había otorgado un nuevo acuerdo en cuya virtud tanto la entidad bancaria como la parte prestataria renunciaban "expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que trajera causa de su formalización y clausulado" y a la vista del incierto panorama, el Magistrado-Juez del meritado Juzgado dicta Auto con fecha 26 de junio de 2018 (TOL 6.835.765) por el que suspende el procedimiento y acuerda elevar al TJUE cinco cuestiones prejudiciales derivadas de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, (Directiva 93/13, en lo sucesivo).

En este sentido, el auto de remisión plantea los siguientes hechos probados que transcribimos literalmente:

"El día 23 de julio de 2010 la promotora "Obras y Excavaciones Collados, S.L." suscribió con la "Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón" (actual "Ibercaja Banco S.A.") escritura de constitución de servidumbre, declaración de obra nueva en construcción novación, ampliación de préstamo y división en régimen de propiedad horizontal, en la cual obraba una cláusula de intereses (euríbor más un punto porcentual) y con la referencia de "Tipo de interés máximo y mínimo", señalándose como límites del tipo de interés máximo el del 9,75% anual y el tipo de interés mínimo el 3,25% anual.

El día 23 de diciembre de 2011 la entidad promotora, "Obras y Excavaciones Collados, S.L." suscribió con Dña. Estrella, una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca en virtud del cual la finca descrita se encontraba gravada con una hipoteca a favor de la entidad bancaria "Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón" (actual "Ibercaja Banco, S.A."), comprándola por el precio global de 141.237,84 euros que junto con el IVA alcanzaba la cantidad total equivalente a 148.813,04 euros […].

En dicho contrato se pactaron entre otras que la actora, Dña. Estrella, se subrogaba en los pactos y condiciones que manifestaba conocer y aceptar expresamente, asumiendo la obligación personal garantizada con la hipoteca y subrogándose, sin novación, en la condición jurídica de deudor, solicitando a la Caja que liberare de cuantas responsabilidades traigan a causa del citado préstamo al primitivo deudor.

El día 4 de marzo de 2014, la entidad bancaria "Banca Grupo Cajatres" (actual "Ibercaja Banco, S.A.") suscribió con la actora, Dña. Estrella, un contrato de novación modificativa del préstamo por el que ambas partes renunciaban expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que trajera causa de su formalización y clausulado, recalcando que la formalización del presente documento constituía una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo y la parte prestataria escribía y firmaba de su puño y letra que soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mí préstamo nunca bajará del 2,35% nominal anual".

Igualmente, resulta probado que el denominado "contrato de novación modificativa" de fecha 4 de marzo de 2014 incluía en su clausulado, varias estipulaciones: que era deseo de la prestataria rebajar el tipo mínimo pactado y la entidad bancaria atendía dicha solicitud; que la prestataria reconocía que se le había reiterado la explicación – incluso con ejemplos– de que el tipo de interés mínimo se aplicaría preferentemente al interés variable convenido cuando el mínimo fuera superior al variable; que la prestataria había escrito de su puño y letra "SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35% NOMINAL ANUAL"; que entidad

bancaria y parte prestataria renunciaban mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que trajera causa de la formalización del nuevo clausulado por las liquidaciones y pagos realizados hasta dicha fecha; y que la escritura constituía una novación sujeta a la Ley 2/1994, de 30 de marzo.

Finalmente, el Juzgado plantea cinco cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 93/13 que, en aras de evitar resultar repetitivos, expondremos al tiempo de resolverlas. Sea como fuere, la petición de decisión prejudicial es referenciada como Asunto C-452/18 y el meritado auto es notificado a la Comisión Europea con fecha 11 de julio de 2018, la cual presenta ante el TJUE escrito de alegaciones con fecha 16 de noviembre de 2018 aconsejando la resolución de las cinco cuestiones prejudiciales elevadas.

2. El "contagio" de la abusividad y el control de transparencia

Las cuestiones prejudiciales primera, segunda y cuarta, que, dicho sea de paso, expondremos al mismo tiempo por razones metodológicas, rezan:

"A) Si el artículo 6, apartado primero, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas debe extenderse automáticamente a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esa cláusula.

B) Si los documentos que modifiquen o transijan cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13.

D) Si, al analizar un contrato de novación modificativa, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, dado que el profesional no informó al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca".

La Comisión, en este sentido, indica que los negocios jurídicos llevados a cabo sobre cláusulas abusivas no pueden "contagiarse" de dicha causa de ineficacia, o lo que es lo mismo, la declaración de abusividad de la nueva cláusula no será automática o *ipso iur*e, sino que el hecho de reputarla abusiva dependerá de las circunstancias en las que se insertara en el contrato de préstamo hipotecario. En efecto, será preciso analizar si la nueva estipulación contractual cumple el requisito de transparencia al que alude el art. 4 de la Directiva 93/13. Y es que lo contrario limitaría la libertad contractual de que gozan las partes que, en principio, son libres de modificar el antiguo contrato o, incluso, de otorgar uno nuevo. Aclara,

no obstante, que ello es sin perjuicio de las consecuencias que pueda prever el Derecho privado de cada Estado miembro en caso de novación de una cláusula considerada nula, pues la función de calificar la relación jurídica corresponde a los Juzgados y Tribunales de cada uno de los Estados –y no al Tribunal de Justicia, y mucho menos a la Comisión Europea–.

En cualquier caso, para entender acreditado el requisito de transparencia no basta con que el contrato refleje los criterios para comprender las consecuencias económicas que se derivan de las nuevas cláusulas, sino que el consumidor ha de ser efectivamente informado en la fase precontractual sobre el coste económico que supone la estipulación en su préstamo.

Aquí, sin embargo, la Comisión desde nuestro punto de vista comete un exceso, ya que, como se venía diciendo incluso por el propio Ejecutivo europeo, la función de calificación del negocio jurídico y de sus efectos corresponde a los Juzgados y Tribunales de los Estados miembros. Y lo cierto es que con lo antedicho la Comisión estaría obviando el Derecho interno, en este caso español, al extralimitarse obligando a realizar un nuevo control de transparencia sobre la recién incorporada cláusula. De facto, el art. 8 de la reseñada Directiva ampara a los Estados miembros para otorgar disposiciones más estrictas que las estipuladas por la norma comunitaria a fin de mantener el ámbito de protección de los consumidores. En este caso, el legislador español ha optado por la fórmula reforzada de la nulidad absoluta de la estipulación declarada abusiva. Efectivamente, el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU, en lo sucesivo) declara que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, subsistiendo, si fuera posible, el contrato que las contuviera y en el cual estuvieran insertas, de acuerdo con el principio de conservación del negocio jurídico. De igual forma, el art. 86, apartado séptimo, tilda de abusivas a aquellas cláusulas que impongan la renuncia o limiten los derechos de los consumidores, y de manera similar el art. 87, apartado sexto, ambos del TRLGDCU, en tanto se imponga al consumidor obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de sus derechos.

Sea como fuere, a nuestro juicio, resulta indiferente que este nuevo "acuerdo" sea calificado de novación modificativa o de contrato de transacción. Así, como es sabido, la institución de la nulidad no admite subsanación ni convalidación, y las cláusulas y negocios jurídicos que dimanen o traigan causa directa de la afectada de nulidad correrán su misma suerte por cuanto nos hallamos ante una cuestión de orden público. Por un lado, si entendemos que lo que ha existido es una modificación de la obligación declarada nula por abusiva, el art. 1208 Código Civil (CC, en lo que sigue) reconoce que "la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada

por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen", y evidentemente, como se ha dicho, estamos ante una nulidad absoluta apreciable de oficio, y no ante una causa que solo pueda ser alegada por el deudor. De igual manera, es doctrina del Alto Tribunal español que no cabe la convalidación ni la subsanación de las cláusulas viciadas de nulidad, porque "quod nullum est nullum effectum producit" y entre ellas cabe destacar la STS núm. 558/2017, de 16 de octubre (RJ 2017, 4332) y anteriormente la STS núm. 654/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 5501). Por otro lado, si admitimos que lo que aquí ha existido es un contrato de transacción por el cual ambas partes renuncian a instar un proceso sobre la cuestión acordada a cambio de dar, prometer o retener alguna cosa en términos del art. 1809 CC, seguiríamos encontrándonos ante la imposibilidad de otorgar validez a este nuevo negocio jurídico. En este sentido, a pesar de que el art. 1809 y siguientes del Código no prevén como límite para este contrato transigir sobre cláusulas nulas, sí que lo hace el art. 1255 CC en general al limitar los pactos y cláusulas a la no contravención de la ley, la moral y, especialmente, el orden público. Efectivamente, de admitir la validez de un contrato de transacción derivado de una cláusula declarada abusiva, estaríamos amparando la mala fe del profesional que predispone una cláusula genérica de renuncia de derechos que son inherentes al consumidor, amén de contrariar el orden público estatal y comunitario, así como el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 de la Constitución española (CE, en adelante).

3. La cláusula de renuncia de acciones en particular

Al margen de lo ya indicado, la Comisión Europea propone tratar conjuntamente las cuestiones prejudiciales tercera y quinta en tanto que ambas hacen referencia a la cláusula de renuncia de acciones propiamente dicha, y las reformula de la siguiente manera:

"El artículo 3 de la Directiva, ¿debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones que sea incluida sin que haya sido objeto de negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debe considerarse abusiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derecho y obligaciones de las partes que se derivan del contrato?".

La Comisión comienza aclarando que, aunque lo cierto es que el TJUE deja una gran libertad al juez nacional a la hora de apreciar la abusividad de una cláusula inserta en un contrato, pues han de ser analizadas todas las circunstancias del caso concreto, de manera excepcional admite pronunciarse sobre su abusividad. Esto ocurrirá "cuando no cabe ninguna duda de que lo son y dicho carácter no depende del examen de las circunstancias particulares de cada caso". En este

caso el Tribunal podrá pronunciarse en el sentido de declarar la abusividad de la reseñada cláusula de renuncia de acciones, y ello conforme a los siguientes argumentos.

El art. 3 de la Directiva 93/13 declara que:

"1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, *causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes* que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido *redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido*, en particular en el caso de los contratos de adhesión", (la negrita es nuestra).

En primer lugar, respecto a la influencia que pudo tener el consumidor en la redacción de la cláusula de renuncia de acciones, en el caso de autos resulta probado que esta no se había negociado individualmente en tanto que había sido la entidad bancaria *motu propio* la que la habría insertado en el contrato de préstamo. De este modo, el profesional no permitió al cliente margen alguno de negociación, por lo que el primer requisito que exige el art. 3 de la Directiva para declarar la abusividad de la estipulación quedaría cumplimentado.

En segundo lugar, queda meridianamente patente que esta novación (o transacción) causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, pues el profesional, en realidad, en ningún momento renunciaría a las acciones derivadas del comportamiento ulterior del consumidor. Y el ejemplo más claro que ilustra esta realidad es que la entidad sigue disponiendo de la ejecución hipotecaria en caso de impago de la cuota correspondiente por parte de la prestataria. Todo ello implica, en definitiva, que es el consumidor el único que en la práctica estaría renunciando a reclamar las liquidaciones y pagos pasados, y el término "mutuamente" que viene a recoger la cláusula tachada de abusiva no sería tal. Esto viene reforzado por el hecho de que la STJUE de 21 de diciembre de 2016, Asunto *Gutiérrez Naranjo et al*., (acumulados C-154/15 y C-307/15) establecía que procedía la devolución de las cantidades abonadas en exceso con anterioridad a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088).

Asimismo, sigue afirmando acertadamente la Comisión Europea que la cláusula de renuncia de acciones pone en tela de juicio la eficacia de la protección vía jurisdiccional de los derechos que reconoce la Directiva y, de hecho, tiene por objeto excluirla. Admitir su validez sería lo mismo que amparar la renuncia previa de derechos con rango de orden público al impedir de manera tajante y completa

a los órganos judiciales revisar de oficio, recordemos, estipulaciones abusivas. Pero es que, a mayor abundamiento, supondría una vulneración del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, cuyo equivalente en nuestro Derecho interno es el art. 24 CE.

Finalmente, interpreta que ni la legislación de un Estado miembro ni el propio Derecho de la Unión Europea puede permitir la renuncia a la protección jurisdiccional sin que se prevea cualquier otro método de resolución de conflictos equiparable a la tutela que ofrecen los órganos judiciales, tal y como podría ser el arbitraje voluntario.

Y para reforzar sus argumentos el Ejecutivo europeo indica que si la STJUE de 27 de junio del 2000, Asunto *Océano Grupo Editorial*, (acumulados C-240/98 a C-244/98), aseveraba que era abusiva una cláusula no negociada que atribuía la competencia exclusivamente al Tribunal del territorio en que se hallaba el domicilio del profesional, con más razón debe serlo la aquí analizada. Y el argumento dotado de mayor peso sería la causación de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes al excluir del conocimiento de los Tribunales el análisis de la presunta abusividad.

En suma, la cláusula de renuncia de acciones, en tanto que no ha sido negociada individualmente y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato en detrimento del consumidor, debe reputarse abusiva y no resulta siquiera necesario analizarla a la vista del principio de transparencia.

No obstante esto último, cabe recordar que la falta de transparencia de la cláusula de renuncia de acciones era uno de los argumentos principales que se argüía por parte de la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales para declararla abusiva y, en consecuencia, nula *ex* art. 83 TRLGDCU. De hecho, alguna de ellas se mostró contraria a modificar el sentido de su línea interpretativa incluso tras admitirse por el TS la validez del nuevo "acuerdo" al calificarlo como transacción *inter partes* en STS núm. 205/2018, de 11 de abril (RJ 2018, 1668).

En efecto, la ya mencionada SAP de Badajoz núm. 168/2018, de 26 de abril (JUR 2018, 154587) entendió que la renuncia era "inválida" por cuanto había existido más falta de transparencia en la novación que en la propia suscripción del préstamo hipotecario inicial (Fundamento Jurídico Segundo).

De un modo similar la SAP de Segovia núm. 107/2018, de 19 de abril (JUR 2018, 188691) estableció que, aun calificándose la meritada estipulación como acuerdo transaccional, esta no superaba el primer control de transparencia y mucho

menos el segundo. En primer lugar, porque "no aparece como una estipulación independiente ni resaltada de forma alguna", además de tener una redacción farragosa (Fundamento de Derecho Cuarto). En segundo lugar, no había resultado probado que se les hubiera informado a los prestatarios de las consecuencias de su renuncia.

Y, como no podía ser de otro modo, el mismo Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de fecha 26 de junio de 2018 (TOL 6.835.765), afirmó que el profesional faltó a la transparencia al tiempo de formalizar la nueva relación jurídica, la cual, dicho sea de paso, tenía naturaleza de contrato de novación.

Con todo, lo cierto es que de las palabras de la Comisión se infiere que, en caso de no estimarse por parte del Tribunal de Justicia esta interpretación, será necesario valorar la posible falta de transparencia de la nueva cláusula, no siendo posible extender automáticamente a esta última los efectos derivados de la abusividad de la genuina. Sin embargo, esto, como bien ha dicho la Comisión, deben ser los órganos judiciales de cada uno de los Estados miembros los que, a la luz de todas las circunstancias del caso concreto, lo examinen y resuelvan.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

STJUE 27 junio 2000, Asunto *Océano Grupo Editorial*, (acumulados C-240/98 a C-244/98).

STJUE 21 diciembre 2016, Asunto *Gutiérrez Naranjo et al.*, (acumulados C-154/15; C-307/15; y C-308/15).

STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

STS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 5501).

STS 16 octubre 2017 (RJ 2017, 4332).

STS 11 abril 2018 (RJ 2018, 1668).

SAP Segovia 19 abril 2018 (JUR 2018, 188691).

SAP Badajoz 26 abril 2018 (JUR 2018,154587).

AJPII núm. 3 Teruel 26 junio 2018 (TOL 6.835.765).

LA FILIACIÓN Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: A PROPÓSITO DE LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019

FILIATION AND SURROGATE MOTHERHOOD: DUE TO THE DGRN´S INSTRUCTIONS 14TH OF FEBRUARY, AND 18TH OF FEBRUARY 2019

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 722-735

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente artículo pretende dar una breve visión de la situación actual de la gestación por sustitución en España. Principalmente, a raíz de la problemática que ha surgido entorno a los recientes cambios de criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que han afectado considerablemente a los menores nacidos por este método en Ucrania.

PALABRAS CLAVE: Filiación; orden público; gestación por sustitución; maternidad subrogada; reproducción asistida; interés superior del menor

ABSTRACT: *This paper wants to give a short description about the actual situation of the surrogate motherhood in Spain. The main reason to do this are the recent changes which have been introduced by the Justice Ministry, and those changes have affected considerably some of the spanish children who have born in Ukraine using this method.*

KEY WORDS: *Filiation; public order; surrogate motherhood; assisted reproduction; best interests of the child.*

SUMARIO.- I. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.- 1. Marco legal y jurisprudencial.- 2. Práctica registral. - II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, Y SU POSTERIOR DEROGACIÓN POR LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019. - III. ACERCAMIENTO AL CASO CONCRETO: LOS NIÑOS DE UCRANIA.

I. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

1. Marco legal y jurisprudencial

Se entiende por "gestación por sustitución" aquel acto mediante el cual una mujer denominada "gestante", se compromete a gestar un embrión por encargo de otra persona llamada "comitente", con o sin precio, para posteriormente renunciar a la filiación del nacido fruto de dicha gestación, en favor del comitente u otra persona. Siendo, por tanto, múltiples las variantes de dicho contrato.

En ese sentido, puede ser un contrato oneroso o gratuito. Asimismo, mientras la "gestante" solo puede ser una mujer, la figura del "comitente" puede recaer sobre una persona en concreto o sobre una pareja (con independencia del sexo de cada uno). Además, la forma y los motivos de llevar a cabo el contrato pueden ser considerablemente diferentes. Puede recurrir a ella una pareja fértil, que no quiera o no pueda tener descendencia, en cuyo caso generalmente se llevará a cabo una fecundación *in vitro* con los gametos de ambos, para luego implantar el embrión resultante en el útero de la "gestante". También puede suceder que ambos sean estériles y se sirvan de gametos donados (los óvulos pueden ser de la gestante). O incluso, que se utilicen los gametos de solo uno de ellos, por ejemplo, los de varón, y se fecunden con ellos un óvulo de la gestante.

El recurso a esta figura, comúnmente responderá a una imposibilidad, por razones médicas, de la mujer a tener descendencia. Puesto que si el problema de esterilidad es del varón y la mujer es completamente fecunda, la solución suele ser más sencilla, acudiendo a fórmulas como la inseminación artificial con espermatozoides donados.

No obstante, la Ley 14/2006, de 26 de octubre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA) es muy clara en su artículo 10.1, al establecer que: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Graduado en Derecho y Máster en Abogacía. Correo electrónico: gonmuro@alumni.uv.es

convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

Así, la clara negativa del ordenamiento jurídico español a aceptar la presente figura, ha provocado que muchas parejas, principalmente homosexuales o con concretos problemas de fecundidad de la mujer en el caso de las heterosexuales, hayan recurrido a otros países con ordenamientos abiertos a dicha posibilidad para poder cumplir su deseo de ser padres o madres.

Las principales razones por la cuales la maternidad subrogada, la gestación subrogada o la gestación por sustitución, ha sido prohibida en nuestro país, dejando a parte los problemas éticos y morales que a cada individuo se le puedan plantear, son dos[1]. La primera sería la vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano, esto es, la mercantilización tanto del cuerpo de la mujer como de los menores, que choca contra los valores constitucionales (generalmente, se afirma por cierta doctrina la contradicción que supone esta práctica con la dignidad de la persona, art. 10.1 CE[2]). La segunda, pero no por ello menos importante, sería la indisponibilidad del estado civil, ya que las normas sobre determinación de la filiación quedan fuera de la autonomía de la voluntad y se configuran como preceptos de derecho necesario. No siendo posible que una madre renuncie en favor de otra persona al vínculo que le une con su hijo.

De todos modos, como he señalado, esto no ha impedido que bastantes españoles hayan buscado en el extranjero la forma de burlar la legislación estatal. Uno de los casos más paradigmáticos, y que, a su vez, ha sido muy conocido, es el de una pareja homosexual que hace ya más de una década consiguió inscribir en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la filiación de un menor que había nacido fruto de una gestación por sustitución practicada en Estados Unidos, en base a una certificación registral californiana. Dicha inscripción fue confirmada por la RDGRN 18 febrero 2009, la cual admitió la posibilidad de inscribir la filiación obtenida a través del método mencionado.

Sin embargo, finalmente el Tribunal Supremo en la famosa STS (Pleno) 6 febrero 2014[3], denegó la inscripción de la filiación que se había practicado en tal caso con fundamento en un contrato de gestación por sustitución. Pues de otro modo estaríamos admitiendo en nuestro sistema legal una práctica contraria a derecho, que busca soslayar el orden público español. De esta forma, los contundentes

1 De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida" en AA.VV.: *Derecho Civil IV,* 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 299.

2 V. gr., Bellver Capella, V.: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52, y Corral García, E.: "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 38/2013, p. 69.

3 STS (Pleno) 6 febrero 2014 (ROJ 2014, 247).

argumentos que esgrimió el Supremo fueron los siguientes: "nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".

A mayor abundamiento, el Alto Tribunal rechazó que su decisión afectase negativamente al "interés superior del menor" o que la mejor forma de respetarlo fuese admitir como válida una inscripción llevada a cabo de esa manera: "La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales". Sigue diciendo que: "La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo".

Por último, también señala que, si bien el interés superior del menor es algo que debe tener siempre una especial prevalencia, ello no supone que debamos desmerecer o no tener en consideración otros valores o bienes jurídicos dignos de protección. Tales como: "el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación".

Sobre este punto, resulta conveniente añadir que el pasado año 2015, el Tribunal Supremo resolvió un incidente de nulidad de actuaciones mediante el

ATS 2 febrero 2015[4], a raíz de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014[5], caso Mennesson y caso Labassee. Por las cuales, se condenó a Francia por impedir las inscripciones de los padres biológicos, que habían viajado a la India para realizar un proceso de gestación subrogada. Siendo una práctica ilegal en su país al igual que en España.

El Supremo decidió el auto en el sentido de que la STS 6 febrero 2014 no vulnera la doctrina contenida en la resolución del Tribunal de Estrasburgo. Principalmente, porque mientras en el país galo no había posibilidad alguna de reconocer al menor fruto de la maternidad subrogada como hijo propio, en España queda a salvo, por ejemplo, la acción de reclamación de la paternidad, pues si los comitentes son los progenitores biológicos o al menos con que lo sea el padre, se puede reclamar la filiación biológica, o incluso recurrir a otras figuras como la posesión de estado (art. 113 CC). Aquello que el TEDH considera inadmisible es que el menor se encuentre, por así decirlo, en una situación de "limbo jurídico" la cual es contraria al art. 8 del Convenio de Roma, habida cuenta que "a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país que normalmente van a vivir".

No obstante, la posición del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha experimentado una sensible deriva al resolver el caso Paradiso y Campaneli, en la célebre Sentencia "Gran Sala" 24 enero 2017[6]. Puesto que revocó la anterior Sentencia de 27 de enero de 2015 que había condenado a Italia por atentar contra el art. 8 del Convenio de Roma. La Sala consideró que la negativa a inscribir al menor fruto de la maternidad subrogada no violaba el derecho a la "vida familiar". En primer lugar, porque no podemos considerar que hubiese vida familiar, ya fuere por la inexistencia de vínculos biológicos con los comitentes, como por la corta relación que habían mantenido de apenas unos meses. En segundo lugar, porque si bien es cierto que se había producido una injerencia estatal en la vida privada de los demandantes, dicha intromisión es legítima, ya que responde al ejercicio de la autoridad estatal en la materia, por ser el Estado Italiano exclusivamente competente para determinar que la filiación se forma, únicamente, a través del vínculo biológico o la adopción legal.

2. Práctica registral

Llegados a este punto, cabe destacar que la clara postura de la jurisprudencia española confronta con la posición que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha adoptado sobre la cuestión. Sobre todo, desde la publicación de la

4 ATS 2 febrero 2015 (ROJ 2015, 335).

5 SSTEDH 26 junio 2014, caso Mennesson c. Francia, Rec. Núm. 65192, 2011, y caso Labassee, Rec. Núm. 65941, 2011.

6 STEDH, "Gran Sala", 24 enero 2017, Rec. Núm. 25358, 2012.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, la cual ha sido duramente criticada por la doctrina civilista, llegando al punto de tacharla por algunos de inconstitucional[7]. Pues permite, bajo ciertas circunstancias, admitir como válida una filiación que ha sido determinada mediante un contrato de gestación subrogada en el extranjero. Soslayando a todas luces el orden público español.

La referida norma, por un lado, rechaza de plano en su directriz segunda "como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor *en la que no conste la identidad de la madre gestante*".

Sin embargo, por otro lado, admite en su directriz primera que "La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido."

Más adelante, también contempla la posibilidad de que resulte de aplicación un Convenio Internacional a efectos de reconocimiento de la sentencia o que la resolución judicial extranjera tenga origen en un procedimiento análogo a lo que en España denominamos jurisdicción voluntaria.

Todo esto no es más que un reconocimiento indirecto de la maternidad subrogada en España por la vía del Registro Civil, en el cual, si los comitentes acuden a un país extranjero que considere legal el contrato de gestación por sustitución, solamente precisan de una sentencia judicial firme dictada por los tribunales de dicho país que los reconozca como padres de la criatura.

II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, Y SU POSTERIOR DEROGACIÓN POR LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019

Si el sinsentido que supuso la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no era suficiente. Hace ya más dos meses, el pasado mes de febrero, fue dictada por la DGRN la Instrucción de 14 de febrero de 2019 que iba un paso más allá y permitía, por medio de un trámite registral de reconocimiento, inscribir la filiación paterna en favor del comitente español si éste aportaba como medio complementario de acreditación una prueba de ADN, que indicase indubitadamente la realidad de esa filiación paterna biológica.

7 Ferrer Vanrell, M.P.: "La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, Época I, enero-abril 2013, p.75.

Por ello, ya no era necesario conseguir una sentencia firme extranjera que acreditase la filiación de los comitentes que habían recurrido a la gestación por sustitución, sino sencillamente iniciar un trámite administrativo en el propio Registro Civil Consular de reconocimiento extrajudicial de la paternidad. Como señalaba la Instrucción en su directriz segunda: "En caso de que la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, *conste la identidad de la madre gestante*, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español (…)". Pudiendo acreditarla de dos formas: "bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o", y este supuesto es el más interesante, "bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento."

Sobre esta última opción, evidentemente y así lo hace notar la Instrucción, se requerirá el consentimiento expreso de la madre gestante y si estuviere casada (aunque sería muy raro en la práctica) se precisará también el consentimiento del marido por ser de aplicación la presunción de paternidad.

Pues bien, la propia Instrucción que ya se da cuenta de la poca solidez de esta posibilidad, exige como complemento para garantizar que quién dice ser padre verdaderamente lo es y, por supuesto, prevenir cualquier supuesto de tráfico internacional de menores, una prueba de ADN, que se "habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas". Finalmente, añade que, si se pretende determinar la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita, será preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el art. 177 del Código Civil".

Pero si lo expuesto no fuera poco, en su directriz tercera da cobertura "a aquellos casos en que *la ley extranjera aplicable*, conforme al artículo 9.4 del Código Civil español, *determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado*, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal". Para ello da una solución un tanto alambicada y que, a su vez, supone saltarse las normas legales de determinación de la filiación.

En concreto, indica que "ante la eventualidad de que el menor quede desprotegido al no hacerse cargo del mismo la madre gestante, acreditada mediante la correspondiente declaración de esta (lo que en principio podría deducirse de los términos en que haya quedado formalizado el contrato de gestación subrogada), *debe buscarse una solución que tutele de manera efectiva los intereses preferentes de ese menor*, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección de menores del país donde ha nacido. A ello debe preferirse siempre su integración en su familia biológica." Entonces, establece que una vez acreditada la situación anterior, "*si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006*, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del pre embrión transferido a la madre gestante."

Como he dicho, la insólita solución a la que llega la Instrucción es contraria a las normas legales de determinación de la filiación, habida cuenta que a efectos de la legislación española la madre gestante será siempre la madre biológica (maternidad que se habrá establecido por el parto). La madre comitente solo podrá ser madre del menor mediante la adopción legal, salvo que se siga el procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera antes comentado y que también contempla la Instrucción de 14 de febrero de 2019, en su directriz primera.

La finalidad que encierra esta norma es salvar el obstáculo con el que se encontrarían los padres comitentes en aquellos países en los cuales la ley extranjera automáticamente determina la filiación en favor de los padres comitentes. Pues en ese caso, no sería posible acudir al método del trámite registral (principal ventaja que da la Instrucción respecto a la anterior de 2010), ya que la directriz segunda expresamente prohíbe la aceptación de una certificación extranjera en la que no conste la identidad de la madre gestante. Si el país reconoce de forma automática a los padres comitentes, en el certificado de nacimiento no aparecerá la madre gestante.

Para terminar, la directriz tercera hace una última consideración, en la que apunta que, en el supuesto de no realizar la inscripción en favor de la madre comitente para tales casos, el menor quedaría desprotegido. Aunque luego señala que, si el menor permaneciera en el país extranjero que sí reconoce la maternidad de la comitente, por aplicación del art. 9.4 del Código Civil, también se llegaría al reconocimiento de la filiación, porque según el precepto "La determinación y el

carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de la filiación". A mi modo de entender, este último inciso no tiene mucho sentido, pues igualmente sería imposible iniciar un trámite en el Registro Civil al no tener una certificación extranjera donde apareciese la madre gestante.

De todos modos, como dice el refrán "dónde dije digo, digo Diego", ya que unos días más tarde fue dictada la Instrucción de 18 de febrero de 2019, que dejó sin efecto a la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019 y declaró la vuelta al régimen de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

El escenario con el que nos encontramos tampoco es que sea la panacea, porque, aunque se vuelva a requerir una sentencia judicial extranjera, el resultado es casi idéntico. Puesto que, igualmente, es posible introducir en España una filiación que ha sido fruto de la gestación por sustitución en favor de los comitentes.

Al final, la exigencia de una sentencia judicial simplemente es un método más garantista, que pretende, en todo caso, asegurar que la mujer gestante haya consentido someterse al proceso de maternidad subrogada y no recaiga sobre ella ningún tipo de error, violencia, engaño o intimidación. Así como, que no se pretenda encubrir un supuesto de tráfico internacional de menores. Pero, evidentemente, todo esto no quita que la Instrucción esté creando una especie de salvoconducto para sortear la legislación española. No debemos olvidar que, en materia de reconocimiento internacional de sentencias extranjeras, el art. 46.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional señala que: "Las resoluciones judiciales extrajeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público". Dicho de otro modo, no se puede dar validez y eficacia en España a un contrato que según nuestra legislación es nulo, entre otras razones, por atentar contra la dignidad de la mujer.

Desde mi punto de vista, la coexistencia del art. 10.1 LTRHA y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, encierra una profunda hipocresía por parte de la DGRN, y no solo eso, sino también una absoluta omisión del sistema de fuentes y jerarquía normativa.

Pues si seguimos el razonamiento lógico que parece hacer la DGRN, aunque en España se considere ilegal la gestación por sustitución, si acudes a un país extranjero dónde sí sea legal, puedes con cierta facilidad obtener el reconocimiento de una filiación prohibida en España. Lo que, en definitiva, nos lleva al escenario que ya nos advertía la STS 6 febrero 2014, el establecimiento de una "ciudadanía censitaria". Mientras que cada vez es más difícil formar una familia o conseguir estabilidad económica a los jóvenes, otros piden hijos por encargo países más

pobres, convirtiendo el acceso a la maternidad o la paternidad en un lujo al alcance de solo unos pocos.

Cierta doctrina, ha querido ver en la mentada Instrucción un eventual ejercicio de lo que se conoce como "orden público atenuado". Es decir, dotar de ciertos efectos en España a instituciones desconocidas o ilegales en nuestro país, con el objeto de proteger a la parte más débil o a un interés digno de protección. El caso más común, es el de determinadas instituciones islámicas como el matrimonio polígamo, el cual, si bien no se reconoce, sí se ha permitido a las mujeres unidas a un hombre por dicha institución tener acceso a algunas prestaciones. Empero, esa idea ha sido rechazada por la misma doctrina, pues como se puede ver, el reconocimiento que pretende la Instrucción supone la recepción directa de la figura de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico[8].

En relación con esto, es interesante poner de relieve el Informe que el Comité de Bioética de España publicó el 19 de mayo de 2017, en el que se mostraba totalmente en contra de la gestación subrogada, llegando a manifestar que vulnera "la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación". Seguidamente, recomendaba tomar medidas para garantizar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, así como promover la prohibición internacional de la maternidad subrogada, imponiendo sanciones a las agencias que permiten su consecución si fuera necesario.

Para cerrar este capítulo, recientemente el TEDH ha publicado una opinión no vinculante sobre la materia. En ese sentido, el pasado 10 de abril de 2019[9] a instancia de Francia estableció que los países deben garantizar que la madre intencional pueda convertirse en la madre legal del menor, por respeto a lo regulado en el art. 8 de la Convención de Roma. Si bien considera que no es posible exigir a los países que establezcan dicho reconocimiento a través de un trámite de inscripción registral. Por tanto, sería conforme a la interpretación del TEDH la posibilidad que da la legislación española de adopción legal por parte de

8 De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele,* Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 621-622.

9 *Advisory Opinion*, "Gran Sala", 10 abril 2019, Petición núm. P16-2018-001.

la madre comitente. Eso sí, el TEDH afirma que el reconocimiento de la filiación se debe implementar de "manera rápida y efectiva".

Tal vez, en este controvertido asunto en el término medio esté la virtud, por ello veo muy interesante la solución que ha propuesto Portugal sobre esta cuestión. En concreto, se trata de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que ha introducido la gestación por sustitución, pero solo de forma excepcional, en los casos en los que por ausencia de útero o cualquier otro problema médico la mujer no tenga la posibilidad de quedarse embarazada, o acredite una situación clínica que lo aconseje. Además, el contrato deberá ser necesariamente gratuito y al menos, utilizarse el gameto de alguno de los comitentes. Todos aquellos contratos que no cumplan los requisitos anteriores serán nulos, incluso se prevén sanciones penales para quiénes los lleven a término. En particular, sí se podrán compensar los gastos médicos y para garantizar la plena autonomía de la madre gestante, el contrato no podrá celebrarse cuando exista una relación de dependencia entre las partes, ya sea laboral o de prestación de servicios.

III. ACERCAMIENTO AL CASO CONCRETO: LOS NIÑOS DE UCRANIA

No podía acabar el presente artículo sin comentar una de las razones prácticas por las que esta cuestión es de última actualidad. Se trata de la situación en la que se encuentran muchos menores que han nacido en Ucrania por encargo de comitentes españoles mediante el contrato de gestación por sustitución.

El caso se ha vuelto especialmente dramático en los últimos meses a causa del cambio inopinado que supuso la Instrucción de 18 de febrero de 2019, pues la Ministra de Justicia paró "personalmente" la anterior Instrucción de 14 febrero, al ver que no estaba al corriente de la situación[10]. Como ya he comentado antes, gracias a la Instrucción de 14 febrero era posible inscribir a los menores en el registro Civil Consular por medio de una prueba de ADN. Pero claro, ante la brusca modificación reglamentaria se precisa nuevamente la sentencia judicial.

A esto se añade la especial complejidad que presenta el panorama ucraniano. Tal como informa la agencia "Surrobaby"[11], la legislación ucraniana reconoce expresamente el contrato de gestación por sustitución. A saber, el artículo 123 del Código de Familia ucraniano otorga la condición de padres legales a los cónyuges que conciben a un niño o niños por medio de tecnologías reproductivas, como puede ser la maternidad subrogada. Por consiguiente, en el certificado de nacimiento ucraniano los padres serán lo comitentes, careciendo de cualquier

10 https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/

11 http://www.surrobaby.es/ucrania_info.aspx

derecho sobre el menor la madre gestante. Esto conlleva que el menor no sea a los efectos de Ucrania ucraniano, pero tampoco será posible inscribir al menor en el Registro Civil Consular, por no haberse respetado los derechos de la madre gestante, la cual no aparecerá en el certificado de nacimiento. Igualmente, no será de aplicación el recurso a la sentencia judicial que es el sistema que se sigue en EE.UU. y Canadá.

La consecuencia será que el menor solo podrá salir del país eslavo al acreditar su situación de apátrida, y de esa forma conseguir un pasaporte ucraniano que le permita llegar a España, dónde a través de ciertos mecanismos jurídicos pueda ser reconocido como hijo de los comitentes. Lo más inteligente sería seguir lo que ya recomendó la STS 6 febrero 2014, pues, si el padre comitente es padre biológico, puede convertirse en padre legal del menor mediante la acción de reclamación de paternidad. Luego, la madre comitente podrá iniciar una adopción legal conforme al art. 176 CC, previo consentimiento de la gestante, y si está casada con el padre no necesitará la declaración de idoneidad. No obstante, la situación se complica en la práctica, pues obtener un pasaporte puede implicar una espera de varios meses.

Uno de los motivos por los que este país esta siendo objeto de atención, es lo económico de su oferta. Seguir el método de la gestación por sustitución es muy caro. De hecho, en países como EEUU, según indican agencias como a la que he hecho referencia, la cifra puede alcanzar los 150.000 € o más. Sin embargo, en Ucrania el precio se reduce significativamente, rondando los 35.000 o 40.000 €. Esta es una de las claves por las que hay tantos casos de menores nacidos en Ucrania con padres comitentes españoles, y se espera que su número siga aumentando, habida cuenta que según informa "Surrobaby"[12], tienen ya en marcha al menos 80 procesos de gestación por sustitución entre Ucrania y Georgia.

12 https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/

BIBLIOGRAFÍA

Bellver Capella, V.: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015.

Corral García, E.: "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 38/2013.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti* e *obbligazioni, famiglie* e *successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele,* Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017

- "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida" en AA.VV.: *Derecho Civil IV,* 2ªed, Tirant lo Blanch, Valencia.

Ferrer Vanrell, M.P.: "La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, Época I, enero-abril 2013.

LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS. REFERENCIA A LA POSIBILIDAD DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

OPPOSITION TO THE EXECUTION OF ALIMONY. REFERENCE TO THE POSSIBILITY OF TERMINATION OF MAINTENANCE IN THE EXECUTIVE PROCEDURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 736-745

Juan José
NEVADO
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En el trámite de oposición a la ejecución de las pensiones alimenticias, el demandado puede alegar que la reclamación se realiza con abuso del derecho, y solicitar que se estime la oposición declarando extinguida la obligación de pagar pensión.

No es posible declarar esa extinción en el procedimiento de ejecución, debiendo de acudir al de modificación de medidas.

PALABRAS CLAVE: Abuso de derecho; pensión de alimentos; ejecución.

ABSTRACT: *In the process of opposition to the execution of maintenance, the defendant can claim that the claim is made with abuse of the right, and request that the opposition be considered declaring the obligation to pay pension extinguished.*

It is not possible to declare that extinction in the execution procedure, having to resort to the modification of measures.

KEY WORDS: *Abuse of right; alimony; execution.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- III. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.- IV. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL TRÁMITE DE EJECUCIÓN.- V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC).- VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS).- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En algunas ocasiones, en los procedimientos de ejecución de pensiones de alimentos o compensatorias, el ejecutado alega en el trámite de oposición que hubo una modificación sustancial de las circunstancias, y que como consecuencia de dicha alteración, debe tenerse por extinguida la obligación de la que nace el pago que se le reclama, solicitando que se estime la oposición a la ejecución y se declare que no adeuda la cantidad pretendida.

Valgan como ejemplos los alimentos reclamados a un progenitor cuando los menores han estado viviendo con él con cambio del sistema de custodia que se estableció en la sentencia, alimentos reclamados a un progenitor para hijos que cuentan con medios de vida propios, o pensiones compensatorias reclamadas al excónyuge por quien contrajo nuevo matrimonio con anterioridad a las pensiones reclamadas.

La variación de las circunstancias respecto a las que existían cuando se estableció la pensión no es causa de oposición que se recoja en el art. 556 LEC, pero hay Juzgados y Tribunales que aplicando el criterio formalista y salvaguardando el principio de legalidad no admiten la oposición a la ejecución y consideran que la extinción de la obligación de pago debe realizarse en un procedimiento de modificación de medidas, y por el contrario, otros que invocando el abuso del derecho y la prohibición del enriquecimiento injusto, estiman la oposición y suspenden el procedimiento al considerar que las cantidades solicitadas no son exigibles porque no se daban los requisitos para que las medidas pudieran hacerse efectivas, aunque el demandado deba acudir al procedimiento de modificación para que se declare la extinción.

Se estudian ambas posturas con especial referencia a dos resoluciones recientes sobre la materia del TS y del TC.

• Juan José Nevado Montero
Doctorando en Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, UNED, Abogado. Correo electrónico: jnevado@icav.es

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La situación objeto de estudio es la del demandado en un procedimiento de ejecución de sentencia en que se reclaman pensiones de alimentos o compensatorias cuando durante el período que se reclama habían cambiado las circunstancias respecto al momento en que se estableció la obligación en sentencia.

Pensemos a modo de ejemplo en aquel progenitor que pagaba una pensión de alimentos establecida judicialmente y que deja de pagar porque los hijos que residían con el otro miembro de la pareja pasan a hacerlo con él, o porque de una custodia monoparental se pasa a compartida sin interponer un procedimiento de modificación de medidas.

El demandado, únicamente podrá oponerse a la demanda ejecutiva alegando el pago de la pensión, pues el art. 556.1 LEC no permite otra opción, si bien, algunos órganos judiciales han optado por admitir como instrumentos moderadores de ese rigor jurídico los institutos de la prohibición del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa.

III. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

Las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos, y las medidas que contengan serán ejecutivas hasta que sean modificadas en una nueva resolución (art. 18 LOPJ), así en la cuestión objeto de estudio, el ejecutado no podría oponer el cambio de circunstancias para negarse al pago de la pensión si no interpuso en su día una demanda de modificación de medidas que haya sido resuelta.

Pero esta obligación de seguir al pie de la letra las resoluciones judiciales hay que cohonestarla con lo que establecen los artículos 11 LOPJ y 7 CC.

La primera norma obliga al respeto de las normas de la buena fe (reclamar alimentos que no son debidos ha sido considerado como mala fe por el TS, como se comentará en el epígrafe 6), y obliga a los órganos judiciales a rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho.

Por otra parte, el CC establece que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y en caso de que ese ejercicio haya ocasionado daño, garantiza indemnización y medidas judiciales o administrativas que impidan que persista el abuso.

En los procedimientos de ejecución, en la situación que se estudia, el juzgador se encuentra ante un dilema, pues si aplica con rigor tanto el art. 556 LEC como el 18 LOPJ debe de desestimar la oposición a la ejecución, porque aunque se

le invoquen circunstancias que serían susceptibles de llegar a buen puerto en un procedimiento de modificación de medidas (la extinción de la pensión de alimentos por nueva situación de guarda y custodia), no son causa de oposición, pero si tiene en cuenta el 11 LOPJ y 7 CC, puede evitar una injusticia.

En este último caso, cabe preguntarse si el juez puede simplemente suspender la ejecución o estimar la oposición, o puede en el procedimiento ejecutivo declarar la extinción de la pensión, modificando con ello una de las medidas establecidas en la sentencia que se ejecuta.

IV. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL TRÁMITE DE EJECUCIÓN

La normativa procesal civil contempla un procedimiento específico para la modificación de las medidas paternofiliales adoptadas en una resolución, que es el del art. 775 LEC, por lo que en principio no se podría esperar a que se ejecutara la sentencia que fija la pensión de alimentos para oponerse a dicha ejecución y conseguir la extinción de la obligación sin pasar por el trámite de modificación de medidas, sin embargo, es posible encontrar resoluciones en que por determinadas circunstancias, entre ellas el abuso del derecho, enriquecimiento injusto o mala fe de quien reclama, se dejan sin efecto o se suspenden las medidas acordadas en un procedimiento anterior.

Únicamente cuando nos encontráramos en alguna de las situaciones que contempla el art. 158 del CC podría modificarse alguna de las medidas sin pasar por el procedimiento específico del art. 775 LEC, pues al amparo de aquel pueden adoptarse medidas "dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria", pero a mi juicio no resulta posible invocar éste artículo para oponerse a una ejecución de pensiones de alimentos, pues el precepto únicamente se refiere a "medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo", tenor que permitiría establecer una pensión, pero no declararla extinguida.

Si frente a una demanda ejecutiva se plantea una oposición alegando que han cambiado las circunstancias, normalmente el actor alegará que al no recogerse como causa de oposición esa variación, debe resolverse la desestimación, pudiendo el ejecutado acudir al procedimiento de modificación de medidas, si bien suelen acordarse estimaciones parciales de la oposición, o dejarse en suspenso el procedimiento ejecutivo cuando se produce un abuso de derecho, con fundamento en los arts. 11 LOPJ y 7 CC, como se ha explicado. Son ejemplos de este tipo de resoluciones el AAP Barcelona (Sección 12ª) 11 julio 2018 (rec. núm. 1076/2017), que estima parcialmente la oposición a la ejecución de pensiones de alimentos de

un padre que alega que su hijo era independiente económicamente en parte del período reclamado. No se declara la extinción de la pensión, pero se admite la oposición desde la independencia del hijo. O el AAP Barcelona (Sección 18ª) 11 julio 2018 (rec. núm. 1398/2017), en que se estima la oposición a la ejecución de pensión de alimentos de un padre que alega que durante el período reclamado los hijos residían con él. En la instancia se había desestimado la oposición por considerar que esa causa no se encontraba dentro de las recogidas en el art 556 LEC, pero la Audiencia considera que no se puede amparar el abuso de derecho y estima la oposición, sin pronunciarse sobre la extinción de la pensión, por lo que cabe deducir que el padre debería de acudir al procedimiento de modificación de medidas si la pretende (en el mismo sentido el AAP Barcelona (Sección 18ª) 11 julio 2018, (rec. núm. 21/2018)).

En algunas ocasiones, a pesar de que las circunstancias han variado, se continúa con la ejecución al no haber interpuesto el demandando en su momento un procedimiento de modificación de medidas, pues no puede extenderse el ámbito de la oposición a la ejecución más allá de lo que ha querido el legislador (AAP Cádiz (Sección 5ª) 16 marzo 2012, (rec. núm. 415/2011)).

Una cuestión que merece ser tenida en cuenta es la posibilidad de que la suspensión de la ejecución de las pensiones alimenticias en el trámite de oposición a la ejecución al estimar que concurre abuso de derecho pueda perjudicar al progenitor cumplidor. Pensemos en el caso de un demandado que se opone a la ejecución alegando abuso de derecho. Si ese progenitor interpone una demanda de modificación de medidas, podría conseguir que se declarara la extinción de la pensión, con eficacia retroactiva, y si durante ese tiempo no ha pagado nada se le podría pedir. Pero si hasta que se resuelve el procedimiento de modificación el progenitor hubiera seguido pagando, no se le podría devolver la cantidad que no debía haber satisfecho, pues desde que se publicara la STS de 18 de abril de 1913 se estableció una línea jurisprudencial por la que no se acepta que puedan devolverse las pensiones que se han percibido, pues se suponen consumidas en necesidades perentorias de la vida.

Sin embargo, y en aras a evitar el enriquecimiento injusto o sin causa, algunas resoluciones sí que condenan a la devolución de pensiones alimenticias abonadas de forma indebida, como la SAP Madrid (Sección 24ª) 06 julio 2011 (rec. núm. 241/2011), que confirma la sentencia que declara extinguida la pensión de alimentos establecida en su día a favor de la hija, con efectos retroactivos desde la fecha en que fue emplazada, pues quedó probado que la madre, gestora de la pensión, no la había destinado a las necesidades de su hija, que era independiente económicamente, sin que dicho extremo se hubiera comunicado al padre.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)

En la STC (Sala 2ª) 23 abril 2018, (rec. núm. 1246-2016), se resuelve un recurso de amparo que tiene su origen en un procedimiento de modificación de medidas interpuesto por un padre que solicita la extinción de la pensión de alimentos de su hijo porque según alega es mayor de edad e independiente económicamente, con efectos desde interposición de demanda.

En primera instancia se accede a la extinción, pero sin efectos retroactivos, resolución que devino firme al no ser apelada por las partes.

La madre instó la ejecución de sentencia por las pensiones devengadas hasta la fecha y el padre se opuso al despacho de ejecución al entender la sentencia como declarativa y no de condena, y subsidiariamente por falta de legitimación activa de la madre y ejercicio abusivo del derecho al ser independiente económicamente el hijo en el período temporal de las pensiones reclamadas.

Se desestima la oposición a la ejecución y el padre interpone recurso de apelación, que es estimado al considerar que concurre abuso de derecho y enriquecimiento injusto por tener el hijo medios económicos propios.

La madre interpone un incidente excepcional de nulidad de actuaciones alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías, que es inadmitido al no apreciar vulneración de normas procedimentales ni indefensión.

Demanda entonces en amparo contra la inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y contra el auto que resolvió la apelación, porque considera vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, el derecho a un proceso con todas las garantías y el principio de igualdad en aplicación de la ley

La recurrente entiende que se ha modificado el fallo de la resolución que ejecuta y que le reconoce el derecho de crédito de las pensiones que reclama, y que se ha hecho con base en un motivo de oposición que no recoge el art. 556 LEC.

El TC estima el recurso de amparo porque considera que el tribunal de apelación que estima la oposición a la ejecución no tiene en cuenta que el padre que se opone al despacho de ejecución no impugnó la sentencia que denegó efectos retroactivos a la extinción de la pensión de alimentos, y por ello esa estimación de la oposición a la ejecución evita que la sentencia firme que extingue

la pensión alimenticia desde su dictado alcance la intangibilidad que le confiere el ordenamiento, pues no puede ser ejecutada en sus propios términos.

A mi juicio, resulta lógica la decisión del TC por cuanto no resulta admisible que el padre se aquiete frente a la sentencia que le obliga a pagar la pensión de alimentos hasta que se dicta, y sin embargo se oponga acto seguido a que la misma se ejecute conforme a sus términos, pero a contrario sensu cabría entender que si se hubiera apelado la irretroactividad de la extinción de la pensión, podría admitirse la oposición a la ejecución de dicha pensión con base en el abuso de derecho, aunque no se hubiera estimado la apelación.

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS)

En la STS (Sala 1ª, Sección 1ª) 14 noviembre 2018 (rec. núm. 373/2016), se resuelve un recurso de casación que tiene su origen en la reclamación de una madre de pensión alimenticia y compensatoria.

La pensión se fija en una sentencia que se dicta en 1987, a pesar de que el padre nunca ha pagado cantidad alguna, la madre no interpone la primera reclamación hasta el año 2007, veinte años después.

En 2011 la madre y la hija interponen demandas de juicio ordinario (que se acumulan) en reclamación de las pensiones adeudadas por el padre, siendo desestimadas en primera instancia al apreciar abuso de derecho por contar ambas con medios de subsistencia propios. Además, se estima la reconvención que plantea el padre y declara extinguida la pensión de alimentos.

Madre e hija apelan y la Audiencia estima el recurso, confirmando la extinción de la pensión de alimentos pero declarando la obligación del padre de pagar las pensiones reclamadas. La Audiencia considera probado que el demandado nunca ha pagado cantidad alguna pese a la necesidad de su hija, y que nunca ha solicitado la modificación de la pensión.

Frente a dicha resolución el padre interpone recurso de casación al considerar que existe una situación de abuso de derecho por cuanto al no haberse reclamado pensión alguna durante veinte años a pesar de que él no la había pagado, el hacerlo ahora supone un uso anormal del derecho, y una extralimitación que lo convierte en abusivo, más cuando desde ocho años antes de la interposición de la demanda madre e hija cuentan con medios económicos suficientes. También se alega que la pasividad de la madre durante veinte años crea una confianza en el padre de que el derecho no va a ser ejercitado, por lo que se podría apreciar mala fe y retraso desleal.

El TS estima el recurso, pues considera que la reclamación se realiza con mala fe, por el retraso respecto al momento en que era necesaria la pensión alimenticia, y por acumular cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago. Señala que el decaimiento de un derecho por falta de uso no cabe únicamente en supuestos para los que la ley señala plazos de prescripción o caducidad, sino también en casos en los que su ejercicio tardío supone desconocer el mandato del art. 7 CC (se falta a la buena fe en el ejercicio de los derechos).

Se abre con ello la puerta a oponerse a ejecuciones tardías de pensiones con fundamento en el abuso del derecho.

VII. CONCLUSIONES

Las sentencias que establecen medidas paternofiliales han de ser ejecutadas en sus propios términos hasta que sean modificadas por una nueva resolución, pero se ha de tener en cuenta que a tenor de lo establecido en los arts. 11 LOPJ y 7 CC, no pueden acogerse peticiones que se formulen con mala fe o realizando un uso abusivo del derecho.

No es posible declarar extinguida una pensión de alimentos en un procedimiento de ejecución, debiendo de acudir para ello al procedimiento de modificación de medidas, pero puede estimarse la oposición a la ejecución si concurren mala fe o abuso de derecho en la reclamación.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

EL DERECHO AL OLVIDO Y LAS HEMEROTECAS DIGITALES. BREVE RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE NEWSPAPER ARCHIVES. A BRIEF OVERVIEW THROUGH SPANISH CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 748-759

Marina
SANCHO
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Tras recorrer distintas instancias, el Tribunal Constitucional ha puesto punto y final al debate en torno a los límites de las hemerotecas digitales en relación al derecho a la protección de datos personales, contradiciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Asimismo, en dicha resolución, la STC 4 junio 2018, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por vez primera acerca del derecho al olvido, otorgándole un carácter fundamental y autónomo.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido; Internet; protección de datos; hemerotecas digitales

ABSTRACT: *After a long way through different judicial bodies, the Spanish Constitutional Court has came to an end to the discussion over the limits of the digital newspaper archives with regard to the right to personal data protection. The Constitutional Court's judgment of 4 June 2018, has changed the criteria of the Supreme Court in this matter. Also in that resolution the Constitutional Court has recognised the right to be forgotten on the Internet for the first time and it has been granted a fundamental and autonomous character.*

KEY WORDS: *Right to be forgotten; Internet; data protection; newspaper archives.*

SUMARIO.- I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.- II. ANTECEDENTES.- 1. SAP BARCELONA 11 OCTUBRE 2013.- 2. STS 15 OCTUBRE 2015.- III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- IV. UN PUNTO DE INFLEXIÓN PARA EL DERECHO AL OLVIDO.- V. CONCLUSIONES

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En el año 1985, el diario El País publicó una noticia relativa al desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes en la que se hallaba implicado el familiar de un destacado cargo público y otros miembros de la clase alta de una determinada localidad. Dicha noticia identificaba a los protagonistas de los hechos por su nombre, apellido y profesión, a la vez que describía su condición de toxicómanas, afirmando que los condenados sufrieron el síndrome de abstinencia durante su estancia en prisión.

Veinte años más tarde, en 2007, el diario El País estableció el acceso gratuito a su hemeroteca digital y, con ello, se permitió a cualquier persona que introdujese los nombres y apellidos de los arriba mencionados en el motor de búsqueda online Google, acceder de nuevo a la noticia comentada anteriormente ahora digitalizada, apareciendo ésta como primer resultado ofrecido por dicho proveedor de servicios de intermediación de búsqueda en Internet.

Dos de los protagonistas de dichos sucesos, al tener conocimiento de estas circunstancias, solicitaron a El País que cesara en el tratamiento de sus datos personales o, subsidiariamente, que sustituyese en la noticia digital sus nombres y apellidos por sus iniciales y, en todo caso, que adoptase las medidas tecnológicas necesarias para que la página web dónde se había publicado la noticia, no fuera indexada por los buscadores web al introducir sus nombres y apellidos.

El diario El País no accedió a sus pretensiones en base a su derecho fundamental a la libertad de información y, además, esgrimió la imposibilidad técnica de llevar a cabo la desindexación solicitada. En consecuencia, los aludidos interpusieron demanda de juicio ordinario contra Ediciones El País, S.L. el 6 de septiembre de 2011, por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

• Marina Sancho López
Directora del Máster en Abogacía de la Universidad Internacional de Valencia. Correo electrónico: msachol@universidadviu.com

II. ANTECEDENTES.

1. SAP Barcelona 11 octubre 2013

El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona dictó sentencia, en fecha de 4 de octubre de 2012[1], estimando íntegramente la demanda al entender que los derechos de protección de datos, intimidad y honor de los demandantes habían sido vulnerados, sin justificación alguna en pro de la libertad de expresión. Destacó, en su resolución, que la información publicada en la noticia controvertida ya no resultaba veraz en tanto que las personas demandantes fueron condenadas no por tráfico de drogas, sino por contrabando, así como que éstas habían superado su adicción y sus antecedentes penales habían sido cancelados.

Ediciones El País, S.L., interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, a lo que los demandantes no sólo se opusieron, sino que, simultáneamente, impugnaron la Sentencia de primera instancia, al considerar que la misma había incurrido en incongruencia omisiva respecto de sus pretensiones relativas al cese del tratamiento de datos personales.

Tras ello, la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó el recurso de apelación de Ediciones El País, S.L. y estimó la impugnación de las personas demandantes, convirtiéndose en la primera sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales españoles que reconoce la existencia de un derecho al olvido digital[2].

Dicha sentencia concluye "debemos de partir tanto del derecho al olvido, que como hemos dicho la jurisprudencia de varios países lo ha reconocido, basándose en el derecho a la privacidad o como parte de los derechos de la personalidad. Una vez pagado lo debido, la sociedad debe ofrecerle la posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida sin tener que soportar el peso de sus errores del pasado el resto de su vida" (FJ 5º).

La resolución, que incorpora el elemento de la privacidad con una significación más amplia que el tradicional concepto de intimidad, entremezcla asimismo, pronunciamientos relativos a la protección de datos personales así como sobre el derecho al honor, reputación, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, reconociendo un derecho al olvido digital a favor del titular de la información personal controvertida al entender la Audiencia que la publicación de sus datos personales, plenamente identificables, eran innecesarios para la difusión de dicha noticia en cuestión.

1 STS 156/2012, 4 octubre 2012 (ROJ 2012 268).

2 SAP Barcelona 486/2013, 11 octubre 2013 (ROJ 2013 10613).

Igualmente, en el caso concreto, se vincula el derecho al olvido con el derecho a la intimidad, pues se entiende que esta última resulta menoscabada como resultado de dicho tratamiento de datos, "No se trata de modificar la noticia impresa ni la hemeroteca escrita, sino de que, en lo que ha sido el iter del proceso, en la transposición en la página web resultaba del todo innecesario en noticia de 27 de febrero de 1985 reiterar los nombres y apellidos de las actoras, en su derecho al honor, intimidad personal y familiar, prestigio profesional, y protección de datos que por el tiempo ya no son vigentes" (FJ 8º).

Esta primera resolución, cuya importancia resulta vital a la hora de establecer los cimientos de lo que luego ha sido una jurisprudencia consolidada en materia del derecho al olvido fue, sin embargo, recurrida, como a continuación se examinará, primero ante el Tribunal Supremo que estimó en 2015 parcialmente el recurso presentado y, finalmente, en amparo ante el Tribunal Constitucional, que el 4 de junio de 2018 dictó su primera resolución relativa al derecho al olvido.

2. STS 15 octubre 2015

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el derecho al olvido, se llevó a cabo mediante la STS 15 octubre de 2015[3], dictada por la Sala de lo Civil contrariamente a lo que se pudiera pensar pues, mediante dicha resolución, se pone fin a una reclamación llevada a cabo inicialmente ante la AEPD, esto es la vía administrativa, para el borrado de determinados datos personales contenidos en una hemeroteca digital.

Una vez agotada la vía ante la AEPD, y en lugar de interponer recurso ante la Audiencia Nacional, se interpusieron dos demandas (acumuladas posteriormente en el mismo procedimiento) ante la jurisdicción ordinaria que, finalmente dieron lugar a dicha resolución del Tribunal Supremo.

Esta primera sentencia, reafirma la estrecha vinculación existente entre los datos personales de una persona y su derecho al honor y a la intimidad y, en relación a ello, afirma la existencia de un derecho al olvido "el llamado *derecho al olvido digital*, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales […] dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás" (FJ 8º).

3 STS 454/2015, 15 octubre 2015 (ROJ 2015 4132).

A tal efecto, lleva a cabo un ejercicio de ponderación entre el derecho al olvido y las libertades informativas, teniendo para ello especial consideración el tiempo trascurrido desde la publicación de los datos "El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad" (FJ 4º).

Sin embargo, aclara lo que un sector doctrinal venía denunciando tras el reconocimiento pionero del derecho al olvido a manos de la STJUE 13 mayo 2014[4], y es que dicho derecho "no ampara que cada uno construya un pasado a su medida […] Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones" (FJ 8º).

La importancia de esta resolución no sólo reside en el reconocimiento expreso de un derecho la olvido, sino en que, a raíz de ello, el Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la inalterabilidad de las hemerotecas como límite al derecho al olvido, operante fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, estimó el Alto Tribunal que los medios de comunicación no deben de suprimir de sus hemerotecas digitales los nombres y apellidos que aparezcan en una noticia pues defiende que las hemerotecas y la integridad de los archivos digitales gozan de la protección de la libertad de información, sin que pueda alterarse su contenido borrando datos, ni siquiera sustituyendo los nombres por sus iniciales. A tal efecto, señaló: "El llamado *derecho al olvido digital* no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día. Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración" (FJ 3º).

En segundo lugar, consideró adecuado que los medios de comunicación no deban desindexar una información de sus buscadores internos, cuando se efectúe una búsqueda introduciendo el nombre y los apellidos de una persona, "Tampoco puede admitirse la condena consistente en la adopción de medidas técnicas que impidan la indexación de los datos personales a efectos de su consulta por el motor de búsqueda interna de la web. Estos motores de búsqueda internos de

4 STJUE 13 mayo 2014, Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, Asunto C-131/12 (ECLI 2014 317).

las hemerotecas digitales solo sirven para localizar la información contenida en el propio sitio web una vez que el usuario ha accedido a dicho sitio web. No son por tanto asimilables a los motores de búsqueda de Internet tales como Google, Yahoo, Bing, etc. La Sala considera que una medida como la acordada en la sentencia supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de información protegida en el art. 20.1.d de la Constitución" (FJ 4º).

III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia anterior, la cual ha sido empleada durante mucho tiempo como directriz para delimitar el derecho al olvido, así como sus posibilidades de ejercicio, ha visto recientemente derogada su doctrina –y con ella la del Tribunal Supremo- acerca de los límites del derecho al olvido en relación con la actuación de las hemerotecas digitales, por parte del Tribunal Constitucional, como a continuación se observa.

Mediante sentencia de 4 de junio de 2018[5], el Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre el derecho al olvido, revocando parcialmente la ya comentada STS 15 octubre 2015[6]. Si bien esta última rechazaba que dicho medio de información debiese alterar su hemeroteca digital para eliminar de ella la información de los nombres y apellidos de los afectados, con esta sentencia de amparo, el Tribunal Constitucional sostiene que debe prohibirse indexar los nombres y los apellidos de los recurrentes para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital pues "se trata de una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida requerida es necesaria porque su adopción, y solo ella, limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes" disponiendo que la función informativa de dicho periódico queda salvaguardada al seguir estando dicha información almacenada en soporte papel, al que poder acudir en caso de querer consultarla para fines de investigación (FJ 8º).

Así pues, mediante dicho pronunciamiento constitucional, se modifican los criterios y límites inherentes del derecho al olvido, especialmente, al considerar que este derecho no viene limitado por las hemerotecas digitales que, a partir de ahora, deberán eliminar de sus buscadores internos la opción de búsqueda de informaciones acerca de una persona introduciendo su nombre y apellidos, por ser contrario al derecho al olvido.

5 STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018 58).

6 STS 454/2015, 15 octubre 2015 (ROJ 2015 4132).

Dispone así que, si bien "la universalización de acceso a las hemerotecas, facilitado por su digitalización, es decir por su transformación en bases de datos de noticias, tiene un efecto expansivo sobre la capacidad de los medios de comunicación para garantizar la formación de una opinión pública libre", también debe reconocerse que "este efecto expansivo también supone un incremento del impacto sobre los derechos fundamentales de las personas que protagonizan las noticias incluidas en hemerotecas" (FJ 6º).

Sin embargo, no debe confundirse la obligación de desindexar las informaciones por los buscadores de las hemerotecas digitales con la obligación de borrar dicha información de las páginas web de origen, el TC considera que dichos nombres y apellidos no deben suprimirse de la fuente principal que contiene la noticia ni tampoco sustituir éstos por sus iniciales pues, "una vez impedido el acceso a la noticia a través de la desindexación basada en el nombre propio de las personas recurrentes, la alteración de su contenido ya no resulta necesaria para satisfacer los derechos invocados por las personas recurrentes, pues la difusión de la noticia potencialmente vulneradora de éstos ha quedado reducida cuantitativa y cualitativamente, al desvincularla de las menciones de identidad de aquéllas. Esta limitación en la difusión de la noticia, que es lo que implica la protección de dichos derechos, se puede lograr sin necesidad de acordar su anonimización. Esta opción, que supondría una injerencia más intensa en la libertad de prensa que la simple limitación en la difusión, resulta por tanto innecesaria" (FJ 8º).

El Tribunal reconoce en su resolución la importancia del papel de la información pública en una sociedad democrática, en especial sobre la opinión y el debate público libre, sin embargo, en el caso concreto rechaza la prevalencia del derecho a la información sobre la privacidad de los afectados, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido -30 años-, la naturaleza privada de los sujetos, y la escasa notoriedad de los hechos delictivos. En cambio, considera que la publicidad de dichos hechos en la actualidad, ocasiona daños desproporcionados para el honor y la privacidad de los afectados.

Declara así el TC: "Sin embargo, en el caso de autos el delito relatado en la noticia ni fue particularmente grave ni ocasionó especial impacto en la sociedad de la época. En consecuencia, el transcurso de tan amplio margen de tiempo ha provocado que el inicial interés que el asunto suscitó haya desaparecido por completo. A la inversa, el daño que la difusión actual de la noticia produce en los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales de las personas recurrentes reviste particular gravedad, por el fuerte descrédito que en su vida personal y profesional origina la naturaleza de los datos difundidos (participación en un delito, drogadicción). Este daño, por consiguiente, se estima desproporcionado

frente al escaso interés actual que la noticia suscita, y que se limita a su condición de archivo periodístico" (FJ 8º).

Pese a lo anterior, la cuestión más relevante tratada en esta sentencia, es la relativa a la atribución al derecho al olvido de un carácter fundamental y autónomo, sobre la base del derecho a la protección de datos personales, la intimidad y el honor "a la hora de valorar el sacrificio requerido a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], para asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad de las personas recurrentes en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.1 y 4 CE), es necesario recordar la importancia de las hemerotecas digitales en el contexto de las actuales sociedades de la información. Esto significa que serán conducentes al restablecimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de los datos personales las medidas tecnológicas tendentes a limitar adecuadamente la difusión de la noticia, que garanticen, en lo que sea conciliable con dicha regla, la integridad de la hemeroteca y su accesibilidad en general" (FJ 8º) y, en base a ello, dispone "este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales" (FJ 6º).

IV. UN PUNTO DE INFLEXIÓN PARA EL DERECHO AL OLVIDO

No puede negarse a la Constitución española su valor indiscutible de ser uno de los textos constitucionales pioneros en el reconocimiento de la necesidad de proteger a las personas frente a las intromisiones de la informática a través de su artículo 18.4. Si bien dicho precepto se configuró en origen de forma tímida o residual, la función de adecuación del Derecho a la realidad social ha permitido una interpretación extensiva de su contenido, dando lugar al reconocimiento al derecho fundamental de protección de datos personales y al olvido digital, de manera sucesiva y complementaria, gracias a su apertura hermenéutica

Así las cosas, el artículo 18.4 CE debe de considerarse en un doble sentido, por una parte como un precepto instrumental destinado al deber del legislador de controlar el uso de la informática a modo de refuerzo, en primera instancia, de la intimidad y al honor y, además, del resto de derechos y libertades que pudieran verse afectados por su uso indebido. En segundo lugar, y como tal ha quedado acreditado por la jurisprudencia constitucional, como el precepto que configura dos derechos fundamentales autónomos, el derecho a la protección de datos personales y el derecho al olvido, como medios de protección de la información personal del individuo para preservar su dignidad y el pleno ejercicio de sus derechos.

Si bien el derecho a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE desarrolla un instituto de garantía de los derechos comprendidos en el apartado primero del precepto, como una suerte de "libertad informática" consistente, en sí misma, en un derecho o libertad fundamental[7], el derecho al olvido subyace como "una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática y es también mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado"[8].

Mediante su elaboración jurisprudencial el Tribunal Constitucional, además, dispone que el "derecho al olvido digital" constituye un derecho fundamental con carácter autónomo: "el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática, y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo"[9]. Esta autonomía que se le confiere al derecho al olvido, lo dota de contenido propio y faculta a su titular para llevar a cabo su ejercicio sin necesidad de alegar la infracción de ningún otro derecho o libertad por conexión, confiriéndole una sustancialidad propia que, sin duda, le otorga una situación privilegiada para reaccionar ante una eventual vulneración de su contenido.

Así, una vez concluido que el derecho al olvido es un derecho fundamental, ello comporta numerosas consecuencias. En primer lugar, el derecho al olvido vincula de forma inmediata a los poderes públicos, sin necesidad de intermediación legislativa alguna. En segundo lugar, el derecho al olvido despliega efectos vinculatorios no sólo en las relaciones con los poderes públicos y entre particulares, sino también entre los propios poderes públicos, quienes deben respetar su contenido en todo caso, incluso cuando se sucedan "relaciones de sujeción especial".

Por último, el derecho al olvido como derecho fundamental, opera incluso frente al legislador -a quien corresponde crear todos los demás derechos y deberes, limitando su libertad de configuración en el ordenamiento jurídico- pues éste tiene la fuerza propia de la norma que lo proclama.

Sin embargo, el derecho al olvido no permite a los sujetos configurar un pasado a su medida ni alterar libremente su identidad digital, sino que dota a su titular de un poder de control sobre sus datos personales, permitiéndole salvaguardar su privacidad. En cuanto a su alcance, frente a lo que dispuso la jurisprudencia en un origen, se sostiene su efecto multidireccional, permitiendo tanto la desindexación de los enlaces por parte de los motores de búsqueda en relación con los resultados

7 STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 5° (RTC 1993 254).

8 STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018 58), FJ 5°.

9 STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018 58), FJ 5°.

obtenidos a partir de la introducción de los nombres y apellidos de una persona, como el borrado de los datos personales accionado directamente frente a las webmaster fuente, de acuerdo con el "principio de responsabilidad proactiva" del Reglamento europeo de protección de datos (GDPR).

Por último, y pese a que se configura como una suerte de regla general, el derecho al olvido no es absoluto, sino que, para salvaguardar la garantía y la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, es susceptible de delimitaciones e intromisiones. Se contemplan expresamente limitaciones al derecho de supresión en base a un tratamiento de datos personales que sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal o en aras del interés público, con fines de investigación científica, histórica o estadística, así como para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones (artículo 17 GDPR).

V. CONCLUSIONES

Como se ha evidenciado, el derecho al olvido tiene su origen y fundamento en el derecho a la protección de datos personales pues, por una parte, surge en el contexto de la revolución informática y tecnológica, por la necesidad de dotar a los ciudadanos de un mayor control sobre su información personal, como consecuencia de la exposición pública en Internet y el funcionamiento del modelo del Big data, lo que conlleva a facultarlos para suprimir aquellos datos que, por diversos motivos -como el transcurso del tiempo o el término de la finalidad para la que fueron recogidos-, sólo contribuyen a menoscabar su privacidad.

El derecho al olvido, como la mayoría de derechos fundamentales, tiene su origen en la creación jurisprudencial, concretamente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014[10], conocido popularmente como "caso Google", que se ha erigido como el leading case en la materia dado que constituye el primer pronunciamiento jurídico acerca del derecho al olvido.

También en nuestro sistema jurídico recientemente, han abundado los pronunciamientos jurisprudenciales en torno al derecho al olvido, encontrando sentencias tanto de las Audiencias Provinciales, como de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y, más recientemente, el Tribunal Constitucional. Este último, en su sentencia 4 de junio 2018, hace un reconocimiento expreso del derecho al olvido y le atribuye un carácter fundamental y autónomo sobre la base del derecho a la protección de datos personales, la intimidad y el honor, con todas las implicaciones que ello comporta.

10 STJUE 13 mayo 2014, Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, Asunto C-131/12 (ECLI 2014 317).

El derecho al olvido, pese a no encontrarse recogido en ninguna norma emanada del legislador español en el momento en que se dictó la Sentencia del Tribunal Constitucional (ahora está recogido expresamente en el artículo 15 bajo la denominación "derecho de supresión") formaba ya parte de nuestro ordenamiento jurídico en tanto que resulta de la aplicación directa del GDPR que sí que lo contemplaba de forma expresa por lo que, de forma indirecta, surgía de la necesidad del interpretar el derecho español conforme a las disposiciones internacionales en la materia (artículo 10.2 CE), e igualmente derivaba de las resoluciones jurisdiccionales de tribunales supraestatales que resulten vinculantes, como ocurrió en el "caso Google" con el TJUE. En consecuencia, el Tribunal Constitucional, no podía obviar la realidad social del momento ni las demandas de amparo de los ciudadanos, teniendo en cuenta el nuevo marco regulador y la evolución imparable que ha presentado la protección de datos personales, como mandato inherente al ejercicio de sus funciones.

Se produce así una relación de complementariedad, en la medida en que, si bien el derecho interpretado por los tribunales debe partir de la existencia misma de la ley, también es perfectamente admisible la mutabilidad de la ley al Derecho, entendida como realidad social. La seguridad jurídica y la propia hermenéutica jurídica de los tribunales, permiten desarrollar una interpretación crítica, ajustando los preceptos legales al contexto actual para una adecuada protección de los derechos fundamentales, sin que sea necesario en ningún caso que la aplicación de la norma y su tenor literal, sean del todo coincidentes.

Ello demuestra la capacidad de adaptación del Derecho a las circunstancias del medio cambiante, y evidencia cambios paulatinos en la elaboración doctrinal y los pronunciamientos jurisprudenciales según se produzcan cambios en el contexto. El derecho al olvido es un derecho de última generación surgido indiscutiblemente en el seno de la revolución digital, cuyo contenido y pormenores están en plena configuración, motivo por el cual encontramos disparidades jurisprudenciales o cambios de criterio en cuestiones tan concretas como la aplicación del derecho de supresión frente a las hemerotecas digitales.

LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A DIFUNDIR INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL POR PARTE DE LAS ONGS ECOLOGISTAS*

THE ECHR CASE-LAW ON THE RIGHT TO DISSEMINATE ENVIRONMENTAL INFORMATION BY THE ECOLOGIST NGOS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 760-773

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de enero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente texto analiza la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la difusión de información medioambiental por parte de las ONGs ecologistas. La Corte Europea se ha centrado en dos cuestiones clave: en el reconocimiento del carácter de interés público de las cuestiones medioambientales y en el papel de perro guardián de las ONGs ecologistas respecto de este tema.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, información medioambiental, ONG, interés público.

ABSTRACT: *This paper analyzes the ECHR case-law on the right to disseminate environmental information by the ecologist NGOs. The European Court has focused on two key issues: the recognition of the public interest nature of environmental questions and the role of public watchdog of ecologist NGOs on this issue.*

KEY WORDS: *Freedom of expression, environmental information, NGO, public interest.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA IMPORTANCIA DE LAS ONGS ECOLOGISTAS COMO DIFUSORAS DE LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL.- III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN EL ARTÍCULO 10 CEDH.- IV. LA DOBLE NATURALEZA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- V. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A LA DIFUSIÓN DE LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL POR PARTE DE LAS ONGS.- 1. Caso Steel y Morris contra el Reino Unido.- 2. Caso Vides AizsardzÎbas Klubs contra Letonia.- 3. Caso VgT Verein gegen Tierfabriken contra Suiza.- 4. Caso Defensores Internacionales de Animales contra el Reino Unido.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que ni el CEDH ni sus protocolos regulan derechos de carácter medioambiental como tales, también lo es que el TEDH ha llevado a cabo un acercamiento a los mismos mediante lo que la doctrina conoce como "ecologización de los derechos humanos". Así, la Corte Europea ha tenido en cuenta la cuestión medioambiental, o bien como elemento nuclear a la hora de amparar un derecho reconocido en el CEDH, o bien como fundamento para justificar una restricción de otro derecho en liza.

En el presente estudio, vamos a analizar la importancia que da el TEDH al derecho de las ONGs a poder difundir información medioambiental, considerándola de interés público, y protegiéndolo al mismo nivel que ampara la libertad de prensa. Pero con carácter previo, y precisamente para facilitar la comprensión tanto del sentido de los fallos de sus sentencias, como de los argumentos jurídicos utilizados, haremos una breve referencia a la conceptualización que ha efectuado el TEDH del derecho a la libertad de expresión.

II. LA IMPORTANCIA DE LAS ONGS ECOLOGISTAS COMO DIFUSORAS DE LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL

Nadie cuestionaría, hoy en día, el papel fundamental que han tenido y tienen las ONGs de carácter medioambiental en la génesis y desarrollo de una conciencia comunitarista mundial en materia ecológica. Fueron, precisamente, las acciones de denuncia y visibilización de los graves problemas medioambientales a los que se estaba empezando a enfrentar la Humanidad, llevadas a cabo por este tipo

• Jorge Antonio Climent Gallart
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Jorge.climent@uv.es

de asociaciones, las que pusieron en la agenda política mundial la necesidad de una protección internacional del Medio Ambiente. Desde el primer momento se entendió que los problemas ecológicos trascienden de las fronteras nacionales, y que, por tanto, la respuesta, si se quería que fuera verdaderamente efectiva, debería ser global.

Desde finales de los años 60 y principios de los 70, en los que se empezó a tomar conciencia de esta necesidad, hasta la actualidad, la legislación mundial sobre la materia ha ido avanzando, aunque quizá no tanto como debiera, y, lo que es más lamentable, en demasiadas ocasiones por medio de las denominadas normas soft law, que se caracterizan por su no obligatoriedad. No obstante, tenemos que tener en cuenta que el Derecho Internacional lo crean, principalmente, los Estados, en virtud de su desdoblamiento funcional, y, por tanto, a la hora de legislar sobre esta cuestión, también tienen en cuenta otros intereses, a los que les suelen dar prioridad, como es su propio crecimiento económico, sustentado, en ocasiones, en un relajamiento en el cumplimiento de la normativa ecológica. Incluso, llegados al extremo, ni tan siquiera muestran la más mínima voluntad de compromiso, no ratificando los acuerdos internacionales sobre la materia.

Sin embargo, ello no supone ningún demérito en la actuación de las ONGs medioambientales, las cuales siguen teniendo un triple papel fundamental: como denunciadoras de los problemas derivados del deterioro medioambiental, poniendo el foco mediático sobre los mismos; como concienciadoras de la Humanidad sobre la necesidad de darles una solución global, y, finalmente, como impulsoras de la legislación internacional acerca de esta materia. La Agenda 2030, aprobada por la Asamblea General de la ONU, que pretende conseguir precisamente un desarrollo sostenible, no habría sido posible sin la inquebrantable voluntad y persistente actividad de estas asociaciones sin ánimo de lucro. Al fin y al cabo, ellas son las que han servido de motor de tracción en los foros mundiales, a fin de atraer a los gobernantes hacia la defensa de sus postulados.

Como veremos a lo largo del presente texto, ese papel fundamental en la denuncia pública de cuestiones relacionadas con el medioambiente es el que va a tener en cuenta el TEDH, a la hora de proteger su derecho a difundir la información medioambiental.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN EL ARTÍCULO 10 CEDH

El artículo 10 CEDH recoge el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio, el cual incluye la libertad de opinión, la libertad de información, la libertad de creación artística o científica, el lenguaje (o discurso) simbólico, la libertad de

expresión comercial, la libertad de expresión profesional, la libertad de prensa, la libertad de creación de medios de comunicación, o la llamada libertad de antena. Tal es así, que, en general, las vulneraciones referidas a cualquiera de las manifestaciones indicadas se suelen conocer como violaciones de la libertad de expresión, sin más. De hecho, a lo largo del texto, si no se hace ninguna otra precisión, cuando nos refiramos a la libertad de expresión, también se deberá entender incluida en la misma la libertad de información.

No obstante, el derecho a la libertad de expresión, en sentido estricto se referiría exclusivamente al derecho a expresar y recibir libremente pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor. También se la conoce como libertad de opinión. Por otro lado, el derecho a la libertad de información, como tal, incluye tanto el derecho a emitir informaciones (sobre hechos) veraces, como a recibirlas.

La anterior precisión terminológica es importante, puesto que la jurisprudencia sobre la información medioambiental va a venir más referida a la libertad de información, que a la libertad de expresión en sentido estricto. Dado que la información trata de hechos y no tanto de opiniones, las manifestaciones sobre dichos hechos sí que pueden estar sometidas a prueba, mientras que los juicios de valor, opiniones o ideas, en tanto que manifestaciones subjetivas, no están sujetos a prueba alguna. De hecho, conforme el TEDH, intentar someter a prueba un juicio de valor supone, en sí mismo, una vulneración de la libertad de opinión. No obstante, cabe destacar que en la práctica hay supuestos en los que información y opinión se presentan de manera conjunta, e incluso entrelazada, resultando complicado deslindar una de la otra.

IV. LA DOBLE NATURALEZA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para el TEDH, la libertad de expresión tiene una doble naturaleza: como derecho subjetivo y como garantía institucional.

Como derecho subjetivo, la libertad de expresión es una libertad negativa y positiva. En primer lugar, es negativa, puesto que garantiza que el Estado no podrá interferir en el acto comunicacional. Esto se ve claramente en la prohibición de la censura. Por tanto, no podrá ni impedir el derecho a emitir, ni el derecho de los demás a recibir aquello que se comunica. Esta concepción negativa tiene su raigambre en el liberalismo ideológico. Pero, además, es una libertad en sentido positivo, esto es, el Estado tiene la obligación de remover todas aquellas circunstancias que, de facto, o jurídicamente, impidan o dificulten el ejercicio de tales derechos. Este segundo aspecto es muy importante, puesto que ahora el Estado no solo ha de abstenerse de entrometerse en el acto comunicacional, sino que, además, ha de llevar a cabo una acción en positivo, para garantizar que estos

derechos pueden ser real y efectivamente ejercidos y no se conviertan en meras ilusiones jurídicas.

A su vez, la libertad de expresión tiene naturaleza de garantía institucional de una opinión pública libre, sustento a su vez, del sistema democrático liberal. Es precisamente por ello, por encontrarse en la base misma de la democracia, por lo que el TEDH le ha venido otorgando el carácter de libertad preferente. Sin libertad de expresión no puede hablarse, en puridad, de sistema democrático liberal. No significa ello que jerárquicamente este derecho se sitúe en una posición superior, pero sí que deberá ser tenida muy en cuenta su naturaleza, en caso de conflicto con cualquier otro. Es importante tener en cuenta que para poder gozar de ese privilegio de libertad preferente, la información o las opiniones que se difundan se deberán referir a temas de interés general, pues solo ellos sirven para la formación de la opinión pública.

Es esa naturaleza de garantía institucional la que explica una afirmación que ha sido una constante en la jurisprudencia del TEDH, y es que: "el artículo 10 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática".

A pesar de lo anterior, ello no significa que estas libertades no tengan límites. Así pues, en el caso de la libertad de información, el límite será la veracidad (puesto que se refiere a hechos); y en el caso de la libertad de expresión (que se refiere a ideas, opiniones o juicios de valor), la manifestación de expresiones injuriosas o vejatorias, pues las mismas resultan innecesarias para la formación de una opinión pública libre. En ambos casos, el acto comunicativo debe referirse, como ya hemos dicho, a cuestiones de interés público, si quiere seguir gozando de una protección privilegiada.

V. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A LA DIFUSIÓN DE LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL POR PARTE DE LAS ONGS

Cuatro son los casos principales sobre los que se ha pronunciado el TEDH acerca del derecho de las ONGs a la difusión de la información medioambiental. En estos supuestos, el TEDH se encarga de comprobar si, efectivamente, las restricciones aplicadas por los diferentes Estados a este derecho eran compatibles con el CEDH. Todo lo indicado previamente, con carácter general, respecto de las libertades de expresión en sentido estricto y de información, nos va a ayudar

a comprender tanto las diversas situaciones litigiosas, como el sentido de los fallos del TEDH.

1. Caso Steel y Morris contra el Reino Unido

Por medio de la sentencia de fecha 15 de febrero de 2005, la Sección Cuarta del TEDH, resolvió el caso Steel y Morris contra el Reino Unido. En este supuesto, un grupo de ciudadanos británicos se asociaron a una organización medioambiental local, la cual decidió lanzar una campaña denunciando las actuaciones de McDonald´s en diversos ámbitos, incluido el medioambiental. Esta denuncia se llevaba a cabo a través de un folleto de seis páginas titulado "¿Qué le pasa a McDonald's?" En el mismo, se vertían acusaciones directas graves a través de afirmaciones de hechos, y no tanto mediante opiniones. Entre dichas afirmaciones, y por lo que respecta a la cuestión medioambiental, merecen ser destacadas las acusaciones a McDonald´s de ser responsable de la destrucción de selvas tropicales, con el fin de transformarlas en grandes pastizales para el ganado, con el evidente perjuicio que ello supone para el ecosistema, así como del maltrato de los animales que luego sirven de comida. Dicho panfleto era repartido por los miembros de la organización medioambiental.

Ello provocó que la multinacional de la restauración interpusiera una demanda por difamación contra varios de los miembros de la organización, al haber participado en la producción y distribución del folleto. Con carácter posterior, desistió respecto de aquellos que se disculparon por el contenido del panfleto, continuando el proceso contra los dos que se negaron a retractarse.

Estos últimos solicitaron la asistencia jurídica gratuita para poder defenderse de la demanda interpuesta por la multinacional. Sin embargo, dicha petición fue desestimada, dada cuenta que en el Reino Unido, en aquellos momentos, tal asistencia jurídica no estaba prevista como necesaria para los procesos judiciales por difamación. Con una duración, en cuanto a audiencias, de 313 días, que se extendieron durante dos años y medio, este juicio se convirtió en el más prolongado en el tiempo de los habidos hasta el momento en el Reino Unido. Aunque los demandados contaron con la ayuda esporádica de algún abogado, mediante la colaboración pro bono, y de que los magistrados se mostraron laxos en las cuestiones procesales debido a su inasistencia jurídica general, lo bien cierto es que tras la celebración del juicio, se les acabó condenando al pago de una cuantiosa indemnización, por entender que no se habían podido probar como ciertas las acusaciones vertidas en el panfleto. A pesar de los oportunos recursos, finalmente, el tribunal superior se limitó a reducir ligeramente la indemnización.

Tras agotar la vía interna, y a la vista de lo infructuoso de la misma, ambos activistas decidieron recurrir al TEDH, basándose en una presunta vulneración

de los artículos 6 y 10 CEDH. En esta ocasión, la Corte Europea entendió que, efectivamente, había habido una vulneración del derecho a un juicio justo, y ello porque, a pesar de la actitud laxa de los jueces sobre las cuestiones procedimentales, y de la colaboración esporádica pro bono de algún abogado, la realidad es que la denegación de la asistencia jurídica gratuita había supuesto un evidente quebrando de la igualdad de armas, pues McDonald´s estuvo en todo momento defendida por un abogado principal y otro subalterno con experiencia en legislación reputacional, ayudados así mismo por otros más, como asistentes.

El TEDH considera vulnerado también el artículo 10 CEDH, por dos motivos fundamentales: El primero, y relacionándolo directamente con el anterior, por cuanto la denegación de la asistencia jurídica supone, en este caso, también una conculcación de la libertad de expresión. El TEDH entiende que, del mismo modo que las grandes corporaciones deben tener derecho a proteger judicialmente su buen nombre frente a acusaciones de hecho infundadas, también aquellos grupos que se encargan de denunciar públicamente sus presuntas tropelías deben tener garantizado el derecho a la defensa frente a sus posibles demandas. De otro modo, se produciría un efecto disuasorio, pues las pequeñas asociaciones se verían siempre forzadas a no publicitar sus denuncias si no quieren afrontar, sin asistencia jurídica garantizada, un proceso por difamación, con pretensiones indemnizatorias cuantiosas. Esto último provocaría que no quedara asegurado un debate abierto, propio de una sociedad democrática, sobre una cuestión de interés público, como es el medio ambiente. Ello supondría un ataque frontal a la libertad de expresión.

Además, en este caso, la única forma de que los activistas pudieran haber salido triunfantes en el litigio, era haber podido demostrar la veracidad de los hechos que le imputaban a McDonald´s. Para ello resultaba absolutamente imprescindible que hubiesen podido contar con asistencia legal continuada desde el primer momento, que se hubiese hecho cargo de la dirección letrada durante todo el proceso, especialmente tanto en el momento de la petición de las pruebas como en el de la práctica de las mismas, del mismo modo que lo tuvo la multinacional.

Por último, considera que la indemnización es desproporcionada, dado que no se tuvieron en cuenta los exiguos ingresos de los activistas, y que tampoco quedó probado ningún daño material real consecuencia de la difusión de los folletos. Como ya ha manifestado en otras ocasiones, este tipo de indemnizaciones desproporcionadas no responden al criterio de necesidad de una sociedad democrática, y, por tanto, lesionan el derecho a la libertad de expresión.

2. Caso Vides Aizsardzïbas Klubs contra Letonia

Por medio de la sentencia de fecha 27 de mayo de 2004, la Sección Primera del TEDH, resolvió el caso Vides AizsardzĪbas Klubs contra Letonia. En este asunto

nos volvemos a encontrar con una asociación medioambiental que denunció, tanto ante las diferentes instituciones letonas, como públicamente a través de la prensa, una serie de irregularidades cometidas desde el Ayuntamiento de un pueblo costero, cuyo resultado había sido el deterioro de una zona de dunas. En concreto, denunciaba que el Alcalde había permitido levantar una construcción ilegal en contra de los criterios del Departamento Regional de Medio Ambiente.

Ante dicha denuncia, los diferentes estamentos aludidos decidieron llevar a cabo las inspecciones correspondientes, siendo que el resultado de las mismas demostraba que, efectivamente, desde el Ayuntamiento se habían cometido diversas irregularidades.

A pesar de lo anterior, el Alcalde demandó por difamación a la asociación medioambiental, por considerar que los hechos que le atribuían en prensa eran falsos y lesionaban su honor. Inesperadamente, el juzgado de instancia estimó la demanda, y consideró que las afirmaciones realizadas en prensa no habían podido ser probadas. Tras el oportuno recurso, el tribunal de apelaciones confirmó la sentencia, indicando además que no se puede responsabilizar individualmente al Alcalde de decisiones que son tomadas de manera colegiada por parte de todo el consejo municipal.

Tras agotar las vías internas, siendo todas ellas desestimatorias de sus pretensiones, la asociación decidió acudir al TEDH, por presunta vulneración del artículo 10 CEDH.

Esta sentencia tiene especial relevancia por el trascendente papel que les reconoce a las asociaciones medioambientales. Así, las equipara a la prensa, en su papel de "perro guardián público", vigilante ante las arbitrariedades que se puedan cometer desde los Poderes Públicos. Precisamente por ello, entiende que este tipo de organizaciones deben poder gozar del derecho a revelar hechos de interés público, para que así puedan ser conocidos por la sociedad y contribuir, de este modo, a la transparencia de las actividades de las autoridades públicas.

En cuanto a la cuestión de fondo, estima que, efectivamente, hubo una vulneración de los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión en sentido estricto. Respecto del primero, valora que las afirmaciones llevadas a cabo en prensa estaban, en general, justificadas fácticamente, tal y como además quedó demostrado por las posteriores actuaciones de las diversas instituciones públicas. Y en cuanto a la vulneración de la libertad de expresión, considera que afirmar que el Alcalde había llevado a cabo una actuación ilegal, cuando aún ninguna autoridad había declarado oficialmente la irregularidad de sus actos, suponía más un juicio de valor que una atribución de un hecho. Al fin y al cabo, la organización se limitaba a manifestar su opinión basándose en su propio nivel

de conocimiento de la ley aplicable. En todo caso, no podemos perder de vista que, aunque sea con carácter posterior a la publicación en prensa, las autoridades competentes efectuaron una serie de controles en el municipio y descubrieron diversos incumplimientos de las disposiciones legales vigentes.

Y en cuanto al argumento de la irresponsabilidad por las decisiones colegiadas, el TEDH entiende que ello no le resta compromiso alguno al Alcalde en las mismas, en tanto en cuanto también formaba parte de ese órgano colegiado, no era ajeno al mismo. Por último, recuerda que los políticos, como personajes públicos que son, tienen un deber de soportar el escrutinio de sus actuaciones por parte de sus conciudadanos.

3. Caso VgT Verein gegen Tierfabriken contra Suiza

Por medio de la sentencia de fecha 28 de junio de 2001, la Sección Segunda del TEDH, resolvió el caso VgT Verein gegen Tierfabriken contra Suiza. Como en los dos anteriores, también aquí nos encontramos ante una organización sin ánimo de lucro. No obstante, en este caso en concreto, su objeto social es la defensa de los animales, poniendo especial énfasis en su lucha contra los experimentos con animales y la producción animal de modo industrial.

Como reacción a una serie de anuncios de la industria cárnica emitidos por televisión, la asociación animalista elaboró otro spot, cuya duración no llegaba al minuto, y que consistía en dos escenas: En la primera, aparecía una puerca construyendo un refugio para sus lechones en el bosque. De fondo, se puede escuchar una música suave y orquestada y una voz en off que hablaba sobre el sentido de familia que tenían las cerdas. La segunda escena mostraba una sala ruidosa con cochinillos en pequeños corrales chillando, mientras la voz en off decía que, en tales circunstancias, la cría de cerdos se parecía a los campos de concentración. La cuña publicitaria terminaba con la exhortación: "¡Coma menos carne, por el bien de su salud, los animales y el medio ambiente!".

La organización remitió este anuncio a la entidad responsable de la publicidad televisiva en la Compañía Suiza de Radio y Televisión, a fin de que se emitiera por la misma. La respuesta fue negativa, ya que se consideró que el spot tenía un carácter político claro, y la publicidad de tal naturaleza estaba prohibida por la legislación suiza. La organización decidió denunciar esta negativa a emitir su anuncio a las autoridades pertinentes, siendo que, todas ellas, basándose fundamentalmente en el mismo motivo antedicho, volvieron a desestimar sus pretensiones. Además, señalaron que, en todo caso, la organización tenía otros mass media para difundir sus ideas políticas.

Habiendo agotado la vía interna, la asociación decidió acudir al TEDH, por presunta vulneración del artículo 10 CEDH. El TEDH amparó su demanda, sosteniendo que la restricción de la libertad de expresión practicada por el Estado helvético no podía ser considerada como necesaria en una sociedad democrática. Así pues, si bien entiende que, en abstracto, pueda existir una restricción a la publicidad política, pues con la misma se pretende evitar que se pueda poner en peligro la independencia de la emisora, o se pueda influir indebidamente en la opinión pública o se pueda poner en peligro la igualdad de oportunidades entre las diferentes fuerzas sociales, no concibe que ninguna de estas circunstancias se dé en el presente caso. Aquí lo único que pretendía la organización era participar en un debate general sobre la protección y crianza de los animales, un tema que resultaba de evidente interés público. Por tanto, para el TEDH, las autoridades nacionales no habían demostrado de manera "relevante y suficiente" por qué los fundamentos que, en general, servían de apoyo para la prohibición de la publicidad política, también sirvieron para justificar la injerencia en el caso particular de la organización animalista.

Por último, también desestima la alegación del Estado respecto de que el derecho a la libertad de expresión de la asociación estaba perfectamente garantizado, puesto que su anuncio podría haber sido difundido, si así hubiese sido su voluntad, por otros mass media, como los canales de televisión privados regionales o las estaciones de televisión extranjeras que emitían en Suiza. Y ello porque, como recuerda el TEDH, el objetivo de la asociación era llegar a todo el público suizo, y esto solo se podía conseguir a través del único medio televisivo que emitía para toda Suiza, es decir, la Compañía Suiza de Radio y Televisión.

4. Caso Defensores Internacionales de Animales contra el Reino Unido

Por medio de la sentencia de fecha 22 de abril de 2013, la Gran Sala del TEDH, resolvió el caso Defensores Internacionales de Animales contra el Reino Unido. Ya adelantamos que, siendo un supuesto similar al anterior, aquí el TEDH resolvió en un sentido totalmente contrario. Ahora bien, el fallo de la sentencia fue desestimatorio por un solo voto. Así, nueve magistrados entendieron que no había habido vulneración del derecho a la libertad de expresión, frente a ocho, que sí que lo consideraron. Nos encontramos, por tanto, ante una resolución muy polémica.

De manera resumida, podemos señalar que, de nuevo, nos encontramos ante una ONG animalista, que se dedica a difundir campañas contra el uso de animales con fines comerciales, científicos o de ocio, como medio para tratar de influir en la opinión pública y parlamentaria e intentar lograr cambios en la legislación y en las políticas públicas.

En este caso, dicha asociación lanzó una campaña titulada "mi amigo es un primate", mediante la cual pretendían denunciar el confinamiento y exhibición de primates y su utilización en la publicidad televisiva. Como parte de la campaña, la demandante deseaba transmitir un anuncio por televisión de 20 segundos, el cual se iniciaba con la imagen de una jaula en la que iba apareciendo, poco a poco, emergiendo de las sombras, una chica encadenada. Después la pantalla se quedaba en blanco y se podían leer consecutivamente los tres mensajes siguientes: "Un chimpancé tiene la edad mental de un niño de cuatro años", "A pesar de que compartimos el 98% de nuestra composición genética, los chimpancés aún están confinados en jaulas y son maltratados para entretenernos"; y "Para obtener más información, y descubrir cómo se puede ayudar a poner fin a esa situación, por favor, pida su pack informativo por 10 libras". En la escena final, un chimpancé estaba en la misma posición que la chica.

Sin embargo, este anuncio no fue aprobado por el Centro de verificación de la publicidad televisiva, puesto que se consideró que los objetivos de la anunciante eran de carácter político, entendiendo esta palabra en un sentido amplio, y no solo partidista. La ONG agotó los recursos internos existentes, dando todos ellos siempre una respuesta desestimatoria.

Como vemos, este supuesto de hecho es similar al caso que hemos analizado previamente. Sin embargo, aquí, paradójicamente, el TEDH sí que estimó pertinentes los argumentos expuestos por el Reino Unido. Así, consideró que la prohibición de publicidad política persigue la neutralidad de la televisión y la radio, siendo que si se permite este tipo de anuncios, se estaría abriendo la puerta de atrás a organizaciones bien dotadas económicamente, que podrían comprar espacios publicitarios y, de ese modo, difundir sus ideas, en perjuicio de aquellas que no tienen esa posibilidad presupuestaria. Además, considera que puede emitir su publicidad sin restricciones a través de otros medios de comunicación distintos a la televisión, particularmente señala la prensa escrita e Internet (incluyendo redes sociales), y también puede organizar manifestaciones públicas y distribuir carteles y folletos. E incluso, respecto de la televisión, puede intentar acceder a los programas que esta emite (distintas a la publicidad) y allí manifestar sus opiniones.

Este fallo resulta altamente criticable. En primer lugar porque, como se encargan de señalar los Magistrados que firman los votos disidentes, no se alcanza a comprender que ante dos supuestos similares (el caso VgT Verein gegen Tierfabriken contra Suiza y este que nos ocupa) se hayan dictado dos fallos diametralmente opuestos. Y es que, además, habiendo sentado ya doctrina en aquel supuesto, no se entiende que ahora, sin ninguna razón justificable, se aparten de la misma. Como muy acertadamente señalan, "resulta extremadamente difícil entender este doble estándar en el contexto de una Convención cuyas normas

mínimas deberían ser igualmente aplicables en todos los Estados parte". De nuevo, el tan manido margen de apreciación nacional se acaba convirtiendo en un arma de doble filo.

En segundo lugar, porque los magistrados mayoritarios no están teniendo en cuenta que nos encontramos ante una simple ONG que no tiene más interés que hacer pública una denuncia sobre un tema de evidente interés general, como es el maltrato animal. Así pues, si bien es verdad, como ya decíamos al analizar la sentencia que resuelve el caso VgT Verein gegen Tierfabriken contra Suiza, que la prohibición, en abstracto, de la publicidad política puede estar justificada, lo que no resulta razonable es que no se hayan tenido en cuenta las circunstancias del caso concreto, pues es obvio que no nos encontramos ante un supuesto que justifique tal restricción. Como señalan los magistrados disidentes, esta proscripción se entiende con el fin de evitar que un poderoso grupo económico o político en la sociedad pueda obtener una posición de dominio sobre los medios audiovisuales. Ello supondría, de facto, que podría ejercer presión sobre las emisoras y, finalmente, restringir su libertad editorial. Si esto se permitiese, se socavaría el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es decir, el de instrumento para difundir unas informaciones e ideas de interés general que el público tiene derecho a recibir. En otras palabras, estaría quedando en entredicho su rol de formador de una opinión pública libre. Sin embargo, en el presente caso, no se puede identificar la ONG Defensores Internacionales de Animales, ni su cuña publicitaria, como una amenaza, ni para la neutralidad del medio, ni para la libre formación de la opinión pública. De hecho, más bien podríamos concluir lo contrario, pues negarle la emisión del anuncio supone sustraer a la ciudadanía el conocimiento de una denuncia pública sobre un tema de interés general.

Por último, como también muy sabiamente señalan los Magistrados discrepantes, la libertad de expresión se basa en que son los interesados, y no el Gobierno, los que están en mejor posición para decidir lo que quieren decir y cómo decirlo, y, por tanto, es a ellos a quienes les corresponde tomar dicha decisión. En este caso, ellos concluyeron que el mejor medio para la difusión de su mensaje era la televisión, pues, a pesar de que existan otros, la realidad es que aquella sigue siendo el medio más influyente. Y mantener que la ONG pueda dar a conocer sus puntos de vista a través de la programación ya establecida en antena supone ignorar la realidad de que la misma es una cuestión de elección editorial y está sujeta a la necesidad de maximizar la audiencia. Es más que probable que los programadores no tengan ningún interés en difundir las opiniones minoritarias o controvertidas de una ONG como la actuante.

VI. CONCLUSIONES

1. El TEDH reconoce el carácter de interés público a las informaciones referidas al medioambiente.

2. El TEDH reconoce a las ONGs ecologistas el mismo estatus de "perro guardián público" del que goza la prensa, respecto de las arbitrariedades que se puedan cometer desde los Poderes Públicos en materia medioambiental. Ello implica que este tipo organizaciones deben poder gozar del derecho a revelar hechos de interés público, para que así puedan ser conocidos por la sociedad y contribuir, de este modo, a la transparencia de las actividades de las autoridades públicas.

3. El derecho a poder probar la veracidad de las acusaciones (afirmaciones de hechos) comporta la necesidad de que el informante pueda gozar de asistencia jurídica frente a las demandas que les puedan interponer los interpelados.

4. Denegar el derecho a la asistencia jurídica a las ONGs medioambientales frente a las demandas por difamación supone no solo una vulneración del derecho a un proceso equitativo del artículo 6, por quebranto del principio de igualdad de armas, sino también de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, por cuanto la inasistencia letrada dificulta enormemente la propuesta y práctica de la prueba encaminada a demostrar la veracidad de sus afirmaciones durante el juicio.

5. Condenar al pago de fuertes indemnizaciones a los miembros de las ONGs medioambientales en procesos por difamación puede tener un efecto disuasorio respecto de la difusión de futuros mensajes y vulnera, por tanto, el artículo 10 CEDH. Este tipo de condenas perjudican el fin último de la libertad de expresión como garantía institucional, cual es promover un debate público sobre cuestiones de interés general, como el medioambiente.

6. El derecho de acceso a los medios de las ONGs a través de la publicidad sobre cuestiones animalistas está sujeto a una jurisprudencia vacilante del TEDH, habiéndose pronunciado tanto a favor como en contra de considerar la prohibición de tal publicidad como una vulneración del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 CEDH.

PANORAMA

LAS POLÍTICAS SANITARIAS Y DE CUIDADO EN LA FAMILIA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA AL CASO ESPAÑOL*

HEALTH AND CARE POLICIES IN THE FAMILY. A LEGAL APPROACH TO THE SPANISH CASE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 776-791

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación Sostenibilidad y competitividad urbanas en un contexto global. El área metropolitana de Valencia (CSO2013-46863-C3-1-R) y Estructura social, encuestas y elecciones (CSO2013-43054-R) financiados por la convocatoria 2013-Proyectos I+D+I-Programa estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad.

Vicenta TASA FUSTER

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: A causa del escaso y tardío desarrollo del estado del bienestar en España, las políticas públicas de familia y de atención a las personas que necesitan cuidados específicos, han tenido un pobre desarrollo en nuestro país. En el presente siglo ha habido algunos intentos de cambiar esta realidad; sin embargo, en general, no han alterado la carga de trabajo familiar en la atención a las personas que necesitan cuidados específicos. El objeto de esta comunicación es analizar el desarrollo legislativo en el ámbito de la sanidad y de las políticas del cuidado, que entendemos interrelacionadas, en lo referente al apoyo al bienestar de las familias, de las personas discapacitadas y de todas aquellas personas que necesitan de cuidados.

PALABRAS CLAVE: Familia; política sanitaria; mujer; cuidado; bienestar.

ABSTRACT: *Because of the scarce and delayed development of the welfare state in Spain, public policies of family and care for people who need specific works, have had a poor development. In the present century there have been some attempts to change this reality; however, in general, they have not altered the family workload in the care of people who need specific works. The purpose of this communication is to analyze the legislative development in the area of health and care policies, which we understand to be interrelated, in terms of supporting the welfare of families, disabled people and all those people who need care.*

KEY WORDS: *Family; health policy; women; care; welfare.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SALUD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.- III. CUIDADO Y POLÍTICA SANITARIA.- IV. FAMILIA, SALUD Y CUIDADO.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

España es uno de los países con más baja natalidad del mundo, con un porcentaje de población cada vez más envejecida, con unos niveles de integración laboral y de ocupación de las mujeres inferior a la media europea y de la OCDE, con un desarrollo de modelo de estado de bienestar tardío, mediterráneo, insuficientemente desarrollado y que descansa sobre el esfuerzo de las familias; es decir, basado en el sobreesfuerzo, a menudo no remunerado, de las mujeres[1].

Las políticas de familia del ciclo antiguo, propias de las sociedades materialistas y en proceso de desarrollo, ponían el acento en el incentivo del número de hijos mediante premios honoríficos y subsidios y pequeñas ventajas para las familias numerosas. Las viejas naciones se creían más fuertes por tener más habitantes, más fuerza de trabajo, más soldados. Y las familias numerosas eran ejemplares por tener muchos hijos. Pero los poderes públicos eran modestos y relativamente pasivos en términos económicos y su compromiso con estas políticas era esencialmente propagandístico. Importaba poco las condiciones de vida de las familias y su futuro social y económico. En la sociedad española estas son las políticas dominantes hasta el final de la dictadura franquista (1976).

Posteriormente, se consolida la transición demográfica iniciada en la década de 1960, se reduce el número de hijos, la mortalidad infantil se reduce hasta convertirse en una de las menores del mundo, y los hijos pasan de ser mera fuerza de trabajo a personas merecedoras de una vida con el mayor nivel de oportunidades posibles y digna. Todo ello, en un momento en el que la mujer se incorpora crecientemente a la vida laboral.

1 Llano Ortiz, J. C.: *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España. 2008-2017*, EAPN España, Madrid, 2018, p. 109.

• Vicenta Tasa Fuster
Profesora de Derecho Constitucional (Universidad de Valencia). Correo: vicenta.tasa@uv.es

Las políticas públicas pasivas y consistentes en subsidios, ayudas directas e indirectas o exenciones fiscales se incrementarán, mientras que se reduce el número de hijos necesarios para ser considerados familia numerosa. Sin embargo, en España no llegan a implementarse políticas activas sistemáticas de apoyo a la familia[2]. El infradesarrollo del estado de bienestar y el peso del trabajo no reconocido de las mujeres en las políticas de complemento a la salud y cuidado lo dificultan estructuralmente.

Las políticas activas de apoyo a la familia en sociedades avanzadas y con sistemas de valores y estructuración postmodernos no pueden seguir descansando en el número de hijos de la familia, sino en la calidad de vida y oportunidades de todos los miembros de las unidades familiares. La conciliación de la vida laboral, de ocio y del hogar; la distribución equilibrada de tareas y el tiempo de trabajo familiar por los miembros adultos de la familia, guarderías, la disponibilidad de tiempo laboral flexible, el desarrollo de servicios profesionales de sanidad especializada y cuidado son esenciales para el desarrollo de las familias de las sociedades actuales.

En caso contrario, las consecuencias para la salud de los miembros de las familias con peores condiciones socioeconómicas y con menos disponibilidad de tiempo son importantes y, especialmente, para las mujeres. No hay que olvidar que el trabajo profesional remunerado de cuidado lo llevan a cabo las mujeres mayoritariamente (65%); mientras el trabajo no remunerado y no reconocido de cuidado corresponde a mujeres en el 76% de los casos, generalmente de una jornada laboral[3].

No es de extrañar, por tanto, que las mujeres sufran la mayor parte de las enfermedades laborales del sector y que la tipología de las enfermedades de las personas trabajadoras en el cuidado sean distintas en los hombres y las mujeres[4].

Nuestro trabajo se centra en el conocimiento de la regulación legal del derecho universal a la salud desde una perspectiva de género y su concreción en políticas públicas de salud vinculadas de manera específica con el cuidado y las personas cuidadoras tanto en el cuidado remunerado como en el no remunerado o familiar. Porque entendemos que, en las políticas activas de apoyo a la calidad de vida de las familias, tienen más importancias las medidas que dan tiempo y calidad de vida a los miembros de las unidades familiares que las viejas políticas de natalidad y subsidios.

2 Flaquer Vilardebò, L.: "La articulación entre familia y el Estado de bienestar en los países de la Europa del sur", *Papers. Revista de Sociologia*, 2004, núm. 73, pp. 27-58.

3 OIT: *Las mujeres en el Trabajo. Tendencias,* Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 149.

4 Carretero Gómez, S.; Garcés Ferrer, J., y Ródenas Rigla, F.: *La sobrecarga de las cuidadoras de personas dependientes: análisis y propuestas de intervención psicosocial*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2015, p. 311.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera, centraremos el foco en la regulación del derecho a la salud en España, prestando una atención especial a la incorporación de la perspectiva de género en la legislación española sobre salud y de manera especial al artículo 27 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007. En la segunda, explicaré la singular relación entre personas cuidadoras y salud, y a las limitaciones de las normas legales y las políticas públicas de salud, en relación con las personas que se dedican al cuidado y, en consecuencia, son básicas en el bienestar de las familias.

II. LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SALUD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Huntington[5] explicó que el mundo había vivido tres etapas democratizadoras. En la primera (1828-1914), los primeros sistemas representativos y parlamentarios evolucionaron hacia poliarquías masculinas. En la segunda (1945-1958), los sistemas políticos se habrían convertidos en democracias plenas de mujeres y hombres, con un estado de bienestar creciente. En la tercera (1974-1989), las democracias, además de extenderse geográficamente, estarían preocupadas por la calidad democrática y la inclusión de todos los segmentos sociales y culturales de una sociedad. En cierta medida, el derecho a la salud ha seguido una lógica similar, con matices. Durante siglos, incluso en sociedades representativas y de poliarquías masculinas, el derecho a la salud era desigual y no tenía un alcance universal. Con la segunda ola democratizadora, pasa a ser un derecho humano fundamental (art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948) y es reconocido en las constituciones contemporáneas de los países democráticos (art. 43 de la Constitución española de 1978). Pero no será hasta la tercera ola democratizadora cuando se abrirá una interpretación particularista y multicultural de la atención sanitaria y, por ende, más eficaz y efectiva.

Es importante detenernos en este aspecto porque en estos momentos nos encontramos transitando del paradigma del derecho a la salud entendido de manera universal y esencialmente uniformista, a una concepción del universalismo pluralista. De una atención sanitaria que apenas tenía en cuenta que las enfermedades y las necesidades médicas podían ser diferentes en función de variables como la clase social, las condiciones de vida, la edad, la cultura o el género. A otra más compleja y personal que debe integrar variables aparentemente no médicas para mejorar la salud particular de las personas y los grupos singulares.

España es un ejemplo de lo que acabo de decir. Tras aprobarse la Constitución, la primera ley que regula la salud y las prestaciones sanitarias es la Ley 14/1986, de

5 Huntington, S. P.: *Democracy's Third Wave in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1991, p. 366

25 de abril, General de Sanidad. Se trata de una ley avanzada en aquel momento, que universalizó la atención sanitaria en España y reguló con carácter sistemático el sistema de salud con carácter sistemático y general. La ley únicamente se refiere a la salud particular de las mujeres, cuando afirma la necesidad de vigilar "las condiciones de trabajo y ambientales que puedan resultar nocivas o insalubres durante los períodos de embarazo y lactancia de la mujer trabajadora" y añade que se podría acomodar la actividad de las mujeres en esta situación cuando resultase necesario y justificado (art. 21.1.c).

Una década después, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, hará mención indirecta a las mujeres únicamente para garantizar la maternidad y la lactancia en términos similares a la Ley General de Sanidad, si bien desarrolla más minuciosamente algunos aspectos, para proteger el embarazo y el postparto (art. 26). Igualmente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuando ser refiere a la prestación de atención sanitaria primaria, afirmará, la obligación de la prestación de una atención y unos servicios específicos relativos a la mujer, que, a pesar de la redacción genérica, se entendían en esencia referidos al embarazo y la maternidad (art. 12.f).

Las leyes tienen una concepción esencialmente homogénea del universalismo en la prestación sanitaria. Confunden o asimilan el concepto de igualdad de trato y servicios sanitarios con la uniformidad de las prestaciones y los protocolos sanitarios, al menos en términos teóricos y de normativa básica. Se ignoraba, igualmente, que la igualdad en las prestaciones sólo se consigue teniendo en cuenta la diversidad de realidades que derivan del género y otros aspectos sociales como la clase social, el trabajo, la edad, la cultura o el origen de las personas.

La primera ley estatal española sobre aspectos de salud que incorpora explícitamente el principio de perspectiva de género en su articulado es la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo. En la exposición de motivos de la ley, se afirma que "no se puede desconocer … que el fenómeno del tabaquismo no se manifiesta de igual manera en hombres y en mujeres … y es evidente el mayor impacto negativo para la salud de las mujeres", y por este motivo "se hace necesario contemplar la perspectiva de género en todas y cada una de las estrategias que se desarrollen para el abordaje del tabaquismo", recordando que "la especial fisiología de las mujeres y los procesos reproductivos les añade unos riesgos específicos". Mientras en el art. 13 de la ley se estable que todas las medidas sanitarias y políticas públicas para combatir el tabaquismo deberán prestar una atención particular a la perspectiva de género y las desigualdades sociales.

Pero no será hasta el 2007, cuando se afronte de manera más general, detallada y ambiciosa la incorporación de la perspectiva de género a la legislación sobre

salud y en las políticas públicas sanitarias y de salud, y se hará, no desde una ley sanitaria o de salud, sino desde una ley de igualdad y más concretamente desde la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En su artículo 27, que lleva por título la Integración del principio de igualdad en la política de salud, y consta de 3 párrafos que tienen como objetivo cambiar las bases de la concepción del principio de igualdad en el conjunto de la política sanitaria española y en la legislación sobre sanidad[6].

En el primer párrafo establece que la incorporación del principio de igualdad debe de ser generalizado, por ello, todas "las políticas, estrategias y programas de salud integrarán, en su formulación, desarrollo y evaluación, las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente". Se entiende, en consecuencia, que sin la aplicación efectiva de la perspectiva de género y el principio de igualdad en las políticas sanitarias y de salud no es posible conseguir unos servicios sanitarios realmente universales e igualitaristas (art. 27.1).

En el segundo, se especifica que "las Administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud de las mujeres y hombres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre unas y otros". Es decir, las Administraciones públicas deberán tener una posición activa tanto para garantizar el derecho a la igualdad como para remover estereotipos, micromachismos y discriminaciones cotidianas (art. 27.2).

Finalmente, en el tercer párrafo, establecerá una orientación general de las políticas públicas gubernativas en 6 ámbitos específicos de actuación que deberían guiar a todos los órganos de gobierno, administraciones públicas y servicios competentes en materia de salud, de acuerdo en todo momento con el principio de igualdad de oportunidades (enunciado del art. 27.3).

En este sentido, considerará, en primer lugar, la promoción específica de la salud de las mujeres, estableciendo de manera sistemática políticas de educación sanitaria dirigidas a las mujeres, que prevengan igualmente su posible discriminación en el sistema de salud (art. 27.3.a). En segundo, el fomento de la investigación científica que atienda las diferencias entre mujeres y hombres en relación con la protección de su salud, centrando la atención en lo referido a la accesibilidad y el esfuerzo diagnóstico y terapéutico, tanto en sus aspectos de ensayos clínicos como

6 Tasa Fuster, V.: "La igualdad efectiva de mujeres y hombres en la política de salud", en Ventura Franch, A. y García Campá, S.: (dir.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la ley orgánica 3/2007*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2018, pp. 471-501.

asistenciales (art. 27.3.b). Siendo este un aspecto especialmente trascendente para mejorar la atención sanitaria realmente igual a mujeres y hombres. En tercero, la consideración, dentro de la mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 27.3.c); una regulación destinada específicamente a garantizar la seguridad laboral y la vulneración de derechos que pueden sufrir las mujeres en el ámbito laboral a causa de su condición sexual.

En cuarto lugar, la integración del principio de igualdad en la formación del personal al servicio de las organizaciones sanitarias, garantizando en especial su capacidad para detectar y atender las situaciones de violencia de género (art. 27.3.d). Es decir, las políticas públicas sanitarias deberían formar específicamente al personal sanitario para evitar el trato desigual a mujeres y hombres, y hacerlo, además, para combatir más eficazmente la lacra de la violencia de género. En quinto, las políticas sanitarias deben propiciar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los lugares directivos y de responsabilidad profesional del conjunto del Sistema Nacional de Salud (art. 27.3.e). Y, en sexto y último, siempre que sea posible, las instituciones sanitarias tratarán de hacer posible la obtención y el tratamiento desagregados por sexo de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica y sanitaria (art. 27.3.f).

En consecuencia, podemos afirmar que la Ley de Igualdad establece dos tipos de obligaciones de naturaleza, características y consecuencias diferentes. Obligatorias unas, conminatorias el resto.

En primer lugar, establece obligaciones fuertes (*hard law*), cuando afirma, en el párrafo segundo, que no puede haber discriminación por razón de sexo en la atención y los servicios sanitarios, y que los tribunales tienen que velar porque este precepto se cumpla en todos los casos. Se trata de un derecho fundamental que tiene toda persona que requiera de una atención o servicio sanitario, que genera una obligación para los poderes públicos competentes en la prestación de estos servicios. Por tratarse de un derecho fundamental básico, la no discriminación por razón de sexo tiene una protección jurídica inmediata.

El carácter y alcance de los párrafos primero y tercero es distinto. Su sentido es establecer un marco legal de referencia para que los gobiernos y Administraciones públicas desarrollen y promuevan políticas, estrategias y programas de salud que integran el principio de igualdad, la perspectiva de género y las diferentes necesidades sanitarias de mujeres y hombres. La norma conmina, establece la obligatoriedad de las políticas públicas, pero no delimita su alcance, profundidad, recursos y ejecución concreta. Se trata en este caso, de normas orientativas de la acción política, de la legislación y de las políticas públicas. Es decir, serían *soft law,* que tienen un carácter genérico, interpretable políticamente y abierto a las

concreciones y obligaciones que sobre este tema se puedan llevar a cabo en el desarrollo normativo de la Ley de Igualdad, en las leyes generales estatales y en la legislación de igualdad y de salud de las comunidades autónomas, y más aún de las políticas públicas concretas que en materia de sanidad impulsen tanto el gobierno central como los gobiernos autonómicos.

III. CUIDADO Y POLÍTICA SANITARIA

Las políticas de cuidado, básicas en una política de familia activa y avanzada, tienen una relación directa con la política sanitaria y la legislación de Salud. Debemos, para ello, tener en cuenta la dimensión social del cuidado y la tipología de enfermedades y problemas de salud que genera. Lo que a su vez obliga a incorporar la perspectiva sanitaria y de género a las políticas públicas del cuidado, de manera especial en el cuidado familiar, no profesional y no remunerado. Cuanto menos en un país como España, con un Estado del Bienestar débil y donde las redes familiares tienen que suplir en buena medida las carencias del sistema público de bienestar con unos costes en salud, tiempo, calidad de vida y promoción profesionales elevados de las personas cuidadoras, mayoritariamente mujeres[7].

Basta hacer referencia a algunos datos de fácil acceso público para confirmar lo que decimos. En España, a pesar de la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, las mujeres estamos peor pagadas, con ocupaciones más precarias, mayores niveles de paro, menor peso porcentual dentro del conjunto de la población ocupada y con una presencia muy limitada en los grupos directivos[8]. Además, las mujeres deben hacer frente, en una proporción enormemente superior a los hombres, a las funciones de cuidado[9]. Así, entre las personas dedicadas de manera formal, como trabajo remunerado, a el cuidado en los servicios sociales más de un 80% son mujeres, con elevadas tasas de temporalidad laboral. La mismo ocurre, en el ámbito sanitario, las mujeres que se dedican a el cuidado son más del 70% y con tasas de temporalidad elevada. Y se repite las proporciones entre las persones cuidadoras informales. Más del 80 % son mujeres, tienen una edad mediana de 53 años, y en casi un 80 % de los casos viven en la misma casa que la persona a la cual cuida, en más de un 17 % de las ocasiones tienen cuidado de más de una persona a la vez. Y más del 55 % han visto afectada su vida laboral negativamente, y dos de cada tres han tenido que reducir drásticamente su ocio. Y a todo esto, añadimos, que, en términos generales, el 70 % de las tareas de casa

7 Moreno Fernández, L.: "Crisis y reformas del bienestar en Europa", *Presupuesto y gasto público,* 2014, núm. 71, pp. 29-41.

8 Gobierno de España: Informe del mercado laboral de las mujeres. Estatal. Datos 2016. Gobierno de España (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), Madrid, 2017, p. 202.

9 Carretero Gómez, S.; Garcés Ferrer, J., y Ródenas Rigla, F.: *La sobrecarga,* cit., p. 311.

las realizan mujeres y que en el ámbito del hogar las mujeres dedicamos de media 2 horas y media más que los hombres diariamente, una realidad sobre la que se cimenta la brecha salarial en España).

Esta realidad tiene sus consecuencias en forma de enfermedades específicas, que generalmente no son consideradas enfermedades laborales, simplemente porque no se corresponden con las categorías tradicionales, y mayoritariamente masculinas, de las enfermedades laborales. Hay que destacar que los estudios existentes sobre la salud de las personas que se dedican al cuidado[10] ponen de manifiesto que ser cuidadora o cuidador supone un riesgo para la salud, en una proporción superior a la media de personas trabajadoras, y que esta afirmación vale igualmente para las persones cuidadoras formales o remuneradas y las informales o no remuneradas. Y el riesgo laboral afecta a la salud física en forma de cefaleas y enfermedades de espaldas y de cervicales, pero alcanza unas tasas de riesgo especialmente altas en la salud psicológica de las personas en forma de estrés, ansiedad y depresiones.

No deja de ser sintomático de lo que decimos que, haya investigaciones[11] que, independientemente de los grados de dependencia y cuidado, afirman que más del 85 % de las persones cuidadoras no remuneradas sufren o han sufrido ansiedad, y un 65 % depresiones debido al cuidado y entre ellas el consumo de psicofármacos es elevado. En este sentido, además, la gestión del estrés y de las enfermedades psicológicas depende más de las condiciones subjetivas (clase social, nivel de estudios, grado de inclusión e integración social, valores, etc.) que de las objetivas (tipología del cuidado, horas de trabajo, etc.), por lo que la situación social, nivel de estudios e integración comunitaria son elementos decisivos en las enfermedades laborales del cuidado. Más aún, en términos generales, las mujeres cuidadoras presentan niveles de salud peores que los hombres cuidadores, y las mujeres cuidadoras familiares tienen, además, peores niveles de salud física que las mujeres cuidadoras remuneradas laborales.

En resumen, podemos concluir que existe una relación directa entre el cuidado y la salud y la perspectiva de género en las políticas sanitarias porque: primero, las personas cuidadoras tienen niveles de riesgo laboral superior al resto de las personas trabajadoras; segundo, las mujeres cuidadoras tienden a tener más riesgo laboral que los hombres cuidadores; tercero, las cuidadoras familiares no remuneradas presentan más riesgos de enfermedades laborales del cuidado más que las laborales remuneradas; cuarto, el riesgo laboral es especialmente elevado en salud psicológica; y quinto, la capacidad de hacer frente a la estrés y la depresión

10 Sánchez López, M.P.: *Personas cuidadores formales y familiares y salud* [memoria de investigación], Universidad Complutense de Madrid y Gobierno de España (Ministerio de Igualdad), Madrid, 2012, p. 43.

11 Carretero Gómez, S.; Garcés Ferrer, J., y Ródenas Rigla, F.: *La sobrecarga,* cit., p.311.

depende más de la dimensión subjetiva de la cuidadora que de las condiciones objetivas del trabajo.

IV. FAMILIA, SALUD Y CUIDADO

Tal como hemos indicado anteriormente, la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establecía en su artículo 27 los ámbitos básicos que tendrían que orientar las leyes de salud, y las políticas públicas de todos los ámbitos de gobierno incorporando la perspectiva de género y el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Con todo, sólo algunos aspectos de esta regulación afectarían la salud laboral, física y psíquica de las mujeres cuidadoras y de todas las personas que se dedican al cuidado de manera formal, informal u ocasional.

Estos aspectos, concretamente, son tres. En primer lugar, la educación sanitaria, en todo aquello que se oriente a favorecer la salud de las mujeres cuidadoras y a mejorar su bienestar y la forma en la que realizan su actividad. En segundo, el desarrollo de la investigación científica, frenada en los últimos años, que atienda las diferencias entre mujeres y hombres en relación con la salud en términos generales y en el ámbito del cuidado de manera particular, para permitir el diagnóstico precoz y el tratamiento terapéutico adecuado de las enfermedades más frecuentes en este trabajo. Y, en tercer lugar, desarrollar los sistemas estadísticos especializados que permitan contar con una información médica y sanitaria adecuada sobre la salud de las personas dedicadas al cuidado, con datos desagregados por sexo, grupo de trabajo, cuidado familiar o profesional, etc.

Educación sanitaria, investigación específica e información desagregada. Estos serían los tres ejes de la Ley de Igualdad que tendrían que desarrollar tanto la legislación sanitaria como las políticas públicas de salud. Una responsabilidad que, en el caso español, corresponde en buena medida a las comunidades autónomas[12].

La legislación autonómica sobre salud es relativamente extensa. La práctica totalidad de las comunidades autónomas han regulado sobre la materia de manera específica tanto sobre aspectos estructurales, organizativos, como seguridad y salud en el trabajo o sobre asistencia sanitaria y también sobre igualdad entre mujeres y hombres. Obviaré un análisis detallado de la legislación autonómica de igualdad en relación con la salud y me centraré en los tres ejes básicos de las políticas de salud que podían afectar a las cuidadoras: educación, investigación e información.

12 Tasa Fuster, V.: "La igualdad", cit., pp. 471-501.

En materia de educación, las primeras leyes autonómicas que hacen referencia a la necesidad de educar en la salud a las mujeres lo hacen refiriéndose a aspectos o colectivos muy concretos. Por ejemplo, para desarrollar programas integrales de información y educación sexual y de métodos anticonceptivos (Castilla y León, 2003), mejorar la salud de las mujeres en las zonas rurales (Comunidad Valenciana, 2003), concienciar sobre las diferencias de mujeres y hombres relativas a la salud (País Vasco, 2005), o difundir la salud de las mujeres (Baleares, 2006).

Es la ley murciana de 2007 la que va más allá porque insta a realizar "campañas de información y programas de educación para la salud sobre aspectos sanitarios y enfermedades que afectan o inciden directamente sobre el colectivo femenino" y, a la vez, plantea, por primera vez, la necesidad de sensibilizar y formar "al personal sanitario, con el fin de que conozcan las necesidades específicas de las mujeres". Dos preceptos que podrían, potencialmente, sustentar medidas dirigidas a las mujeres cuidadoras.

Las leyes autonómicas de igualdad posteriores a 2007 muestran en su articulado el impacto de la Ley de Igualdad estatal, ya que incrementan y hacen más detalladas las referencias a la educación en salud con perspectiva de género, pero sin ir más lejos en sus objetivos que lo que la Ley 3/2007 establecía.

Respecto al segundo de los ejes de actuación que marca la Ley de Igualdad, el que hace referencia al fomento de la investigación con perspectiva de género. También aquí, con anterioridad a la ley estatal, algunas leyes autonómicas de igualdad ya habían incorporado la necesidad de potenciar investigaciones científicas teniendo en cuenta las características específicas de cada sexo, especialmente las leyes autonómicas elaboradas entre 2003 y 2007. Con todo, después de la aprobación de la Ley estatal de Igualdad, las referencias se harán más frecuentes en las leyes autonómicas de igualdad.

Pero, también en este aspecto, hay que decir que en todos los casos las referencias son similares a las recogidas en el artículo 27 de la Ley de Igualdad estatal de 2007, y en ninguna ocasión se hace referencia a la investigación segmentada por ámbitos sociales, de niveles de estudio, de grado de integración social, diferenciando entre enfermedades físicas y psicológicas, y menos todavía según las dimensiones laborales y de clase social.

Finalmente, respecto al tercer eje de la Ley de igualdad que podría atender las necesidades de salud de las mujeres cuidadoras, el de la información y el de la estructuración de bancos de datos desagregados por sexo en registros, encuestas y estadísticas hay que decir que, con anterioridad a la Ley de Igualdad únicamente en la legislación balear de 2006 se hace referencia a la necesidad de prestar "una atención especial a los problemas específicos de salud pública que

afectan la mujer, especialmente en los ámbitos… de las estadísticas y los estudios". Mientras que, con posterioridad a la Ley de Igualdad estatal, algunas leyes de igualdad autonómicas han tendido a recoger la necesidad de contar con estudios, estadísticas y encuestas sobre aspectos de salud que diferencian a hombres y mujeres (Andalucía, Canarias, Extremadura, Galicia, Baleares y Cataluña).

Cabe advertir, asimismo, que las leyes autonómicas de igualdad ocasionalmente han ido más allá de la educación, la investigación y la información de la ley estatal, y han tratado de regular aspectos inmediatos de la salud de las mujeres que la ley estatal no ha considerado, e, incluso, puntualmente la legislación autonómica de igualdad se ha referido específicamente a las cuidadoras o a las personas que realizan trabajos de cuidado.

De manera extraordinaria hay también cuatro leyes autonómicas de igualdad que hacen referencia a los problemas de salud que genera el cuidado, pero la referencia la limitan exclusivamente a el cuidado doméstico o informal. Así, en la legislación del País Vasco (2005), la atención de la salud de las cuidadoras informales aparece como problema que debe de ser incorporado a las políticas sociales, en las leyes andaluza (2007) y canaria (2010) como una cuestión que debe de ser considerada de manera específica por las políticas sanitarias, y en la ley catalana (2015), después de afirmar la presencia mayoritaria de mujeres en los trabajos de cuidado, sobre todo en el ámbito doméstico, dice que este hecho tiene que ser tenido en cuenta en la política sanitaria y tiene que orientar las políticas públicas "para que el cuidado de las personas en el ámbito familiar sea compartido por hombres y mujeres".

Cómo podemos observar nos encontramos con un importante sesgo de género y de clase social tanto en la legislación estatal como autonómica. La legislación está hecha mayoritariamente por hombres y por hombres de clase media o alta, con estudios, urbanos, con trabajos de esfuerzo no físico y todo esto pesa a la hora de legislar y de implementar políticas públicas sanitarias con perspectiva social y de género. Quizá eso ayuda a explicar que la salud laboral de las mujeres y sus riesgos laborales específicos no aparezcan a penas en la legislación vigente ni en las políticas de riesgos laborales y en las sanitarias.

Hace falta, sin duda, más perspectiva de género y hace falta más perspectiva social en nuestra legislación y en las políticas públicas. Y que pase de las leyes de igualdad a toda la legislación de manera transversal y, de manera específica, a la que se refiera a la salud de las personas dedicadas al cuidado.

España tiene, en 2017, una tasa de natalidad del 8,41 y un índice de fecundidad del 1,31, cuando la fecundidad media de reemplazo es de 2,1. Las causas de estas cifras, las más bajas en términos históricos, son, obviamente, diversas; pero

es evidente que entre ellas se encuentra la ausencia de unas políticas públicas sistemáticas, activas y avanzadas de apoyo a la familia, en la diversidad de tipos y modelos familiares actuales[13], tratando de facilitar las condiciones sociales para poder tener hijos de manera lo más digna y plena posible, y responder a las necesidades de cuidado de las personas dependientes de manera igualmente adecuada.

Y para ello la gestión del tiempo es esencial. En estos momentos, en España, la educación obligatoria finaliza a los 16 años, los estudios universitarios de grado hacia los 23 y los universitarios especializados hacia los 27; una mínima estabilización laboral en un mercado de trabajo cada vez más precario, se produce entre los 30 y los 35 años, la media de edad para establecer legalmente uniones de pareja se acerca a los 35 años en el caso de las mujeres y 38 años en los hombre (casi 12 años más que cuando se inicia la democratización de España en 1977), las mujeres tienen su primer hijo de media a los 33 años, hacia los 45 años las mujeres y 48 los hombre acabaría la atención de la etapa infantil de los primeros hijos y, hacia los 50-60 años suele tiene que atender las necesidades de cuidado de sus progenitores. Los recursos económicos, emocionales e intelectuales de las personas son decisivos para construir proyectos de vida familiar que san autónomos y fuertes; pero las políticas públicas pueden ser decisivas para garantizar una vida de calidad, un cuidado equilibrado e igual por hombres y mujeres de hijos y personas dependientes. Lo que redundaría en una mejor salud tanto para las personas que necesitan cuidados como para las cuidadoras. Hoy, no es esta la realidad. El tiempo está estructuralmente mal repartido y las funciones del cuidado de hijos y dependientes recae esencialmente en las mujeres, incluso cuando los cuidados requieren una formación profesional especializada, lo que provoca enfermedades específicas en las cuidadoras y dificulta una vida más digna, rica y saludable.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Recurrir a los viejos modelos de familia, con una diferenciación clara de funciones según el sexo de las personas y la exclusión de las mujeres del mundo laboral puede ejercer una atracción todavía importante en sectores de la sociedad; pero difícilmente tiene futuro en sociedades avanzadas, complejas y democráticas.

El futuro pasa, en nuestra opinión, por políticas activas de apoyo a las familias y su calidad de vida en todos los ámbitos de actividad y para todos sus miembros. Sin apriorismos ni dogmatismos ideológicos; pero con una voluntad clara de facilitar políticas públicas efectivas no solo en los aspectos más directos e inmediatos (educación, sanidad, subsidios, ayudas), sino también en aquellos indirectos y

13 Flaquer Vilardebò, L.: "La articulación", cit., p. 27.

básicos (horario de trabajo, conciliación, vivienda), como en los que parecen más alejados y son vitales (política de cuidado, atención sanitaria con perspectiva de género para mujeres y hombres, atención a la dependencia).

En nuestra sociedad una de las brechas principales entre las personas es la del tiempo. Y, por ello, sólo habrá igualdad plena, independientemente de lo que digan las leyes, cuando mujeres y hombres dispongamos de un tiempo parecido para las actividades públicas y privadas, y cuando mujeres y hombres dediquemos un tiempo parecido a las mismas especialidades laborales y tareas domésticas, y al cuidado de hijos y personas dependientes; en la ayuda de servicios de calidad y políticas de familia integrales, activas y avanzadas.

BIBLIOGRAFÍA

Carretero Gómez, S.; Garcés Ferrer, J., y Ródenas Rigla, F.: *La sobrecarga de las cuidadoras de personas dependientes: análisis y propuestas de intervención psicosocial*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2015, p. 311.

Flaquer Vilardebò, L.: "La articulación entre familia y el Estado de bienestar en los países de la Europa del sur", *Papers. Revista de Sociologia,* 2004, núm. 73, pp. 27-58.

Gobierno de España: *Informe del mercado laboral de las mujeres. Estatal. Datos 2016,* Gobierno de España (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), Madrid, 2017, p. 202.

Huntington, S. P.: *Democracy's Third Wave in the Late Twentieth Century,* University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1991, p. 366.

Llano Ortiz, J. C.: *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España. 2008-2017,* EAPN España, Madrid, 2018, p. 109.

Moreno Fernández, L.: "Crisis y reformas del bienestar en Europa", *Presupuesto y gasto público,* 2014, núm. 71, pp. 29-41.

OIT: *Las mujeres en el Trabajo. Tendencias.* Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 149.

Sánchez López, M.P.: *Personas cuidadores formales y familiares y salud* [memoria de investigación], Universidad Complutense de Madrid y Gobierno de España (Ministerio de Igualdad), Madrid, 2012, p. 43.

Tasa Fuster, V.: "La igualdad efectiva de mujeres y hombres en la política de salud", en Ventura Franch, A. y García Campá, S.: (dir.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la ley orgánica 3/2007*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2018, pp. 471-501.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO PENAL*

INTELLIGENCE AND CRIMINAL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 792-843

* Mi agradecimiento al Prof. José Ramón de Verda y Beamonte

María
HERNÁNDEZ
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de enero de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En el presente artículo se analiza si la aplicación de la inteligencia artificial en el campo del proceso penal es posible. Y para ello, se hace un estudio de la progresiva aplicación de la tecnología al mundo jurídico y las problemáticas jurídicas y éticas que encierra, específicamente en el proceso penal, y sus consecuencias, para acabar reflexionando sobre si llegaremos a la revolución 4.0 en el sistema jurídico, es decir, si finalmente la justicia podrá ser impartida por robots.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; derecho penal; inteligencia artificial; e-justicia; ética; presunción de inocencia; innovaciones tecnológicas; administración de justicia; robots.

ABSTRACT: *In this article, we analyze whether the application of artificial intelligence in the field of criminal proceedings is possible. And for this, a study is made of the progressive application of technology in the legal world and the legal and ethical issues that it contains, specifically in the criminal process, and its consequences, to end up reflecting on whether we will achieve revolution 4.0 in the legal system, that is, if justice can finally be imparted byrobots.*

KEY WORDS: *Fundamental rights; criminal law; artificial intelligence; e-justice; ethics; presumption of innocence; technological innovations; justice administration; robots.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Conceptualización.- 2. Proceso de incorporación de la tecnología a la justicia.- II. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL. - III. ¿RESPONSABILIDAD ROBÓTICA?- IV. PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.- V. E-JUSTICIA.- 1. Aplicaciones inteligentes.- 2. Consecuencias en el mercado de trabajo.- 3. Resolución de conflictos.- VI. APLICACIÓN AL PROCESO PENAL.- 1. Videoconferencia.- 2. Pruebas electrónicas. 3. Apoyo a la investigación policial.- A) Mapas criminales.- B) Drones.- C) Detección de denuncias falsas. - D) Gafas de identificación de sospechosos.- VII. CONTROL TELEMÁTICO DE PENADOS.- VIII. EVALUACIÓN DEL RIESGO DE REINCIDENCIA.- IX. ROBOTS COMO AGENTES PROVOCADORES.- X. ROBOTS PARA LA REHABILITACIÓN DE DELINCUENTES.- XI. ANÁLISIS DE PERSONALIDAD.- XII.- PREDICCIÓN Y DICTADO DE SENTENCIAS. - XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas, el ser humano ha venido desarrollando máquinas capaces de realizar muchas de las tareas que siempre han estado encomendadas a las personas, especialmente las que requieren más tiempo y esfuerzo. El campo del Derecho no ha permanecido al margen de este fenómeno, ya que son muchas las innovaciones tecnológicas aplicadas para mejorar el mundo jurídico.

En concreto, a continuación, estudiaremos si la aplicación de la inteligencia artificial en el campo del proceso penal es posible. Es de destacar que cuando nos referimos a la relación entre el Derecho Penal y la inteligencia artificial no estamos pensando en algo imaginario, sino que es algo tangible desde hace décadas. Así, estudiaremos la progresiva aplicación de la tecnología al mundo jurídico, centrándonos en el proceso penal, y sus consecuencias, para finalmente acabar planteándonos si llegaremos a la revolución 4.0 en el sistema jurídico, es decir, si finalmente la justicia podrá ser impartida por robots.

En primer lugar, consideramos necesario realizar una serie de precisiones terminológicas del tema que nos ocupa, esto es, la inteligencia artificial.

1. Conceptualización

El Comité Económico y Social Europeo, en el "Dictamen sobre la inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital),

• María Hernández Giménez
Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Universitat de València. Correo electrónico: hergima@alumni.uv.es

la producción, el consumo, el empleo y la sociedad"[1] declara, en la segunda conclusión, que no existe una definición concreta y aceptada de la inteligencia artificial. Por tanto, dado que son numerosas las definiciones de inteligencia artificial que podemos encontrar, nos centraremos en las que nos han parecido más adecuadas.

En primer lugar, dice el Diccionario de la Real Academia Española que la inteligencia artificial es la "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico"[2].

Tanto John McCarthy como Marvin Minsky, cofundadores del Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts) son considerados los padres de esta disciplina. Para el primero, la inteligencia artificial, según dijo en 1959, "es la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes"[3]. Está relacionada con la tarea que consiste en el uso de ordenadores para entender la inteligencia humana, pero no se limita únicamente a criterios observables biológicamente, sino que va más allá. Marvin Minsky, por su parte, entiende la inteligencia artificial como "la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían inteligencia si las hicieran las personas"[4].

Sin ánimo de ser exhaustivos, conviene analizar también cuáles son los tipos de inteligencia artificial. Silvia Barona[5], siguiendo a Stuart Russell y Peter Norvig, habla de cuatro tipos de inteligencia artificial: sistemas que imitan cómo piensan los humanos, que son capaces de tomar decisiones autónomas y resolver problemas, y también tienen capacidad de aprendizaje; sistemas que actúan como humanos e imitan su comportamiento; sistemas que utilizan el pensamiento lógico racional humano, capaces de inferir una solución a un caso a partir de una información sobre un contexto dado y sistemas que emulan la forma racional del comportamiento humano, como los sistemas inteligentes o expertos, de los que hablaremos posteriormente.

1 Comité Económico y Social Europeo: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad",* Diario Oficial de la Unión Europea C 288/1, 31 de agosto de 2017, p. 3.

2 Diccionario de la Real Academia Española.

3 Huallpa Tapia, L: "Aplicación de la Inteligencia Artificial en Solución de Problemas Empresariales", *Arequipa*, p. 1.

4 Delgado, M: *La inteligencia artificial. Realidad de un mito moderno*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1996, p. 18.

5 Barona Vilar, S: "Reflexiones en torno al 4.0 y la inteligencia artificial en el proceso penal", *Ius Punendi*, vol. 7, 2018, pp. 313-336.

Arend Hintze[6], por su parte, diferencia entre otros cuatro tipos en los que se pueden clasificar los sistemas dotados de inteligencia artificial:

a) Máquinas reactivas: no tienen memoria, y no pueden utilizar experiencias pasadas para la toma de decisiones. Por tanto, actúan en función de lo que ocurre en cada momento. Así, ante situaciones idénticas, actúan siempre de igual manera. Este tipo de máquinas son adecuadas para realizar tareas determinadas, como jugar a algunos juegos, pero no pueden ser utilizadas para otras distintas para las que fueron creadas. Por ejemplo, Deep Blue, una de las máquinas que compiten en ajedrez, forma parte de este tipo, dado que toma sus decisiones basándose en la disposición de las fichas en el tablero en cada momento, pero no recuerda nada de partidas anteriores.

b) Máquinas con memoria limitada, que tampoco son capaces de aprender. Sin embargo, sí que son capaces de almacenar datos pasados. Un ejemplo de este tipo de inteligencia artificial son los coches autónomos, capaces de conducir solos.

c) Máquinas con una teoría de la mente: son capaces de entender y expresar emociones e ideas, así como también pueden trabajar en equipo y adaptar su comportamiento a lo que ocurre a su alrededor. Este tipo de máquinas son las que en un futuro serán capaces de entender las diferencias entre las personas para tratarlas de un modo u otro.

d) Máquinas con conciencia propia que, a partir de sus estados internos, pueden predecir comportamientos y sentimientos ajenos. Así, si una máquina ha experimentado el amor hacia una persona, podrá entender que otra persona esté enamorada. Asimismo, pueden construir una representación de sí mismas.

Adentrándonos un poco más en este campo, el Comité Económico y Social Europeo también analiza cuál es el objetivo fundamental que persigue esta disciplina: "la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir"[7].

También de los objetivos habla Danièle Bourcier en "Inteligencia artificial y derecho". En este caso, para la autora, los objetivos son dos: "servirse de la máquina para probar las funciones cognitivas del hombre e intentar reproducir los mecanismos humanos"[8].

6 Hintze, A: "Understanding the four types of AI, from reactive robots to self-aware beings", *The Conversation*, 2016.

7 Comité Económico y Social Europeo: *Dictamen del Comité*, cit., p. 3

8 Bourcier, D: *Inteligencia artificial y derecho*, 1ª ed., UOC, Barcelona, 2003, p. 70.

Centrándonos ya en el sector jurídico, la consultora Gartner, en su informe "Cool Vendors en AI for Legal Affairs, 2017"[9], ofrece una definición de inteligencia artificial legal, entendiendo que es el conjunto de todos aquellos sistemas expertos tales como el procesamiento de lenguaje natural, las redes neuronales profundas o el aprendizaje automático aplicados en tareas legales como el análisis de un contrato, la preparación de una estrategia procesal o la investigación legal, con la finalidad de automatizar la tarea y mejorar la toma de decisiones.

Para comprender esta definición, también hemos considerado relevante definir qué es un sistema experto jurídico o legal, dado que este concepto también está estrechamente relacionado con nuestra investigación.

Dice la Real Academia Española que un sistema experto es un "programa con capacidad para dar respuestas semejantes a las que daría un experto en la materia". Por tanto, un sistema experto jurídico vendría a ser un programa capaz de responder como lo haría un jurista[10].

Francisco Lancho Pedrera, en "Los sistemas expertos en el Derecho", define el concepto diciendo que son "programas jurídicos que ante una situación jurídica van a dar una respuesta y solución al problema de acuerdo con la ley"[11].

Ahondando un poco más en la cuestión, encontramos las cuatro características que tiene un sistema experto jurídico según Danièle Bourcier: en primer lugar, es un "sistema de asistencia a la decisión […], se rige por reglas jurídicas, […] trata cuestiones de derecho […] y proporciona un resultado válido y justificable jurídicamente"[12].

2. Proceso de incorporación de la tecnología a la justicia

Históricamente, el sector del Derecho nunca se ha caracterizado por ser un sector puntero en lo que a tecnología se refiere, sino que ha permanecido algo apartado de la tecnología y de la innovación. Sin embargo, sí que encontramos ejemplos de innovaciones tecnológicas que han tenido lugar en este sector. De hecho, la incorporación de las nuevas tecnologías a la justicia no es algo tan reciente.

Según afirman Rozas, Maciá y Reviriego en "Bases de datos jurídicas españolas"[13], la informática empezó a aplicarse a la documentación jurídicas tras el final de la Segunda Guerra Mundial, aunque de manera experimental. Posteriormente, en las

9 Gartner: *Cool Vendors in AI for Legal Affairs, 2017*, 2017.

10 Diccionario de la Real Academia Española.

11 Lancho Pedrera, F: "Los sistemas expertos en el Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 21, 2003.

12 Bourcier, D: *Inteligencia artificial,* cit., pp. 70 y 71.

13 Maciá, M. y Reviriego, J: "Bases de datos jurídicas españolas", *Revista de Administración Pública*, vol. 25, 1991.

universidades de Estados Unidos y Gran Bretaña surgieron las primeras bases de datos, en los años cincuenta y sesenta. Más en concreto, la primera aplicación la encontramos, según Ciampi[14], en un sistema de comparación legislativa diseñado por John F. Horty en 1959, para la elaboración de una ley sanitaria, en colaboración con el Centro de Cálculo de la Universidad de Pittsburgh. El proyecto fue presentado al mundo por la American Bar Association solo un año después, en 1960. Este fue el principio de un proceso de informatización de todo el contenido legal, hasta llegar a nuestros días, en los que la legislación en papel ha dejado paso a la publicación *online* del Boletín Oficial del Estado, de manera que cualquier persona puede consultarlo desde casi cualquier parte del mundo en apenas unos segundos.

Respecto a la ardua tarea de los abogados, una de las primeras manifestaciones al respecto la encontramos en "Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning"[15], de Bruce G. Buchanan y Thomas E. Headrick, quienes ya hablaban en 1970 de que la informática podría ayudar a los abogados durante sus procesos de razonamiento.

Además, ya en "El libro blanco de la justicia" de 1998, el Consejo General del Poder Judicial habla de la necesidad de incorporar los sistemas de comunicación informática y electrónica para evitar las dilaciones características de los procedimientos tradicionales. Así, el propio Consejo reconoce que "mientras no se consiga una informatización real, integral e integrada e intercomunicada, muchos de los actuales males de la Justicia no se solucionarán debidamente", ya que, consideran, la reforma de la Administración de Justicia no es posible sin la informatización de los órganos judiciales.

Desde este punto, muchas son las innovaciones que se han ido implementando progresivamente al sector jurídico, tales como la e-justicia; los nuevos medios de investigación al servicio de la policía gracias a la reforma de la LOPJ, en concreto a la nueva redacción del artículo 230; o los motores de búsqueda con inteligencia artificial. De todas estas innovaciones hablaremos en los siguientes apartados de nuestro trabajo.

Centrándonos ya en la inteligencia artificial, FUJITSU[16] ha elaborado un informe junto a la consultora PAC en el que exponen que más del 70% de las grandes empresas españolas invertirá en inteligencia artificial. Por el contrario, solo el 17% de las empresas españolas, fundamentalmente las grandes empresas, la considera imprescindible a la hora de definir las estrategias para los próximos años. Por tanto,

14 Ciampi, C: *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, 1982.

15 Buchanan, B. y Headrick, T: "Some speculation about artificial intelligence and legal reasoning", *Stanford Law Review*, vol. 23, 1970.

16 Fujitsu: *Qué es lo que aporta la inteligencia Artificial al negocio*, 2018.

en España todavía estamos algo alejados de la conocida como cuarta revolución industrial, o industria 4.0, aquella que incorporará los robots a la sociedad, hasta el punto de que serán ellos los que se encarguen de la toma de decisiones para resolver conflictos. No obstante, pese a que en España no parece que esto vaya a suceder inmediatamente, consideramos que este fenómeno es imparable, por lo que se debe tener muy en cuenta cuál es el objetivo de estas innovaciones: la consecución de un futuro más cómodo para las personas, pero también más igualitario, más solidario y más justo[17]. Como consecuencia, estudiaremos también la problemática que conlleva esta revolución, como los cambios que se prevén en el mercado de trabajo, la aparición y el perfeccionamiento de la ciberdelincuencia, las diferencias entre los Estados y las empresas que pueden permitirse la inversión en esta tecnología y los que no, o las dificultades para los jueces a la hora de apartarse de los veredictos que dicte una máquina.

II. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Pese a que la inteligencia artificial es un terreno al que numerosos gobiernos y empresas privadas están destinando muchos recursos humanos y económicos, todavía no existe una regulación específica al respecto.

Teniendo en cuenta que la globalización es un fenómeno importante hoy en día, consideramos que la regulación de la inteligencia artificial, así como la evaluación de su impacto y la definición de las estrategias a seguir no es competencia de los gobiernos nacionales únicamente, sino que, por el contrario, consideramos que la cooperación entre los distintos Estados junto con los entes supranacionales es imprescindible a la hora de abordar estas cuestiones. Así, encontramos algunos esfuerzos a nivel europeo, como la creación de la Estrategia global para la política exterior y de seguridad en el año 2016, que insta a la Unión Europea y a los Estados a crear normas mundiales en algunos campos como la inteligencia artificial y la robótica, para evitar riesgos para las personas y aprovechar los beneficios económicos que deriven de esta actividad. Además, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo elaboró un Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, de cuyo contenido hablaremos en el siguiente apartado. Asimismo, existe un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la inteligencia artificial[18], aprobado el 31 de mayo de 2017. En el Dictamen se expone la necesidad de establecer un marco político supranacional, por lo que se invita a la Unión Europea a que legisle en este campo. Asimismo, se defiende en todo momento que debe existir un control humano, dado que hay capacidades que no puede

17 Barona Vilar, S: "Reflexiones en torno", cit.

18 Comité Económico y Social Europeo: *Dictamen del Comité*, cit., p. 3

suplir la inteligencia artificial porque son estrictamente humanas, si bien deben ser desarrolladas de una manera más eficaz. Además, hace hincapié en la necesidad de tratar cómo funciona la responsabilidad en caso de que se produzcan daños por la mala actuación de un robot, aspecto del también que hablaremos en el siguiente apartado. También se habla de la oscuridad que caracteriza el funcionamiento de algunas aplicaciones inteligentes, aspecto que abordaremos profundamente más avanzado el presente trabajo. Por último, el CESE reafirma su defensa del control humano por encima de las máquinas. Así, consideran que estas deberán seguir siendo máquinas bajo el control y supervisión de los humanos.

Tal como apunta María José Santos[19], es innegable el hecho de que, en un futuro no muy lejano, los humanos tendremos que convivir con los robots. De esta convivencia se derivan una serie de consecuencias económicas, sociales y, sobre todo, legales. En primer lugar, la implantación de la inteligencia artificial en nuestra sociedad conllevará un gran cambio en el mercado laboral: muchas de las profesiones que hoy en día existen serán ocupadas por robots. Otro de los aspectos a destacar son los problemas que pueden surgir como consecuencia de nuestra relación con los robots, dado que el hecho de que sean tan similares a nosotros puede desembocar en la creación de vínculos muy afectivos con ellos, de manera que podríamos dejar de identificarlos como meras herramientas a nuestro servicio. Así, aunque sean capaces de interactuar de manera autónoma con el entorno y realizar tareas propiamente humanas, nunca se debe olvidar que no son iguales que nosotros, y por eso no deben ser tratados de igual forma.

Consideramos que los proyectos de regulación existentes hasta ahora son insuficientes, dada la importancia que está adquiriendo la inteligencia artificial en nuestro mundo, por lo que creemos que la Unión Europea, así como también el legislador español, deben regular este tema antes de que nos veamos sobrepasados por el crecimiento del sector. Además, puede ser peligroso porque estas aplicaciones pueden llegar a ser incluso más inteligentes que el ser humano cosa que, según los más alarmados, podría poner en peligro la especie humana. Es de destacar, sin embargo, que en otros países, como el Reino Unido, se están tomando algunas medidas como la creación de un grupo parlamentario centrado en el estudio de la inteligencia artificial, cuyo objetivo es analizar el impacto y las consecuencias de la inteligencia artificial incluyendo el *machine learning*.

III. ¿RESPONSABILIDAD ROBÓTICA?

Ahora bien, ¿existe algún tipo de regulación relacionada con la robótica? La respuesta es que sí, pero no tiene soporte legal. En 1942, Isaac Asimov, en su

19 Santos González, M: "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, vol. 4, 2017, pp. 25-50.

cuento "Círculo vicioso", narra cómo Gregory Powell enuncia las "tres leyes de la robótica" a su compañero Mike Donovan:

1) "Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño.

2) Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entrasen en conflicto con la primera ley.

3) Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o con la segunda ley"[20].

Es innegable que, desde que estas tres reglas fueron enunciadas, la robótica ha sido un sector que se ha desarrollado considerablemente. Según un informe publicado por Interact Analysis, consultora del sector, el mercado de robots colaborativos crecerá un 60% en 2018[21].

Uno de los aspectos que más preocupa al ámbito del derecho es la responsabilidad civil, que es la obligación de indemnizar a un tercero que nace de unos daños provocados de forma involuntaria. El problema que en este caso se plantea es que, según la legislación actual, un robot no puede ser responsable por los actos u omisiones que puedan causar daños a terceros.

Parece razonable que el responsable sea el fabricante, pero tal como recoge el artículo 1 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, los productores solo serán responsables de los daños causados por sus productos solo en caso de que estos fueran defectuosos. Por tanto, ¿qué ocurre si el daño causado no es consecuencia de un defecto de fabricación?

Ante esta problemática, hemos realizado un análisis basándonos en el "Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre normas de Derecho Civil sobre robótica", de la comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, publicado el 31 de mayo de 2016.

Hoy en día, el hecho de que los robots estén equipados con inteligencia artificial hace que sean capaces de aprender por sí mismos y de tomar decisiones de manera autónoma, cosa que necesariamente implica la posibilidad de que estos adopten un comportamiento imprevisible para el ser humano, por lo que no parece razonable culpar a su fabricante de los daños que se pudieran ocasionar como consecuencia de este comportamiento imprevisible. Dado que es el fabricante el que programa o "educa" al robot, será responsable de los daños provocados por

20 Asimov, I.: *Runaround*, Street and Smith Publications, 1970.

21 Sharma, A.: "Collaborative Robot Market to Grow by 60% in 2018", *Interact Analysis*.

una mala programación (o educación) pero, sin embargo, su responsabilidad ya no será tal cuando los daños se hayan producido como consecuencia de la capacidad de aprendizaje de estos, ya que la autonomía del robot aumenta paralelamente al nivel de desarrollo de la inteligencia artificial. Asimismo, hay que tener en cuenta la posibilidad de que los robots puedan ser ciberatacados por criminales, cosa que los haría aún más imprevisibles para su fabricante.

De esta manera, considera la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo que, a mayor autonomía de los robots, menor responsabilidad de los fabricantes o propietarios, por lo que reiteramos la necesidad de una intervención de la Comisión Europea para adecuar la legislación a la realidad de hoy en día.

Siguiendo con la problemática legal que presenta la inteligencia artificial, distintas opciones se barajan a la hora de determinar qué tipo de personalidad se le debe aplicar a un robot. A día de hoy, como hemos dicho anteriormente, los robots no se pueden considerar responsables de los daños que puedan producir por sus acciones u omisiones.

Respecto a su naturaleza jurídica, analizaremos las distintas posibilidades que ofrece el marco jurídico actual, siguiendo a María José Santos González, coordinadora del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España[22]:

a) Robot como persona física. No parece adecuada esta posibilidad dado que el artículo 30 del Código Civil determina que es necesario el nacimiento con vida para adquirir la personalidad. Por tanto, esto no puede darse en un robot.

b) Robot como persona jurídica. Tampoco parece adecuado dotar a los robots con este tipo de personalidad porque los robots pueden interactuar directamente con el entorno e incluso provocar daños, mientras que, en el caso de una persona jurídica, serán siempre los representantes de la empresa los que tomen las decisiones en última instancia y serán, por tanto, los responsables.

c) Robot como animal. El hecho de que un robot no tenga ninguna base biológica o genética o el hecho de que, hoy en día, un robot no pueda tener sentimientos, hace imposible equiparar un robot a un animal.

d) Robot como cosa. Para el Código Civil, concretamente en el artículo 333, una cosa es un ser inanimado, carente de vida, características que no tiene un robot, dado que puede moverse e interactuar con el entorno.

22 Santos González, M: "Regulación legal", cit., pp. 25-50.

Dado que ninguna de las cuatro posibilidades anteriores parece adecuarse a la realidad jurídica que nos ocupa, creemos necesaria la creación de una nueva categoría jurídica que coincida con las características que presenta un robot: la persona electrónica. Según el proyecto de informe, un robot autónomo e inteligente será todo aquel que cumple las siguientes cinco características: "capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos; capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo); un soporte físico mínimo" y, por último, "capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno e inexistencia de vida en sentido biológico".

Asimismo, la creación de esta nueva categoría permitirá atribuirle derechos y, sobre todo, obligaciones, a los robots, para poder considerarlos parcial o totalmente responsables de sus actos u omisiones, en los casos en los que los robots estén dotados de inteligencia y sean capaces de tomar decisiones de manera autónoma, así como también cuando tengan la capacidad de interactuar con terceros de forma independiente. Con esta medida se conseguirá garantizar la seguridad jurídica para los fabricantes y consumidores de robots de la Unión Europea.

Dentro del informe, se habla de la posibilidad de establecer un régimen de seguro obligatorio que deba ser suscrito por el fabricante, para así solucionar el problema de la responsabilidad por los daños causados por un robot. Este sistema, además, podría ser complementado por un fondo que garantice la reparación de los daños cuando no haya cobertura de seguro, algo similar al que existe en el caso de los vehículos a motor. Así, también debería crearse un régimen de responsabilidad limitada para el productor o usuario, dentro de unos márgenes determinados.

Otra de las opciones que se plantean en el informe es la creación de un registro de robots avanzados a nivel europeo, en el que cada robot tenga un número individual y que especifique cuál es el fondo del que depende, así como los límites de su responsabilidad en caso de daños materiales, y además, se pretende permitir que cualquier usuario pueda acceder a esa información.

No debemos olvidar la posible responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por robots, ya sea por voluntad propia como consecuencia de su aprendizaje autónomo, ya sea como consecuencia de un ciberataque. Dado que, a priori, los robots no tienen sentimientos y no envejecen, la imposición de una pena de prisión sería totalmente ineficaz porque no existiría sufrimiento. Una de las opciones que se plantean al respecto es la de la necesidad de que los robots cuenten con el llamado "botón de la muerte" o "teclas de interrupción de urgencia", que podrán ejecutarse en caso de emergencia y supondrán el cese del

funcionamiento del robot. Asimismo, en caso de delitos cometidos por robots, será necesario establecer un marco jurídico que permita determinar si el robot actuó con dolo o intencionalidad.

Por último, cabe plantearse la posibilidad de que un robot pueda ser sujeto pasivo de un delito, es decir, si comete homicidio aquel que atropella un robot y lo deja inutilizable, o aquel que estafa a un robot. En nuestro caso, teniendo en cuenta la redacción de la legislación vigente, no existe esta posibilidad. Sin embargo, teniendo en cuenta que llegaremos a un punto en el que, salvando siempre las diferencias, trataremos a los robots como seres semejantes a nosotros, sí que creemos que se deberían modificar algunos preceptos del Código Penal para que, en un futuro no muy lejano, los robots puedan ser sujetos pasivos de algunos delitos.

IV. PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Pese a que no está relacionado directamente con la inteligencia artificial, sí que hemos considerado necesario hacer un estudio de las novedades legales en lo que a la protección de derechos fundamentales se refiere ya que, tal como expondremos más detalladamente infra, la inteligencia artificial se está empezando a aplicar a las nuevas técnicas de investigación de delitos, y esta novedad puede conllevar una restricción de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, por lo que hemos considerado pertinente la inclusión de este apartado en nuestro trabajo.

En cuanto a la protección de derechos fundamentales frente a la intromisión de los poderes públicos, una de las reformas más sustanciales la encontramos con la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, de 5 de octubre de 2015. Ya en la exposición de motivos, el legislador hace referencia a la necesidad, constatada por el Tribunal Constitucional, de regular las intromisiones en la esfera privada de aquel que está siendo investigado penalmente. Así, se reconoce la existencia de nuevas herramientas de investigación al alcance de los poderes públicos, cosa que inevitablemente lleva aparejado un aumento de las formas de ciberdelincuencia, de las que hablaremos posteriormente. El problema fundamental aparece cuando el uso de estas medidas puede llevar aparejado una violación de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones e incluso el derecho al honor.

En el Capítulo IV del Título VIII del Libro II de dicha Ley se autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. No es difícil de imaginar las posibles aplicaciones de la inteligencia artificial para mejorar estas medidas, las cuales abordaremos más adelante.

En el artículo 588 bis a) se establecen los principios rectores que deben guiar cualquier intromisión mediante las medidas enumeradas anteriormente:

a) Especialidad: la medida debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto.

b) Idoneidad: la medida debe estar definida objetiva y subjetivamente, así como también debe especificarse su duración.

c) Excepcionalidad: no deben existir medidas menos gravosas que la que se pretende aplicar para el esclarecimiento del delito.

d) Necesidad: implica que, para el descubrimiento o comprobación del delito, así como para la determinación de los culpables, la medida debe ser imprescindible.

e) Proporcionalidad: para aplicar cualquiera de las medidas anteriores, se deberá tener en cuenta todas las circunstancias del caso, de manera que el beneficio obtenido con la aplicación de estas medidas de investigación y prevención deberá ser siempre superior al perjuicio causado a los derechos de la persona investigada.

Asimismo, se determina, en el artículo 588 bis b), la necesidad de autorización judicial para aplicar alguna de las medidas enumeradas anteriormente, salvo casos específicos para cada medida, que no entraremos a valorar.

V. E-JUSTICIA

La e-justicia es la aplicación y la utilización de la información y el conocimiento en la Administración de Justicia. Surge como consecuencia del proceso de incorporación de las tecnologías a los poderes públicos que está teniendo lugar en las últimas décadas. Así, gracias a este proceso, son numerosas las ventajas para el Estado, así como también para los ciudadanos, entre las que destacamos el ahorro de tiempo y trabajo para los funcionarios, la mayor transparencia de la información o el aumento de la eficiencia de la Administración de Justicia, al mejorar las relaciones con el resto de los organismos públicos.

Para analizar en qué consiste la modernización de la Justicia en lo que a la aplicación de nuevas tecnologías se refiere, tomaremos como referencia la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. En el preámbulo se expone la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española, y, para ello, se habla de la necesidad de modernizar la justicia española a partir de la incorporación de las nuevas tecnologías, para así mejorar la gestión de las oficinas judiciales y hacerlas más eficientes, abaratar los costes de la justicia y también aumentar la seguridad y la confianza en el sistema judicial español. De hecho, el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a los Juzgados, Tribunales y Fiscalías a utilizar todos aquellos medios técnicos, informáticos y telemáticos que estén a su disposición para ayudarles en sus funciones.

Pese a que la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos ya aborda la cuestión de la aplicación de la tecnología a las Administraciones Públicas para facilitar sus relaciones con los ciudadanos, era necesaria la promulgación de una ley específica, aunque basada en los principios y valores de la anterior, para la Administración de Justicia, dadas sus especialidades.

Así, la Ley 18/2011 garantiza en su artículo cuarto el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos. El artículo 6, por su parte, garantiza este derecho a los profesionales de la justicia, con la peculiaridad de que en este caso también impone el deber de utilizar los medios o sistemas electrónicos que establezca la propia Administración y, por último, en el artículo octavo se establece la obligación a la Administración de utilizar todos aquellos sistemas informáticos puestos a su disposición.

Esta reforma, en nuestra opinión, ha servido para mejorar, en parte, la lentitud característica de la justicia española, pero todavía es necesario seguir invirtiendo en la automatización de determinados procesos con el fin de agilizar todavía más esta institución. Con la posibilidad de utilizar los documentos electrónicos y el expediente electrónico se ha conseguido reducir tanto el coste como la cantidad de papel utilizado en muchos procesos, así como también un ahorro considerable de espacio, al no tener que almacenar tanta documentación en papel.

A partir de este punto, consideramos que la Administración debe seguir modernizándose para conseguir agilizar todavía más la justicia española. Con mejoras como la aplicación de la inteligencia artificial al proceso, como veremos a continuación, consideramos que se automatizarían muchas tareas que son mecánicas y no necesitan de la intervención humana, tales como enviar notificaciones o comprobar que una demanda cumple los requisitos formales

necesarios para ser admitida. Así, tanto los jueces como el resto de personal de la Administración de Justicia podrían centrarse en las tareas que precisen del valor añadido que solo las personas son capaces de aportar, dejando las tareas más sencillas a aplicaciones que son mucho más rápidas y eficaces.

1. Aplicaciones inteligentes

La creación de sistemas inteligentes aplicables al mundo jurídico es algo muy común en nuestros días. Así, son innumerables los instrumentos que día a día salen al mercado con el objetivo de mejorar la eficiencia de la justicia española, tanto a nivel administrativo como en los despachos de abogados.

Dada la imposibilidad de abarcar todas las aplicaciones existentes hasta el momento y, sin ánimo de ser exhaustivos, realizaremos un breve análisis de aquellas aplicaciones que nos han parecido más innovadoras e importantes a la hora de contribuir a un mejor sistema judicial:

a) Funcionamiento de los juzgados. Utilizada en España, *Jurimetría* es una herramienta capaz de analizar un gran volumen de datos en muy poco tiempo, generalmente sentencias, para así extraer información y tendencias de su contenido. Así, aporta resultados como el tiempo medio que tarda un juzgado determinado en resolver un asunto, algo importante en casos en los que se puede elegir a qué órgano jurisdiccional acudir, el porcentaje de recursos estimados en una materia en concreto o la probabilidad de que un juez falle a favor del demandante[23].

b) Predicciones legales. *Casecrunch*[24], basada en el llamado *deep learning*, es una aplicación que es capaz de hacer predicciones con una mayor fiabilidad y, por supuesto, mayor rapidez, que un grupo de más de 100 abogados expertos del resultado de confirmación o rechazo de 750 quejas planteadas ante el Defensor del Usuario en Reino Unido en casos de fraudes con seguros de créditos.

c) Robots en los despachos de abogados. En este campo específico es donde se están desarrollando más sistemas inteligentes, sin duda. Ross, de IBM, es uno de los primeros modelos. Está programado para procesar y utilizar el lenguaje natural y también es capaz de formular hipótesis para responder a las preguntas planteadas, utilizando la jurisprudencia. Algo similar hace *Ravn*[25], famoso por haber contribuido a destapar un fraude en una conocida marca de automóviles, al haber sido capaz de analizar 600 000 documentos al día. Es prácticamente impensable lo que le habría costado analizar a una persona esa cantidad de documentos.

23 Información extraída de: «https://jurimetria.wolterskluwer.es/content/Inicio.aspx»

24 Perry, Y: "Inteligencia Artificial vence a escuadrón de abogados analizando contratos", *Fayer Wayer*, 2018.

25 Ossorio Vega, M: "'Ravn', un abogado con Inteligencia Artificial", *Media Tics*, 2017.

Otro ejemplo es *DoNotpay*[26], un chatbot, esto es, un robot con el que puedes conversar *online*, que en sus inicios ganó numerosas demandas relacionadas con el estacionamiento de vehículos y ahora está siendo desarrollada para poder ser aplicada en más campos; algo similar realiza *Lara*, pero con reclamaciones por perjuicios ocasionados por las compañías aéreas. Además, son muchos los despachos que están incorporando robots como asistentes para informar a los clientes, ya sea presencialmente o mediante un chat.

Las ventajas que aportan estas innovaciones están estrechamente relacionadas con el aumento de la eficiencia y la productividad, al reducir muchísimo los tiempos que emplearía un profesional en realizar las mismas tareas. Sin embargo, se trata de aplicaciones cuya investigación, fabricación y desarrollo son muy costosos, por lo que muchos despachos de abogados no podrán asumir esos costes y acabarán desapareciendo al ser menos productivos que aquellos que sí que puedan invertir en inteligencia artificial. Además, esto no solo ocurrirá en el sector privado, sino que aquellos países que no sean capaces de estar al día en lo que a tecnología se refiere por falta de recursos, verán como su sistema judicial se debilita cada vez más, al perder la capacidad de cooperación con otros Estados, por lo que se abrirá aún más la brecha entre unos países y otros.

2. Consecuencias en el mercado de trabajo

En otro orden de cosas, no debemos olvidar las implicaciones que puede tener la aplicación de la inteligencia artificial al mercado de trabajo.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que una gran parte de muchos trabajos relacionados con la ciencia jurídica consiste en la realización de tareas repetitivas, que necesitan una mínima intervención humana porque están basadas en modelos estandarizados como la redacción de determinados contratos o la búsqueda de jurisprudencia. Por ejemplo, según la consultora Gartnet[27], la aplicación de la inteligencia artificial al mundo del derecho hará que un 15% del trabajo jurídico realizado por las personas pase a ser realizado por máquinas en 2020, dado que estas últimas contribuirán a automatizar algunas tareas como las enumeradas anteriormente.

Así, muchos despachos contratan abogados *junior* para la realización de estas tareas, para así dejar las tareas más complejas para los abogados experimentados. De hecho, en Estados Unidos existe una figura, la del *paralegal* o abogado de apoyo, que se encarga de las tareas que no tienen que estar realizadas por un abogado necesariamente, como la gestión de notificaciones y citaciones, la preparación de

26 "EL robot abogado DoNotPay se renueva para poder asesorar en mil cuestiones legales", *Europa Press*, 2017.

27 Gartner: *Cool Vendors*, cit.

la documentación o el control del cumplimiento de los plazos procesales. Dana Remus y Frank Kevy[28] realizan un estudio de las tareas que realiza un abogado y el porcentaje de tiempo que le dedica a cada una de ellas para posteriormente analizar cuáles de estas tareas son susceptibles de ser realizadas por un ordenador. Las conclusiones que obtienen son que las tareas que implican el procesamiento de información son rutinarias, por lo que podrían ser automatizadas mediante unas instrucciones dadas al ordenador.

De hecho, ahora mismo los sistemas inteligentes son mucho más eficientes que los abogados *junior* y los *paralegals* a la hora de procesar grandes volúmenes de datos jurisprudenciales y seleccionar lo más relevante, así como también las aplicaciones como *Jurimetría* son más precisas a la hora de determinar cuál debe ser la estrategia a seguir en el juicio o predecir el resultado de la sentencia. Los grandes bufetes están comenzando a invertir en sus propios proyectos de inteligencia artificial, cosa que implicará una nueva división del trabajo, dejando a las máquinas el trabajo más rutinario y repetitivo con el fin de liberar de tareas a los profesionales para aumentar su productividad, dado que así podrán centrarse en aquellas tareas en las que su intervención es imprescindible hasta el momento, como el asesoramiento al cliente o la representación en el juicio oral.

Consideramos que, con la aplicación de la inteligencia artificial en este campo, la figura del abogado *junior* o la del *paralegal* sería una de las primeras profesiones que desaparecería, dado que las herramientas con inteligencia artificial son mucho más eficientes a la hora de realizar tareas como el procesamiento o la búsqueda de grandes volúmenes de datos, la redacción y el análisis de contratos estandarizados o la predicción de resultados judiciales. Sin embargo, aparecerían otras profesiones relacionadas con la programación de estos sistemas, como el programador de robots legales.

Por el contrario, no parece que la figura del abogado vaya a ser sustituida íntegramente por una máquina, al menos por el momento, dado que muchas tareas requieren de las habilidades típicamente humanas, que todavía no han podido ser desarrolladas por ningún robot. De hecho, Carl Benedikt Frey y Michael A. Osborne[29], analizan una serie de puestos de trabajo y la probabilidad que tienen estos de poder ser ocupados por robots. Los resultados determinan que los abogados podrán ser sustituidos con un 3,5% de probabilidad, mientras que los jueces lo podrán ser con un 40% de probabilidad.

28 Remus, D. y Levy, F: "Can robots be lawyers", *SSRN*, 2015.

29 Frey, C., y Osborne, M: "The future of employment: how susceptible are Jobs to computerisation?", *Oxford Martin School*, 2013.

3. Resolución de conflictos

Hoy en día, la globalización ha conllevado que muchas de las compras realizadas diariamente sean *online* y, además, muchas de ellas también son transfronterizas, lo que desemboca en una problemática difícil de abordar: las reclamaciones entre consumidores y empresarios que pueden estar a mucha distancia, incluso en Estados distintos.

La Unión Europea, ante la necesidad de soluciones que exige la revolución 4.0, promulgó el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. Así, con este Reglamento se crean los organismos de resolución de litigios para tramitar las reclamaciones de los consumidores. Además, la Unión Europea ha creado una plataforma *online* en la que los consumidores pueden presentar sus reclamaciones para que estos órganos las resuelvan. Tal como se especifica en el segundo artículo del Reglamento, se prevén tres sistemas de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial, que vendrían a ser los que conocemos como arbitraje, conciliación y mediación. Así, estos organismos propondrán una solución, la impondrán o intentarán que las partes lleguen a una solución amistosa, con la peculiaridad de que cada Estado deberá decidir si sus organismos de resolución pueden actuar como árbitros o no.

España se adaptó a este Reglamento mediante la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, cuya finalidad es posibilitar que los consumidores de la Unión Europea accedan a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de manera *online* o no.

Así, consideramos que este es un primer paso a la hora de aplicar la tecnología a una materia que demandaba urgentemente una nueva manera de resolver los conflictos. Además, el hecho de facilitar el acceso mediante una plataforma *online* hace que muchos consumidores la prefieran antes que acudir a la vía judicial, por lo que también reduce el trabajo de los juzgados y tribunales. El siguiente paso será aplicar la inteligencia artificial en esta materia porque quizás en un futuro las máquinas serán capaces de resolver este tipo de disputas, cuya solución en muchas ocasiones es sencilla y fácilmente automatizable.

VI. APLICACIÓN AL PROCESO PENAL

Centrándonos ya en el Derecho Penal, obtenemos que son numerosos los avances tecnológicos que se han ido implantando progresivamente al proceso. En primer lugar, analizaremos las nuevas aplicaciones tecnológicas que se han aplicado al proceso penal, con el fin de hacerlo más rápido y más eficiente. Seguidamente,

pasaremos a tratar los mecanismos de inteligencia artificial que se aplican hoy en día, así como también los que están en proceso de investigación y desarrollo.

1. Videoconferencia

La videoconferencia es un sistema de comunicación que permite el establecimiento de una comunicación simultánea bidireccional en tiempo real. Así, permite la comunicación entre personas que físicamente se encuentran en sitios diferentes y separadas entre sí. Es uno de los desarrollos tecnológicos aplicados al proceso penal más destacados y su función principal es evitar el encuentro entre agresor y víctima y la protección de testigos y menores en el momento de su declaración, así como también permitir la declaración de aquellos interesados que no puedan estar físicamente en el acto del juicio oral. Actualmente se utiliza fundamentalmente en el momento del juicio, para que alguna de las partes o testigos preste declaración, pero también como prueba preconstituida que se aportará al proceso posterior. En concreto, el objetivo fundamental de la prueba preconstituida es permitir la aportación al proceso de pruebas que de otra manera no podrían ser aportadas en el acto del juicio oral, por lo que es necesario recogerlas previamente, siempre por autoridad judicial o policial. Pensemos, por ejemplo, que uno de los testigos fundamentales para el esclarecimiento de un delito tiene una edad avanzada y no se sabe a ciencia cierta si habrá fallecido en el momento del juicio oral. En este caso, sería pertinente utilizar la videoconferencia para grabar su declaración y poder aportarla con posterioridad como prueba en el juicio.

En España, una de las primeras manifestaciones jurídicas al respecto la encontramos en la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia, una proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002, concretamente en el artículo 21, que reconoce el derecho de los ciudadanos a utilizar la videoconferencia para comunicarse con la Administración de Justicia.

Hoy en día, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza su utilización siempre que se asegure la contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula esta cuestión en los siguientes artículos: artículo 123.5, para casos en los que es necesario un intérprete; artículo 306, que también autoriza la intervención del fiscal utilizando la videoconferencia; artículo 325, relativo a la comparecencia de aquellos que hayan de intervenir en el proceso como investigados, encausados, testigos o peritos; artículo 520.2 c), que permite la comunicación de un detenido con su abogado por este método y artículo 731 bis, para los casos en los que tengan que intervenir menores. Asimismo, el artículo 25.2 a) y b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito,

permite la utilización de la videoconferencia para evitar el contacto entre el autor del delito y la víctima, cuando esta tenga que declarar, de manera que no será necesario que esté presente en la sala de vistas. Su uso en el proceso tiene que estar justificado por razones de utilidad, seguridad o de orden público, por lo que el tribunal autorizará su utilización solo en casos de excepcionalidad. Además, el Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones su legalidad, siempre que se respeten los derechos de defensa y de contradicción.

De hecho, en otros países ya se está profundizando en la implantación de la videoconferencia en todo el proceso. Así pues, en Inglaterra ya se ha celebrado un juicio íntegramente por videoconferencia. El juicio, que era relativo a impago de impuestos, se celebró a través de las cámaras web que las partes tenían en sus ordenadores portátiles. El juez se encontraba en un tribunal de Londres, mientras que los abogados practicaron las pruebas desde Belfast[30]. Quién sabe si este caso es un primer esbozo de los juicios virtuales del futuro.

En concreto, la videoconferencia se trata de una herramienta muy ventajosa, dado que permite la comparecencia virtual de personas que se encuentran lejos, y como consecuencia también se ahorran recursos y tiempo en los desplazamientos. Asimismo, permite la protección de testigos y de la propia víctima, los cuales podrían sufrir perjuicios si se encontraran con el presunto autor del delito en la sala.

Sin embargo, también hemos de hacer referencia a los problemas que puede producir la utilización de la videoconferencia en un juicio: pérdida del contacto personal entre los interlocutores, coste inicial de los servicios informáticos, falta de práctica de los jueces ante este tipo de tecnologías, retrasos producidos por un mal funcionamiento de los sistemas informáticos, interferencias e incluso problemas en la grabación que podrían dar lugar a la interposición de recursos extraordinarios de casación por infracción del artículo 24 de la Constitución Española, al vulnerar el derecho a las garantías de defensa y de presunción de inocencia[31]. Contra estos problemas, consideramos que la Administración debe seguir esforzándose e invirtiendo en mejoras tecnológicas para mejorar el sistema con el fin de garantizar su eficacia a la hora de mejorar el proceso penal.

2. Pruebas electrónicas

Pese a que se trata de un avance común a todos los procesos, hemos considerado más adecuado el análisis de la prueba tecnológica dentro del proceso penal, dada la particularidad de las pruebas que se practican.

30 Bowcott, O: "First virtual court case held using claimant's laptop camera", *The guardian*, 2018.

31 Como ejemplo, podemos citar la STS 13 julio 2017 (ROJ 2834/2017)

Una prueba electrónica es toda información con valor probatorio incluida o transmitida por un medio electrónico. Concretamente, podemos diferenciar entre datos almacenados en sistemas informáticos y datos transmitidos a través de redes de comunicación informática. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras una época en la que el Derecho Penal se caracterizó por su retraso temporal en lo que a tecnología se refiere, permitió una adecuación temporal a la realidad en la que vivimos actualmente. Con la aparición de la ciberdelincuencia y el uso cada vez más habitual de la tecnología de las comunicaciones, era imprescindible adaptar la LeCrim para poder poner la tecnología también al servicio de la Justicia. Así, la reforma introdujo la utilización de medios tecnológicos para la investigación de delitos cuyo medio de comisión sea internet.

Consideramos que este era un aspecto que se tenía que introducir necesariamente dado que, en la mayoría de los casos, las pruebas que existen de la comisión de este tipo de delitos tienen un soporte informático, y en el caso de que no existiera la posibilidad de que estas pruebas se presentaran en un juicio, no sería posible el esclarecimiento del delito. Cabe destacar que no hace falta pensar en delitos complejos como el terrorismo o la pornografía infantil, sino que hoy en día las pruebas electrónicas tienen cabida en muchos procesos penales con delitos que, aparentemente, no guardan relación con el mundo de la tecnología. Pensemos, por ejemplo, en el abogado de la defensa en el conocido caso de "La manada", que presentó una serie de publicaciones en las redes sociales de la víctima como prueba de que esta no estaba afectada por la supuesta agresión sexual.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el hecho de que el mundo esté cada vez más globalizado hace que muchos delitos, especialmente los relacionados con el terrorismo, se conviertan en internacionales. De hecho, la Comisión Europea[32], en su afán por fomentar la cooperación internacional, ha entrado a regular esta materia a través de una propuesta de Directiva, que incluye nuevas normas cuyo objetivo es la facilitación de la cooperación judicial y la asistencia jurídica mutua, con el fin de reducir el tiempo necesario para conseguir las pruebas que se encuentran en otros países; más aun teniendo en cuenta que la gran mayoría de las investigaciones por delitos incluyen una solicitud transfronteriza para obtener pruebas electrónicas en poder de prestadores de servicios de otro Estado. En línea con lo anterior, también existe por parte de la Comisión una propuesta de Reglamento[33] para la entrega y conservación de pruebas electrónicas.

32 Comisión Europea: "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales", 2018.

33 Comisión Europea: "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal", 2018.

En lo que concierne a cómo deben ser evaluadas estas evidencias, en el Derecho español existen dos sistemas de valoración de la prueba. El primero de ellos es el de prueba legal, que recibe ese nombre porque el grado de eficacia del medio probatorio concreto está tasado en la ley. En segundo lugar, el sistema de libre valoración de la prueba, o prueba libre, otorga al juez la facultad de valorar la eficacia de un medio probatorio según considere, siempre que lo justifique en la sentencia. Por lo que respecta a la prueba electrónica, con carácter general se aplica el segundo de estos sistemas, en virtud del artículo 384.3 LEC, que permite que el Tribunal valore los medios de prueba conforme "a las reglas de sana crítica". Sin embargo, los artículos 319.1 y 2 LEC establecen un régimen de valoración legal para el caso de documentos públicos y oficiales, respectivamente.

Siguiendo a Bujosa Vadell[34], en cuanto a la problemática que presenta la prueba electrónica, debemos tener en cuenta que su peculiaridad radica en que en este caso el juez no solo debe confiar en el objeto de la prueba, sino que también es importante la credibilidad que le aporte el medio de prueba. Teniendo en cuenta que un experto en informática puede influir en el contenido de una prueba y alterarla, no es difícil imaginar la posibilidad de que esta prueba alterada acabe provocando un razonamiento erróneo por parte del juez, teniendo en cuenta las posibles limitaciones cognitivas del juez al respecto. Lo que se suele hacer en estos casos es confiar en peritos expertos en este tipo de pruebas para que sean ellos los que determinen su veracidad. Sin embargo, desde que se obtiene una prueba electrónica, con el fin de garantizar la autenticidad e integridad de su contenido, esto es, que su autor real es el que dice serlo y que no han sido alteradas, se realiza una copia forense, que impide la manipulación de la prueba. Además, existe normativa internacional al respecto, como la norma ISO/IEC 27037:2012, que contiene directrices para el uso de las pruebas tecnológicas, en lo relativo a la identificación, la recogida y el almacenamiento de las pruebas.

En lo relativo a su impugnación, en el caso de que una de las partes impugne alguna prueba electrónica, se produce una inversión de la carga de la prueba, por lo que será la parte que propone esa prueba la que deberá demostrar su idoneidad probatoria[35].

Consideramos que, pese a que la fiabilidad de estos medios de prueba cada vez es mayor, es fundamental la preparación de los nuevos jueces en un campo que no para de experimentar cambios tecnológicos, para así poder lograr una mayor precisión a la hora de admitir o no un medio de prueba, más aún teniendo en cuenta que en muchos procesos las únicas pruebas disponibles son electrónicas,

34 Bujosa Vedell, L: "La valoración de la prueba electrónica", en: AA. VV., *Fodertics 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)* (coord. por F. Bueno de Mata), Comares, Granada, 2015, pp. 82-85.

35 STS 19 mayo 2015 (ROJ 2047/2015)

de manera que, si se quiere garantizar que la sentencia sea justa, el primer paso es garantizar que las pruebas son auténticas y no han sido manipuladas.

3. Apoyo a la investigación policial

La investigación penal, según Moreno Catena[36], está constituida por las diligencias practicadas por las autoridades competentes encaminadas al esclarecimiento de unos hechos delictivos y de las circunstancias en las que se produjeron, así como también al aseguramiento de que el que está siendo investigado es verdaderamente el responsable de los hechos, tal como declara el artículo 299 LeCrim. Así, su objetivo final es obtener elementos de convicción suficientes para basar la acusación de un sujeto ante un juez.

La aplicación de la tecnología para favorecer la investigación policial ha conllevado un cambio notable en la forma de investigación de delitos. En primer lugar, ha supuesto un cambio cualitativo, dado que la tecnología ha permitido la aparición de nuevos medios de investigación, más eficientes en muchos casos, pero también más peligrosos en lo que a la tutela de los derechos fundamentales se refiere. También ha supuesto un cambio cuantitativo, puesto que a día de hoy son más las herramientas al servicio de los investigadores a la hora de esclarecer unos hechos o incluso prevenir un delito[37]. Hay que tener en cuenta que la delincuencia organizada existe desde hace décadas, pero con las aplicaciones tecnológicas que hoy en día existen ha cambiado la forma en la que estas organizaciones funcionan: ahora son capaces de extenderse internacionalmente de una manera mucho más rápida y eficiente y es por ello por lo que se hace muy necesaria la colaboración entre Estados para frenar esta amenaza.

Así pues, existe normativa supranacional encaminada a lograr estos objetivos. Un ejemplo es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada el 13 de diciembre del año 2000. En concreto, el artículo 20 autoriza la utilización de técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica, siempre que se respeten los principios fundamentales del ordenamiento interno de cada Estado.

En cuanto a la normativa española, como ya se ha expuesto brevemente en el segundo apartado, estas técnicas especiales de investigación están contempladas en el Título VIII del Libro II de la LeCrim, donde se autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la

36 Moreno Catena, V: "Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal", *Revista del Poder Judicial*, núm. 2, 1988, pp. 131-172.

37 Chirino Sánchez, A: "Las tecnologías de la información y el proceso penal", *NEXOS Costa Rica*.

imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Además, el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara la obligación de los jueces, tribunales y fiscales de utilizar todos estos medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que tienen a su disposición. Antes de la reforma de la LOPJ de 2015 por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dicho artículo contenía en su tenor literal el término "podrán", por lo que en un primer momento la utilización de estas herramientas de investigación era facultativa, hasta que ese término se sustituyó por la expresión "están obligados". Sin embargo, es de destacar que la videoconferencia, de la que hemos hablado anteriormente, no está incluida en este artículo, con lo cual su utilización sigue siendo facultativa.

Aparte de las innovaciones introducidas con la nueva LeCrim, y centrándonos en la inteligencia artificial, encontramos una serie de innovaciones que se están desarrollando hoy en día, capaces de contribuir a la investigación policial y hacer que esta resulte más rápida y eficaz. Seguidamente, analizaremos algunas de estas herramientas.

A) Mapas criminales

Los mapas criminales, o *hot spots*, constituyen una herramienta científica fundamental para el estudio espacio temporal de los delitos cometidos en una zona y en un periodo de tiempo determinados. Tienen su origen en las investigaciones de los sociólogos Clifford Shaw y Henry McKay[38] que, tras investigar las características de edad, sexo y lugar de residencia de numerosos delincuentes de Chicago, decidieron marcar los domicilios de estos en un mapa de la ciudad, de manera que observaron que la delincuencia estaba concentrada en determinados barrios. Así fue como nacieron estos mapas.

En un primer momento, la utilización de estas herramientas no era eficiente debido a la necesidad de dibujar manualmente los mapas, pero con la aplicación de la tecnología, la confección de los mapas por ordenador se coordina con un análisis mediante procesos de Big Data, por lo que hoy en día es una aplicación muy eficiente y rápida[39].

Mediante este tipo de herramientas es posible acotar los lugares en los que se producen los delitos y así establecer algunas medidas preventivas como enviar más

38 Corzo Tellez, J: "¿Por qué son importantes los mapas de Hot Spots criminales?", *El Universal*, 2017.

39 Moneva Pardo, A: "Mapas del crimen", *Crimipedia*, 2017.

unidades policiales a esa zona o adoptar políticas de seguridad ciudadana como recomendar no frecuentar algunas zonas a unas horas determinadas, entre otras.

Por ejemplo, en la ciudad de Tukwila, en Washington, desde septiembre de 2018 la policía ha puesto a disposición de los ciudadanos un mapa criminal, que ofrece información actualizada de los delitos cometidos y datos relacionados con ellos[40]. También se ha aplicado este servicio en la ciudad de Yuma, donde se permite que los ciudadanos envíen pistas relacionadas con un crimen concreto de manera anónima. En consecuencia, los ciudadanos pueden contribuir a esclarecer algunos delitos en colaboración con la policía, y el hecho de que sea anónimo hace que sea más fácil que los testigos compartan la información[41].

Una herramienta de este tipo, pero con la peculiaridad de que incorpora inteligencia artificial es *PredPol*[42], capaz de predecir cuáles son las zonas más problemáticas de una ciudad. Su funcionamiento es el siguiente: recibe tres tipos de datos relativos a innumerables crímenes: tipo de crimen, localización y momento en el que tuvo lugar, y seguidamente los analiza mediante un algoritmo matemático. Posteriormente, envía a cada patrulla de policía un mapa distribuido en zonas de unos 150 metros de largo, algunas de las cuales están coloreadas, cosa que significa que son aquellas zonas las que los agentes deben patrullar cuando no se encuentren atendiendo ninguna emergencia. La diferencia fundamental respecto a los mapas anteriores es que, además de que es mucho más claro, personaliza los mapas para cada turno y cada patrulla, así como también elabora mapas distintos según el tipo de delito gracias a la inteligencia artificial.

No obstante, la problemática fundamental que puede conllevar el uso de esta herramienta es la estigmatización de determinadas zonas por tener estas un alto porcentaje de delincuencia, lo cual podría desembocar en prejuicios hacia los habitantes de esas zonas y consideramos que no se puede permitir que sea la propia policía la que contribuya a la discriminación de determinados grupos sociales.

B) Drones

Un dron es un vehículo aéreo reutilizable que vuela sin tripulación y que es capaz de mantener un nivel de vuelo a partir de un motor de explosión, eléctrico o de reacción. Generalmente, se controlan mediante control remoto desde el suelo.

40 "NEW crime mapping system available to the public", *Tukwilareporter*, 2018.

41 Bedoya, C: "Crime mapping system now available to the public", *KYMA*, 2018.

42 Para más información, se puede visitar su página web: «www.predpol.com»

A nivel legal, el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, regula la utilización de estas aeronaves siempre que estén pilotadas por alguien, es decir, siempre que se manejen a través del control remoto, en concreto aquellas con un peso menor a 150 kilos, salvo las que realizan actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares, que pueden superar los 150 kilos. Asimismo, existe un Plan Estratégico para el desarrollo del sector civil de los drones en España (2018-2021), aprobado por el Ministerio de Fomento, cuyo objetivo es analizar el cómo es y cómo funciona el sector actual, así como también las perspectivas de futuro.

La utilidad de estas herramientas para la investigación policial es innegable: tal como ocurre con las cámaras de videovigilancia, las imágenes obtenidas por un dron pueden ser aportadas como prueba dentro del proceso, en virtud del artículo 588 quinquies a) LeCrim, que autoriza la utilización de "cualquier medio técnico". Por tanto, los drones pueden ser utilizados para investigar a una persona concreta, para localizar pruebas acerca del delito o también para obtener datos necesarios para el esclarecimiento de los hechos, como sucede con las cámaras de videovigilancia.

Hay que añadir que se están desarrollando modelos dotados de inteligencia artificial, los cuales que son capaces de funcionar sin control remoto, de forma autónoma y con unas medidas de seguridad que les permiten evitar obstáculos y colisiones. Desde la Comisión Europea están creando un espacio controlado en el que puedan circular los drones llamado "U-space", por encima de los 150 metros de altura y para aeronaves que pesen menos de 150 kilogramos[43]. El hecho de que la Unión Europea esté preocupándose por los drones significa que se trata de una innovación que cada vez está adquiriendo más importancia en nuestra sociedad.

Respecto a su posible colisión con los derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, cabe decir que los drones solo pueden grabar en espacios abiertos, y las imágenes resultantes serán analizadas por personal autorizado, ya que solo en casos muy remotos se estarían violando derechos fundamentales. Esto es algo muy a tener en cuenta a la hora de presentar imágenes obtenidas por un dron como prueba en un juicio, dado que el hecho de que para la obtención de esas pruebas se haya vulnerado algún derecho fundamental conllevaría automáticamente la inadmisión de la prueba. Además, hay que destacar que la cadena de custodia de dichas imágenes debe ser cuidada de manera que se pueda garantizar sin ningún tipo de duda que no han sido alteradas desde que fueron captadas por el dron hasta que

43 Comisión Europea: "Keeping drones safe, secure and green: Commission launches the European Network of U-space Demonstrators", 2018.

fueron presentadas en el juicio, por lo que es necesario recurrir a técnicas como la encriptación de los archivos.

C) Detección de denuncias falsas

En los últimos meses se ha desarrollado una herramienta capaz de detectar qué denuncias son falsas. Se llama *Veripol* y está basada en un algoritmo y un modelo matemático que, gracias a la inteligencia artificial y al procesamiento del lenguaje natural, es capaz de localizar las palabras que las presuntas víctimas más utilizan cuando mienten a la hora de denunciar unos hechos. Según el estudio de sus creadores[44], entre los que destaca Miguel Camacho, un inspector de policía, su porcentaje de acierto a la hora de determinar qué denuncias son falsas es del 91%, cifra muy superior al 75% que obtuvo un policía experto.

Si bien los veredictos de esta herramienta no son vinculantes, puesto que no tiene capacidad de decisión, sí que supone un gran avance que podrá convertirse en un medio disuasorio cuando alguien esté planteándose presentar una denuncia falsa. Por tanto, cuando esta aplicación determine que una denuncia puede ser falsa, los agentes encargados podrán centrarse en averiguar más acerca de los presuntos hechos para esclarecer qué ha ocurrido realmente. En el caso de que la denuncia parezca verdadera, los agentes no deberán perder tanto tiempo en verificar su autenticidad, por lo que podrán centrarse en otros aspectos como buscar a los sospechosos.

La primera comisaría en implantarlo ha sido la del Cuerpo Nacional de Policía de León, y las siguientes serán las de Ponferrada, San Andrés del Rabanedo y Astorga, aunque en un futuro no muy lejano se pretende que esta herramienta se utilice en todas las comisarías españolas.

D) Gafas de identificación de sospechosos

En China, la policía está equipada con unas gafas dotadas de inteligencia artificial que, conectadas a una base de datos, utilizan el reconocimiento facial para identificar a las personas que analiza, y esta información la transfiere a un dispositivo electrónico con una pantalla, similar a una tableta. Así, si una persona está siendo buscada y ha cambiado su aspecto lo suficiente para que un policía no pueda reconocerla a simple vista, esta tecnología es capaz de identificarla al instante. También, puede utilizarse a la hora de revisar pasaportes en aeropuertos, para así detectar documentos con una fotografía y unos datos que no coinciden con los almacenados por las autoridades en las bases de datos. De hecho, en los vuelos nacionales en China, un agente equipado con una cámara con una

44 Zamora, M: "La Comisaría de León estrena un sistema que detecta el 90% de las denuncias falsas", *Diario de León*, 2018.

tecnología similar se pasea por los pasillos antes de despegar, con el fin de detectar si alguno de los viajeros pretende tomar el avión utilizando un documento de identidad falso[45].

Esta herramienta presenta la gran ventaja de que puede analizar una gran cantidad de datos en muy poco tiempo, cosa que permite agilizar y hacer mucho más eficiente una tarea que, hasta el momento, está encomendada a los agentes. Para un agente es imposible memorizar todos los rostros y datos de las personas que son sospechosas o se encuentran en busca y captura, así como también es prácticamente imposible que pueda garantizar que la persona que está viendo es la misma que tiene en una foto o en un retrato robot sin ningún atisbo de duda. Sin embargo, esta herramienta innovadora puede contribuir a que la tarea de patrulla de los agentes sea mucho más eficaz, por su efectividad y rapidez a la hora de identificar a una persona.

E) Análisis de la escena del crimen

El análisis de la escena del crimen es una tarea encomendada a la policía judicial y consiste en la observación del lugar en el que se ha cometido el crimen y la búsqueda de pruebas para posteriormente formular numerosas hipótesis y, tras centrarse en unas y descartar otras, acabar resolviendo el caso. Es un proceso largo y laborioso, sobre todo cuando los autores son delincuentes que ya han sido detenidos anteriormente por la comisión de otros delitos no relacionados, ya que es necesario realizar un análisis de todos los datos disponibles de su historial anterior y, posteriormente, conectarlos con el caso actual, lo cual requiere un determinado tiempo de investigación que en ocasiones permite al delincuente seguir cometiendo crímenes.

Ante esta problemática, la policía de West Midlands (Gran Bretaña) y la de Amberes han trabajado en un proyecto común con la finalidad de desarrollar una herramienta capaz de simplificar este largo proceso de análisis de datos y el resultado ha sido la creación de *VALCRI*, siglas de *Visual Analytics for Sense-making in CRiminal Intelligence analysis*[46]. Se trata de una herramienta con inteligencia artificial que puede analizar toda la información obtenida en la escena del crimen y después relacionarla con otra disponible en la base de datos de la policía en cuestión de segundos, cosa que a un agente de policía podría costarle entre tres y cinco días. El procedimiento consiste en el procesamiento de todos los datos concernientes a un delito en concreto, tales como el *modus operandi*, las víctimas, el lugar o el momento en el que se ha cometido, a fin de compararlos con datos anteriores que

45 Fontdeglòria, X: "La policía china usa gafas con reconocimiento facial para identificar sospechosos", *El País*, 2018.

46 Comisión Europea: "Visual analytics for brighter criminal intelligence", *Research and investigation*, 2018.

forman parte de las bases de datos de la policía, tales como registros domiciliarios, interrogatorios o imágenes tomadas por la policía en otras escenas del crimen.

Además, esta herramienta es capaz no solo de analizar datos de criminales que han cometido delitos similares, sino que procesa todos los datos que la policía pone a su alcance, aunque se trate de delitos que, *a priori*, no tienen nada en común.

Después de este análisis, los agentes reciben la información obtenida en dos pantallas táctiles, en la que se muestran las líneas de investigación que la herramienta considera más pertinentes. Por tanto, pueden aparecer relaciones que los agentes hayan pasado por alto, pero también son ellos los que, mediante las pantallas, pueden escoger las líneas de investigación que consideran más acertadas, en detrimento de otras, con el fin de modificar los criterios que está utilizando la aplicación. De esta manera, los investigadores no pierden tanto tiempo procesando los datos y pueden centrarse más en el razonamiento y la resolución de cada caso concreto.

Asimismo, al estar dotada de inteligencia artificial, es capaz de aprender el lenguaje humano. Los prototipos creados hasta la fecha presentaban problemas a la hora de cruzar las descripciones de agentes distintos: por ejemplo, unos podrían utilizar la palabra "desastrado" y otros la palabra "desaseado", sin que los programas fueran capaces de asociarlas. *VALCRI*, sin embargo, puede relacionar conceptos similares o identificar sinónimos, así como mejorar sus capacidades analíticas conforme se le van suministrando más datos y perfiles.

A diferencia de otras herramientas que comentamos a lo largo del trabajo, esta aplicación muestra todo el proceso de razonamiento que le ha llevado a seleccionar unas líneas de investigación u otras, de manera que todas las decisiones que ha tomado son transparentes para los investigadores, cosa que permite que puedan decidir si están de acuerdo con sus razonamientos y continúan por esa línea o, por el contrario, pueden decidir descartarlos.

Para que herramientas como esta se sigan desarrollando es necesaria la cooperación entre los distintos Estados, y además de las organizaciones internacionales, porque aún existen problemas a la hora de compartir datos policiales entre distintos países. Al existir regulaciones nacionales distintas, no todos los Estados tienen la misma facilidad a la hora de compartir la información, cosa que se hace cada vez más necesaria teniendo en cuenta que las organizaciones criminales, gracias a la globalización y la tecnología, poco a poco entienden menos de fronteras.

Como conclusión a este apartado, resaltamos que es incuestionable que la tecnología debe servir como herramienta para la investigación criminal, así como también para la prevención de delitos. Además, hay que tener en cuenta que el éxito de la prueba judicial se basará siempre en una investigación policial eficaz, la cual puede aumentar gracias al uso de la tecnología. No obstante, como ya se ha expuesto en el momento de analizar la reforma de la LeCrim, es necesario ponderar la seguridad que ofrece la utilización de estas tecnologías y la injerencia en la esfera personal de los investigados.

VII. CONTROL TELEMÁTICO DE PENADOS

El artículo 106 del Código Penal define la libertad vigilada como aquella pena que consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de una serie de medidas tales como la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares, entre otras. Son precisamente en estas dos medidas en las que nos centraremos en este apartado, dado que para garantizar su cumplimiento es preciso el uso de la tecnología.

Desde hace unos años, se vienen utilizando distintas herramientas para poder tener localizado a un delincuente en todo momento, una de ellas es la utilización de las llamadas de control. Consiste en que los agentes llaman al domicilio del condenado de manera aleatoria, dentro de una franja horaria previamente acordada, con el fin de comprobar si está efectivamente en su casa. Una vez están en contacto con el condenado le piden que diga una serie de frases determinadas para así poder garantizar que la voz coincide con la que tienen en la base de datos y se trata efectivamente de la misma persona. De hecho, en algunos países se están desarrollando herramientas que se encargan de estas llamadas de manera automatizada para que llamen cada cierto tiempo y capaces de evaluar si se trata del condenado a través de su voz. Posiblemente, el siguiente paso en el desarrollo de estas herramientas sea la implementación de la inteligencia artificial para hacerlas mucho más eficaces e independientes de la programación humana, de manera que se ahorraría en recursos humanos y económicos.

Otra de las medidas es la utilización de pulseras GPS que el condenado está obligado a llevar siempre en su cuerpo. Son muy difíciles de quitar y permiten el seguimiento de todos sus movimientos. Así, si está condenado a no visitar una zona determinada, en el momento que se acerca a esa zona, salta un aviso para que los agentes acudan inmediatamente. De esta manera, se produce una doble ventaja: por una parte para el condenado, que podrá continuar con su vida, siempre dentro de unos márgenes y soportando las molestias que puede

conllevar la pulsera, pero evitando la prisión y, por otra, para el Estado, dado que el coste estimado de este sistema es de alrededor de 4 euros por pulsera y día, mientras que el mantenimiento de un interno en una prisión es de más de 50 euros diarios[47]. Anteriormente, se utilizaban pulseras con radiofrecuencia que, conectadas a un aparato que se situaba en la casa del condenado, enviaba una alerta a las autoridades. No obstante, en España ya no existe la pena de arresto domiciliario, que fue sustituida por la de localización permanente, por lo que el condenado puede asistir al trabajo o deambular por determinadas zonas, sin que ello suponga el quebrantamiento de la medida de privación de libertad. Así, las pulseras con radiofrecuencia han quedado desfasadas y han dado paso a las pulseras GPS.

Centrándonos en los casos de violencia de género, el artículo 64.3 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre, autoriza al juez a prohibir al agresor acercarse a la víctima. Respecto a las medidas de alejamiento, comúnmente conocidas como órdenes de alejamiento, el cumplimiento podrá ser controlado por medios electrónicos siempre que así lo acuerde el juez o el tribunal sentenciador, en virtud del artículo 48 CP.

En este caso, el sistema que se utiliza es similar al descrito anteriormente, pero con algunas peculiaridades, como el hecho de que la víctima también lleva un aparato. En concreto, consta de tres aparatos: un brazalete tobillero para el condenado, que emite las señales; una especie de teléfono móvil que recoge la señal emitida por el brazalete y que el agresor está obligado a llevar siempre consigo y además cargado y, finalmente, un tercer aparato, similar a este último, que recoge las señales de los dos primeros, y es el que la víctima debe llevar consigo. Ambos son responsables de llevar los aparatos cargados y, en caso de que la batería esté próxima a agotarse, también se enviará una alerta a las autoridades.

Además, es relevante apuntar que, en caso de que el condenado intentara quitarse o manipular alguno de estos dispositivos, será castigado con pena de multa de seis a doce meses, en virtud del artículo 468.4 CP.

Consideramos que, si se consiguiera automatizar todos estos dispositivos, gracias a la inteligencia artificial, se aumentaría la seguridad de las víctimas, así como también dejarían de ser necesarios todos los agentes que se dedican al control de este sistema, que podrían dedicarse a otras tareas donde las personas sean imprescindibles.

47 Otero González, P: *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008.

VIII. EVALUACIÓN DEL RIESGO DE REINCIDENCIA

En los últimos años se ha desarrollado en Estados Unidos un algoritmo capaz de predecir el riesgo de reincidencia de un delincuente. Su nombre es *COMPAS* y responde a las siglas de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*. Conviene señalar que ya son muchos los Estados que lo han implantado en el sistema judicial como apoyo a los jueces: indica qué condena imponer a cada preso y valora la posibilidad de reincidencia de cada uno. Además, el número de condenados utilizando esta herramienta supera el millón. *COMPAS* se basa en más de cien parámetros que incluyen la educación, la historia personal, el barrio o la edad del delincuente y, también, utiliza toda la información jurídica disponible relativa a sentencias anteriores similares.

Uno de los casos más polémicos y controvertidos en los que se ha utilizado esta herramienta es el caso Loomis, un estadounidense que fue condenado por saltarse un control policial mientras conducía un coche robado. Tras someterse al cuestionario de *COMPAS*, fue sentenciado a siete años de prisión porque existía un alto riesgo de reincidencia[48].

Loomis recurrió esa condena basándose en que la empresa fabricante del algoritmo no permitía investigar acerca de su funcionamiento, lo que sería la "caja negra" del sistema, cosa que hacía imposible preparar una defensa adecuada. Asimismo, sus abogados argumentaban que *COMPAS* había tenido en cuenta criterios que podían resultar discriminatorios, como la raza. Sin embargo, la Corte Suprema del Estado de Wisconsin ratificó la sentencia, desestimando las pretensiones de la defensa, argumentando que *COMPAS* era solo uno de los muchos factores que se habían considerado y ponderado en la sentencia[49].

El problema de estas aplicaciones, además de su baja fiabilidad, es que la mayoría de ellas mantienen su funcionamiento bajo secreto. Así pues, cuanto más avanzadas son, mayor es la preocupación de las empresas para que su funcionamiento se mantenga en secreto. La desarrolladora de *COMPAS*, Northpointe Inc., afirma que el funcionamiento es lo de menos, sino que lo que importa realmente es la ayuda que están brindando a la Justicia de Estados Unidos[50].

Otro problema surge directamente de los programadores. Los sistemas de inteligencia artificial, en un primer momento, se nutren de lo que su programador les enseña, es decir, si un programador tiene un pensamiento determinado sobre un grupo determinado, por ejemplo, es racista, el sistema que él programe

48 Pardo, P: "Por qué la Inteligencia Artificial necesita clases de ética: "Hemos creado un Frankenstein", *El Mundo*, 2018.

49 Corte Suprema De Wisconsin: "Caso Estado de Wisconsin contra Loomis", sentencia de 5 de abril de 2016.

50 Buranyi, S: "Rise of the racist robots – how AI is learning all our worst impulses", *The guardian*, 2017.

posiblemente también tendrá tendencias racistas. Tampoco debemos olvidar que *COMPAS* aprende a partir de sentencias que ya han sido ejecutadas, por lo que, si estas sentencias tienen un determinado sesgo relacionado con un colectivo, aplicará este sesgo a sus decisiones. En definitiva, la posibilidad de que existan sesgos en este tipo de herramientas es muy elevada.

Además, según Joanna Bryson, del departamento informático de la Universidad de Bath, la mayoría de los programadores de este tipo de aplicaciones de inteligencia artificial son hombres blancos, solteros y de California[51], cosa que puede dar lugar a máquinas cuyos veredictos demuestren una cierta benevolencia con los blancos y ciertos perjuicios con los negros.

De hecho, así lo demuestran dos estudios. El primero de ellos, dirigido por William Dieterich, Christian Mendoza y Tim Brennan en 2016 ofrece pruebas de que, pese a no ser la raza un parámetro de *COMPAS*, esta sí que influye en los resultados que ofrece. El porcentaje de acierto a la hora de determinar el riesgo de reincidencia, aunque similar, era superior en el caso de personas blancas (un 67%), frente al 63,8% para las personas negras. Sin embargo, lo relevante de este estudio es que los negros que *COMPAS* puntuó con un alto riesgo fueron incorrectamente catalogados en un 45% de los casos, dado que no reincidieron, mientras que los blancos lo fueron en un 23,5% de los casos. Por el contrario, los blancos que obtuvieron un porcentaje de bajo riesgo de reincidencia posteriormente reincidieron en un 47,7% de los casos, frente a un 28% de los negros. Esta estadística demuestra que *COMPAS* sí que parte de un sesgo racial.[52]

El segundo estudio consta de dos experimentos[53]. Dirigido por una estudiante de informática en el Darmouth College, Julia Dressel, se hizo a partir del reclutamiento de 400 voluntarios de investigación legos en derecho, con distintas edades y niveles educativos, y sin ningún tipo de preparación previa. Cada uno de ellos tenía que valorar la posible reincidencia en un periodo de dos años de 50 criminales, a partir de siete parámetros de cada uno de ellos, como la edad, el sexo o el número de veces que habían sido detenidos. Los resultados fueron cercanos a un 62% de aciertos. Posteriormente, compararon este porcentaje con "Propublica", la base de datos de *COMPAS*, y obtuvieron que el porcentaje de acierto era de un 65%. Esto quiere decir que el software tiene una eficacia similar que personas sin ningún tipo de conocimiento en la materia, cosa que genera dudas sobre su fiabilidad. Posteriormente, este grupo de investigadores realizó un segundo experimento más sencillo: comparó el algoritmo de *COMPAS*, que valora

51 Wakefield, J: "Así funciona la mente de Norman, el algoritmo psicópata del MIT que solo ve lo más tenebroso de la red", *BBC*, 2018.

52 Dieterich, W. et al: "COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity", *Northpointe*, 2016.

53 Dressel, J. y Farid, H: "The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism", *Science Advances*, *4*, 2018.

137 parámetros, con uno más simple que creó Julia Dressel, simplemente basado en la edad y el número de condenas anteriores. Con un algoritmo mucho más simple, obtuvo acierto en el 67% de los casos, porcentaje similar al de *COMPAS*.

Por tanto, ha quedado demostrado que en Estados Unidos se están resolviendo delitos con sentencias que, si bien están dictadas por un juez, están también influidas por un software que se ha demostrado que tiene un sesgo racista. Asimismo, las valoraciones ofrecidas por este algoritmo son similares a las que ofrecerían personas sin ningún tipo de formación jurídica o, lo que es lo mismo, los jueces de los estados que aplican *COMPAS* están sentenciando basándose en una valoración que ofrece resultados similares a las de personas con mucha menos información de la que disponen ellos, ya no solo en cuanto a formación, sino también porque son los jueces los que conocen las pruebas y las declaraciones de los testigos. Según se ha visto, los tribunales de Wisconsin declararon la validez de la sentencia de Loomis porque se habían valorado más pruebas, pero la pregunta que nos surge es si los jueces serán capaces de apartarse de las conclusiones del algoritmo.

Otro de los aspectos que consideramos preocupantes es la opacidad que caracteriza este tipo de sistemas. De los estados que utilizan algoritmos para predecir el riesgo, no consta que todos hayan realizado un estudio en el que se evalúe la fiabilidad del sistema. Algunos de estos estados son Arkansas (que utiliza un sistema llamado *Parole Risk Assessment Tool*), Lousiana (que utiliza *LARNA*) o Montana (que utiliza *Montana Offender Reentry* y *Risk Assesment Tool*)[54]. Esto tiene una serie de implicaciones relevantes: se está confiando en empresas privadas para que diseñen un algoritmo secreto sin que conste que los poderes públicos lo hayan evaluado o auditado, cosa que implica indudablemente que se están favoreciendo los intereses privados incluso cuando hay estudios que demuestran que este tipo de sistemas discriminan y son poco fiables. Por otro lado, y dado que hasta la fecha no se ha demostrado que los algoritmos sean infalibles, consideramos básico que exista un control en última instancia a cargo de los humanos: solo así se podrá garantizar el principio de transparencia y la justicia de la sentencia.

Distinto es el caso de otro algoritmo diseñado por la fundación Arnold y que se está utilizando en Nueva Jersey, *PSA* (*Public Safety Assessment*)[55]. Según la fundación, esta herramienta nace de la preocupación por la lentitud de la justicia de Nueva Jersey, que muchas veces hace que un investigado se encuentre en prisión provisional a la espera de juicio, y finalmente no se puede demostrar su culpabilidad. Así, esa persona ha perdido su tiempo mientras estaba detenido, así

54 "ALGORITHMS in the Criminal Justice System", *EPIC*.

55 Para más información, consultar su página web: «http://www.arnoldfoundation.org/public-safety-assessment-risk-tool-promotes-safety-equity-justice/»

como también puede haber perdido su trabajo, su casa o la custodia de sus hijos. Una de las soluciones para mitigar este problema es la de establecer fianzas, pero no siempre son efectivas, dado que las personas con menos recursos no pueden pagarlas, por lo que esta "solución" solo beneficia a aquellos que tienen más recursos. Frente a esta problemática, han diseñado esta herramienta y, a diferencia de *COMPAS*, han publicado los factores que tiene en cuenta a la hora de ponderar el riesgo de cada persona, y ninguno de ellos está relacionado con la raza, el sexo, el puesto de trabajo o el nivel de educación. Además, desde la propia fundación declaran que no existe ningún sistema de evaluación de riesgos tan perfecto que minimice el riesgo de que ocurran tragedias, pero al menos su utilización parece reportar mejores beneficios que el hecho de que un detenido sea liberado en función de si tiene recursos económicos suficientes para pagar una fianza.

En conclusión, consideramos que, si estas aplicaciones se perfeccionaran hasta el punto de ofrecer porcentajes de riesgo prácticamente infalibles, se daría un gran paso en beneficio de los condenados, pero también de los investigados a la espera de juicio. En primer lugar, en beneficio de los condenados que, por su bajo porcentaje de riesgo, sean merecedores de una reducción de condena o incluso de la libertad. En segundo lugar, también beneficiaría a aquellos investigados que no sean merecedores de la prisión provisional al no existir riesgo de reincidencia para que puedan continuar con su vida hasta que el juez dicte sentencia. Por último, no podemos olvidar el gran beneficio para la sociedad en su conjunto, que vería como aquellos delincuentes más peligrosos siguen condenados y aquellos que merecen la reinserción pueden optar a la libertad, aspectos ambos que refuerzan el Estado de Derecho.

Otra de las ventajas que aportarían estas aplicaciones, una vez perfeccionadas, sería que el gasto destinado al mantenimiento de los presos en las prisiones disminuiría considerablemente, ya que se evitarían todos los gastos relativos al mantenimiento en las prisiones de personas con bajo riesgo de reincidencia, ya sean investigados a la espera de sentencia o condenados, así como también ayudaría con uno de los graves problemas de las prisiones españolas, la sobrepoblación. Según datos de 2017, España aloja a 119,6 presos por cada 100 celdas disponibles, cifra muy superior a la media europea, que es de 91,4[56]. Con estas herramientas, esta cifra bajaría considerablemente, lo cual contribuiría a mejorar las condiciones en las que viven los reclusos españoles.

56 Abellán, L: "Las cárceles españolas figuran entre las más masificadas de Europa", *El país*, 2017.

IX. ROBOTS COMO AGENTES PROVOCADORES

El 21 de octubre de 2014, muchos periódicos presentaban la noticia de que una "niña virtual" había conseguido descubrir a un pederasta australiano tras haber mantenido conversaciones con él a través de un chat.

La niña virtual, a la que apodaron *Sweetie*, es un personaje creado informáticamente por la organización holandesa *Terre des Hommes*. Conversa *online* en plataformas de chat, en las que puede recibir mensajes de hombres adultos que, una vez progresa la conversación, piden a la niña que realice conductas sexuales, solicitan que utilice la cámara web e incluso muestran vídeos suyos masturbándose. Durante dos meses, los investigadores localizaron a unos veinte mil pedófilos que, además, intentaron pagar por tener relaciones sexuales con la menor.

Desde *Terre des Hommes*, se ha hecho una fuerte campaña para instar a los gobiernos a que inviertan en este tipo de herramientas para ayudar a combatir la pedofilia y la pederastia, así como también consideran necesaria la regulación de esta materia para poder condenar a los pedófilos que sean descubiertos a través de este tipo de aplicaciones.

Tras investigar sobre la existencia de este tipo de herramientas, consideramos necesario exponer, en primer lugar, qué es un agente encubierto o infiltrado. Antes de la reforma de la LeCrim en 2015, el Tribunal Supremo, en la STS 1140/2010, de 29 de diciembre[57], definió un agente encubierto como "el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos". Por tanto, el artículo 282 bis permitía a un agente infiltrarse para perseguir delitos comprendidos en su cuarto apartado, tales como trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución, delitos contra la salud pública. No obstante, solo podía infiltrarse si los delitos eran cometidos en el seno de una organización criminal, por lo que en supuestos de delitos de pornografía infantil o abusos sexuales la infiltración no era posible si estos no eran cometidos dentro de una red organizada.

Posteriormente, con la reforma de la LeCrim por la ya mencionada Ley Orgánica 13/2015, de 13 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue añadido un sexto apartado a este artículo, que finalmente sí autoriza

57 STS 29 diciembre 2010 (ROJ 7184/2010)

la existencia de un "agente encubierto informático", sin necesidad de que el delito se haya cometido en el seno de una organización criminal o terrorista. Asimismo, extiende el número de delitos en los que puede intervenir a los contemplados en el artículo 588 ter a) LeCrim, además de los que ya estaban contemplados, los del artículo 282 bis, apartado cuarto.

Por el contrario, a diferencia de un agente infiltrado o encubierto, un agente provocador es, según la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Sentencia 16/2002, de 3 de abril de 2002, "un miembro de las fuerzas de seguridad que induce a otras personas, que desconocen su cualidad, a realizar un delito, que de otro modo no hubiesen llevado a cabo, y con la finalidad de frustrarlo deteniendo a los partícipes". La diferencia entre ambos radica en la existencia, o no, de inducción a cometer el delito, es decir, si es el agente el que instiga al delincuente a cometer el delito estaríamos ante un agente provocador y no un agente encubierto. El hecho de que sea el agente el que inste al delincuente a cometer el delito conlleva inevitablemente a la existencia de un delito provocado, lo cual implica automáticamente la absolución del delincuente, dado que la acción del agente ha interferido en el proceso de libre formación de la voluntad y ha afectado a su dignidad, ya que sin la intervención de este la ejecución de la conducta delictiva no habría sido planeada ni decidida por aquel[58].

Tras los buenos resultados obtenidos por *Terre des Hommes* con la utilización de *Sweetie*, y teniendo en cuenta que, según un informe de Europol de 2018[59], la explotación sexual infantil *online* sigue siendo la parte más preocupante del crimen *online*, consideramos que la creación de robots inteligentes sería una muy buena herramienta para combatir delitos contra menores, dado que, en primer lugar, los agentes infiltrados que operan en chats con el objetivo de localizar pedófilos tienen que soportar una fuerte carga psicológica por la exposición continuada a contenidos de pornografía infantil, por lo que han de ser sustituidos cada cierto tiempo y pueden tener secuelas psicológicas, problema que se eliminaría si fuera un robot el que tuviera que tratar con esos contenidos. Asimismo, el gasto que conlleva formar a nuevos agentes, tanto en habilidades comunicativas, como psicológicas, así como también informáticas, sería menor en caso de que se utilizaran robots que, pese a que su elevado coste de fabricación, a largo plazo serían amortizables.

Sin embargo, sería necesario adaptar la legislación en la materia, dado que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal solo hace referencia al "policía". De igual forma, para no caer en un delito provocado, habría que programar el robot de manera que simplemente creara un clima de confianza en el que el pedófilo

58 STS 7 mayo 2012 (ROJ 3742/2012)

59 Europol: "Internet organised crime threat assessment", 2018.

desvelara sus verdaderas intenciones delictuales, sin que fuera el propio robot el que lo instara a cometer el delito, conforme hemos estudiado.

X. ROBOTS PARA LA REHABILITACIÓN DE DELINCUENTES

Dentro del Derecho Penal, es muy importante apuntar cuáles son los objetivos fundamentales, aunque no únicos, de la pena: la reeducación y reinserción social del delincuente, tal como se apunta en el artículo 25.2 de la Constitución Española.

Es por esto por lo que la inteligencia artificial también está desarrollando herramientas para permitir la rehabilitación de determinados delincuentes. Por ejemplo, algunas empresas, como las japonesas Harumi Designs o Trottla[60], están lanzando al mercado muñecas robóticas con aspecto de niños y bebés especiales para pederastas con el fin de precisamente, según afirman sus fabricantes, evitar los abusos contra menores de carne y hueso. En Japón, China y Hong Kong están creando muñecas que además están equipadas con inteligencia artificial, lo que permite que griten, lloren e incluso expresen miedo, para que las relaciones sean tal como serían si se tratara de un encuentro con un menor.

Este tipo de muñecas, sin embargo, no están exentas de polémica. El psicólogo Patrice Renaud, de la Universidad de Montreal, ha afirmado al respecto que algunos hombres podrán tener autocontrol y saciar sus deseos utilizando robots, pero en el caso de otros, sus experiencias con robots podrían hacer que intentaran ir más allá buscando niños reales[61].

En la misma línea se pronuncia Jack Balking en la California Law Review Circuit[62], afirmando que la ley podrá tratar a los robots como si fueran personas en determinados contextos, por razones prácticas o de política social, y a continuación lo ejemplifica diciendo que la ley podrá proteger a los robots de ciertas formas de abuso porque se teme que aquellos que pueden abusar de los robots, podrán hacerlo también con personas, niños o animales.

De hecho, en Estados Unidos, el legislativo está en trámites de aprobar el conocido como *CREEPER act*, (*Curbing Realistic Exploitative Electronic Pedophilic Robots Act of 2017*), cuya finalidad es prohibir las muñecas que tengan aspecto de niños[63].

60 Mccrum, K: "Lifelike child sex dolls created to 'stop paedophiles committing crimes'", *Mirror*, 2016.

61 Cox, D: "Would child sex robots stop pedophilia — or promote it?", NBCNews, 2018.

62 Balkin, J., "The Path of Robotics Law", *CLRC*, núm. 6, 2015, p. 58.

63 Scheel, M. y Baldwin, M: "Is it illegal to own a child sex doll? 'Creeper Act' would ban them, says legal analyst", *Cincinnati.com*, 2018.

Dan Donovan, congresista de la ciudad de Nueva York que es quien introdujo el proyecto del *CREEPER act*, emitió un comunicado de prensa con unos datos muy alarmantes: según la policía del Reino Unido, el 85% de los dueños de las 128 muñecas incautadas también eran poseedores de pornografía infantil[64].

XI. ANÁLISIS DE PERSONALIDAD

Año 2054. John Anderton, jefe de la policía de Washington DC, ha sido capaz de evitar un asesinato gracias al aviso de un *Precog*, un ser capaz de prever crímenes antes de que ocurran. Efectivamente, esta escena pertenece al mundo de la ficción, pero hoy en día no estamos tan alejados del mundo que proyecta la película *Minority Report*, al menos en lo que a predecir se refiere.

De hecho, en China utilizan un sistema de inteligencia artificial para ayudar a las autoridades a prevenir crímenes antes de que estos se cometan, tal como sucede en la película. Sin embargo, en este caso no se utilizan seres con visiones, sino que se basan en predicciones a partir del comportamiento de las personas. *Cloud Walk*, así es como se llama, fue creado en 2015, y se basa en el reconocimiento facial y en el análisis de la marcha. Una vez identifica a una persona, sigue sus movimientos. Así pues, dependiendo de dónde y cuándo vaya a determinados sitios, una persona podrá tener un riesgo mayor o menor de cometer un crimen. Esta herramienta, unida al hecho de que en China existen más de 150 millones de cámaras de vigilancia, está haciendo que el Gobierno utilice todos los archivos monitorizados que tiene almacenados de sus ciudadanos para predecir cuáles de ellos son más propensos a cometer un delito. Además, tiene memoria, por lo que puede reidentificar a una persona que ya ha identificado previamente, aunque haya cambiado de ropa o de peinado. Por ejemplo, si una persona es grabada mientras compra bolsas de basura no tiene por qué ocurrir nada, pero si también esta persona es localizada comprando veneno y una sierra, a los pocos días, el software avisará inmediatamente a las autoridades. En definitiva, la policía está creando una base de datos que forma grupos de personas de alto riesgo basándose en los lugares que visitan y lo que hacen. Por ejemplo, alguno de los lugares que son monitoreados son las tiendas de armas o de cuchillos. Además, también cuentan con una herramienta de análisis de multitudes, que permite detectar e identificar a las personas que tienen un comportamiento extraño cuando están rodeados de mucha gente, como por ejemplo los carteristas. El problema que aquí se plantea es que China tiene un sistema judicial caracterizado por la dificultad del recurso, aunque no exista la certeza absoluta de que el investigado haya sido quien ha cometido el delito, por lo que esta aplicación podría desembocar en numerosas

64 Donovan, D: "Donovan Introduces "CREEPER Act" to Ban Child Sex Dolls", 2017.

condenas a inocentes por el mero hecho de que hayan tenido un comportamiento fuera de lo habitual.

En Estados Unidos, por ejemplo, también se está desarrollando un sistema, conocido por las siglas *FAST* (*Future Attribute Screening Techonology*), cuya finalidad principal es combatir el terrorismo. *FAST* es capaz de analizar datos como la frecuencia cardiaca o la firmeza de la mirada de los pasajeros que van a embarcar en un avión, calculando a través de algoritmos la probabilidad de cada viajero de cometer un crimen.

También hay lugares como Chicago donde la policía utiliza una herramienta de inteligencia artificial para determinar la probabilidad de que una persona dispare a otra o, por el contrario, si será disparada. Este sistema se basa en las veces que ha sido arrestada una persona, si se ha visto involucrada en algún tiroteo o si pertenece a alguna banda callejera, entre otras variables, para posicionarla en una lista ordenada en función de su riesgo. De esta manera, las personas que se encuentren en las posiciones más altas de la lista de futuros criminales recibirán una visita de la policía para avisarles de que están bajo sospecha, mientras que en el caso de aquellos que el sistema determine que pueden estar en peligro, se les avisará para que extremen las precauciones. Esta aplicación tiene la ventaja de que indudablemente puede ayudar a prevenir crímenes, ya sea evitando que los agresores lo cometan al saber que están bajo vigilancia, ya sea por el especial cuidado de las posibles víctimas que están sobre aviso. No obstante, conlleva también una serie de desventajas. En primer lugar, y esto nos parece lo más grave, vulnera claramente el principio de presunción de inocencia: el hecho de que una persona sea catalogada de posible criminal dentro de su ambiente, ya sea entre sus familiares o en su barrio, puede conllevar una serie de problemas personales que impliquen la discriminación de esta persona en concreto o compliquen e incluso impidan su acceso a un puesto de trabajo, entre otros. Además, según declara Edwin C. Yohnka, director de comunicaciones y política estatal de la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles de Illinois, es imposible para una persona evitar estar en esa lista. También cree que es peligroso "señalar a alguien en base a información policial secreta"[65]. En el lado contrario, el de la posible víctima, el aviso de la policía de que está en peligro podría conllevar un cambio en sus hábitos de vida e incluso, en los casos más extremos, conducir a problemas de ansiedad y miedo a salir a la calle[66].

Otro de los softwares que utiliza Estados Unidos en este campo es *Palantir Gotham*, que permite descubrir criminales a partir de sus patrones de

65 BBC Mundo: "¿Es posible predecir un delito?: el controversial algoritmo usado por la policía de Chicago, la ciudad con más criminalidad de Estados Unidos", *BBC*, 2017.

66 Davey, M: "Chicago police try to predict who may shoot or be shot", *The New York Times*, 2016.

comportamiento, que obtiene mediante el análisis datos que circulan por la red y que están en manos de los poderes públicos y las empresas privadas como datos personales tales como las huellas o el historial médico, las compras con tarjeta o registro de comunicaciones, por ejemplo. Asimismo, almacena todos estos datos y posteriormente los utiliza con otros clientes. En Estados Unidos, desde que Donald Trump llegó a la presidencia, se está utilizando esta herramienta para la deportación de inmigrantes por estar catalogados como sospechosos, aunque estos no tengan antecedentes penales.

En esta línea, pero a partir de unos datos diferentes, encontramos *Faception*, una aplicación de una empresa israelí que, según afirman, puede definir el carácter de una persona solo a partir de su rostro. Así pues, señalan que nuestro rostro y nuestro comportamiento revelan mucho acerca de quiénes somos en realidad. Observa rostros en vivo, pero también a través de imágenes o vídeos, con el fin de analizar la autoestima, el carisma, la tendencia a la agresividad, la creatividad o las habilidades sociales y, posteriormente, clasifica a cada persona en uno de los quince grupos que tiene definidos, como por ejemplo investigador, promotor de marcas, ladrón, pedófilo. Además, aseguran trabajar para la seguridad nacional de un país concreto, pero no revelan su nombre[67].

Pese a que todas estas herramientas han sido desarrolladas hace relativamente poco tiempo, la idea que subyace en todas ellas no es tan nueva, lo que se ha hecho ha sido simplemente aplicar la tecnología. De hecho, esta forma de castigar sin que exista un crimen ya existió en España en forma de ley: la Ley de Vagos y Maleantes, de 1933. Esta ley se caracterizó por la imposición de medidas de alejamiento, así como control y represión de aquellas personas calificadas de peligrosas como prostitutas, alcohólicos, vagabundos e incluso homosexuales. Así pues, sin que hubieran cometido ningún tipo de delito, eran enviados a realizar trabajos forzosos e incluso recluidos en campos de concentración. Ya en el franquismo, concretamente en 1970, fue sustituida por la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, con un contenido similar, pero con penas mayores, que llegaban los cinco años de internamiento en cárceles o centros para rehabilitar a los condenados. Parafraseando a Figueroa[68], ponente que defendió la derogación de esta ley, la dificultad a la hora de enjuiciar conductas y no hechos radica en la imprevisibilidad de los resultados de aquella. Asimismo, consideraba, la palabra peligrosidad tiene un alto contenido ideológico, por lo que su carácter es fundamentalmente subjetivo.

En nuestra opinión, este tipo de herramientas constituyen una gran ayuda a la prevención de crímenes y ayudan a la policía a tener una actitud más proactiva que

67 "FACEPTION, la empresa israelí que define el carácter a partir del rostro", *El espectador*, 2016.

68 "OPINIONES contradictorias sobre la ley de Peligrosidad Social", *El país*, 1977.

reactiva, cosa que es muy favorable para los intereses sociales. Sin embargo, es innegable el atentado contra el principio de presunción de inocencia que conlleva la utilización de este tipo de innovaciones. Así pues, tal como declara Javier Valls en *Problemas jurídico penales asociados a las nuevas técnicas de prevención y persecución del crimen a través de la inteligencia artificial*[69], si se sancionara a alguien porque existen posibilidades de que delinca en un futuro, no se estaría respetando el principio básico de sancionar por las acciones ya cometidas. Por tanto, consideramos que la utilización de estos sistemas es adecuada a la hora de prevenir delitos y riesgos, pero no es legal, ni moral, utilizarlo para condenar a nadie.

Por tanto, debemos tener en cuenta que dentro de la esfera personal de cada uno puede existir el arrepentimiento, por lo que consideramos que, además de un atentado contra los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, es profundamente inmoral castigar a alguien que no ha cometido ningún delito, únicamente por sus rasgos personales.

Por último, no podemos olvidar que son personas las que están programando este tipo de sistemas, con lo cual se está dejando al libre albedrío la posibilidad de que un sujeto vea restringida su libertad sin que haya existido ninguna conducta penalmente reprochable por su parte, cosa que consideramos realmente peligrosa e injusta.

XII. PREDICCIÓN Y DICTADO DE SENTENCIAS

El último paso de nuestro trabajo consiste en evaluar la posibilidad de que toda la justicia sea impartida por máquinas. La principal ventaja de la eliminación del componente humano, aunque no la única, la encontramos en el aumento de la eficiencia: un robot es mucho más rápido a la hora de buscar y encontrar información, así como a la hora de redactar. De hecho, puede trabajar las 24 horas del día, no necesita vacaciones y no está influenciado por problemas personales o familiares. Al respecto encontramos una investigación que demuestra que los jueces israelíes son más benevolentes al principio de la mañana y después de la pausa del almuerzo, mientras que conforme pasa el tiempo, se vuelven más reacios a aplicar la libertad condicional[70]. Esto constituye solo un ejemplo de cómo la humanidad del juzgador puede influir en las sentencias que dicta.

A lo largo del trabajo, hemos analizado las contribuciones de la inteligencia artificial al proceso penal, desde la ayuda a la policía hasta finalizar con la posibilidad

69 Valls Prieto, J: *Problemas jurídico penales asociados a las nuevas técnicas de prevención y persecución del crimen mediante inteligencia artificial*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2017, pp. 35-36.

70 Danziger, S. et al: "Extraneous factors in judicial decisions", *PNAS*, 2011.

de que algunas aplicaciones sean capaces de determinar la personalidad de un sujeto concreto, pero aún nos falta por plantearnos lo más importante: si en este momento, o en un futuro, es posible que la inteligencia artificial sustituya a la figura del juez.

Una de las primeras respuestas la encontramos en un estudio del University College de Londres, la Universidad de Pennsylvania y la Universidad de Sheffield, en el que los investigadores han desarrollado una inteligencia artificial capaz de predecir los resultados del 79% de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[71]. Así, la aplicación ha ido "aprendiendo" a través de textos legales y posteriormente se le ha dado la información de numerosos juicios ya resueltos por el Tribunal, y en el 79% de los casos, su veredicto ha coincidido con el del juez que resolvió el asunto. Aunque solo puede trabajar con datos en inglés y con casos relacionados con privacidad, juicio justo y prohibición de tortura y degradación del trato humano, ya ha analizado más de 500 casos. A juicio de Nikolaos Aletras, uno de los investigadores, esta herramienta no puede reemplazar a los jueces, pero sí que podrá utilizarse para analizar patrones que llevan a ciertos resultados, así como también podrá ayudar a determinar qué casos son más susceptibles de haber violado los derechos humanos.

En un escenario futurista, como podría ser aquel que presenta la serie *Westworld*, nos sitúan Ian Kerr y Carissima Mathen[72], en un artículo que narra cómo el pueblo estadounidense descubre que el juez principal de la Corte Suprema de los Estados Unidos es en realidad un robot. Graduado en Derecho y perfectamente formado, había pasado desapercibido como un ciudadano más hasta que unos secuestradores intentaron matarlo y lo llevaron herido a un hospital. A través de esta historia, los autores reflexionan acerca de la posibilidad de que un juez humano sea sustituido por un juez robot. Así, en un primer momento hablan de la posibilidad de que la inteligencia artificial sustituya a los humanos en aquellas tareas en las que son realmente mejores que los humanos, como hemos ido analizando a lo largo de este epígrafe, tales como la búsqueda de datos o el reconocimiento facial. Sin embargo, el trabajo de un juez va mucho más allá de leer una ley y aplicarla, por lo que analizan las características que necesariamente debe presentar un juez robot capaz de sustituir a los humanos:

a) Capacidad funcional para reconocer las partes en un juicio, así como terceros interesados, observar pruebas, interpretar la ley y los principios básicos del Derecho, así como ponderarlos adecuadamente a la hora de aplicarlos a los hechos, entre otras. En suma, tiene que poder acoplarse al razonamiento legal.

71 Aletras, N. et al: "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective", *PeerJ Computer Science*, 2016.

72 Kerr, I. y Mathen, C: "Chief Justice John Roberts is a robot".

b) Capacidad de seguir reglas. A juicio de los autores, que siguen a Hart, en los humanos esta capacidad es normativa, es decir, es necesario ser premiado por seguir las reglas, o no castigado, y estas reglas deben ser aceptadas por la sociedad como algo bueno. Así, los humanos adecuamos nuestro comportamiento en base a estas reglas de manera autónoma. Sin embargo, en este experimento, aunque el robot había interactuado con la sociedad, no estaba tan integrado en el contexto para ser capaz de querer aceptar unas reglas porque son socialmente adecuadas, sino que el robot acepta las reglas por el mero hecho de que son reglas y está programado para aceptarlas.

c) Punto de vista interno acerca de las reglas. El hecho de que un robot siga unas reglas de manera automática es un ejemplo de lo que Hart[73] llama punto de vista externo, es decir, el robot observa que el resto de las personas actúa de una determinada manera ante un signo, por ejemplo, parando ante un semáforo en rojo, y es por eso por lo que decide detenerse él también. Sin embargo, un juez tiene que adoptar un punto de vista interno, que es aquella actitud de los funcionarios públicos a la hora de realizar unas determinadas actividades, motivados porque tienen un compromiso con un estándar o patrón de conducta general, es decir, porque tienen la obligación de cumplir con las reglas. El cumplimiento de estas reglas de manera regular dará lugar a una práctica social. Esta disposición a actuar siguiendo unas reglas determinadas no es una característica que, hasta el momento, puedan desarrollar los robots, por lo que el robot del experimento tampoco reúne esta característica.

La existencia de estos avances nos lleva inevitablemente a una reflexión acerca de la posibilidad de que la Justicia sea impartida exclusivamente por un robot. Es cierto que los avances tecnológicos hasta la fecha están contribuyendo a una justicia más eficaz y más rápida, pero, ¿llegarán hasta el punto de sustituir a los humanos? Tal como hemos analizado supra, ya existen robots que están resolviendo asuntos poco complejos, por lo que no es descabellado pensar en la posibilidad de que acaben resolviendo también casos penales. En relación con lo anterior, es cierto que los porcentajes de acierto que se han obtenido son realmente altos, pero cabría también preguntarse qué pasa con esos casos en los que la inteligencia artificial yerra. Así, consideramos que todavía no se ha desarrollado un modelo similar al Hércules de Dworkin, una especie de dios jurista que no solo conoce la ley, sino que también actúa en función de los principios jurídicos imperantes en cada sociedad, su historia, su cultura y su filosofía.

No debemos pasar por alto que en el proceso penal se tratan derechos fundamentales como la libertad, por lo que no podemos dejar que se utilice una herramienta que no resuelve eficazmente todos los casos pues, aunque

73 Shapiro, S., "What is the internal point of view?", *Faculty Scholarship Series*, 2006.

fueran pocos los perjudicados, se estaría condenando inocentes o dejando en libertad a culpables, lo cual choca de pleno con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

XIII. CONCLUSIONES

Para finalizar con nuestra investigación, es pertinente extraer una serie de conclusiones al respecto.

En primer lugar, cabe destacar el gran esfuerzo por parte de los Organismos Públicos para implementar innovaciones que contribuyan a un mejor funcionamiento de la Administración, más teniendo en cuenta que no todos los funcionarios asumen de buen grado las innovaciones y nuevas formas de proceder a la hora de realizar sus tareas, especialmente los que tienen una edad más avanzada, dada la complejidad de ciertas aplicaciones en un primer momento, que precisan necesariamente de una formación. Así, se ha pasado de la posibilidad a la obligación de utilizar la tecnología por parte de los funcionarios públicos. Hoy en día, por ejemplo, el Boletín Oficial del Estado se publica de manera electrónica, por lo que ya no hay que consultar grandes tomos de legislación, ya que se puede acceder a la jurisprudencia desde cualquier equipo informático, incluso a sentencias de otros Estados o que acaban de ser dictadas, por ejemplo. No obstante, consideramos que se debe seguir invirtiendo en la investigación y el desarrollo de la tecnología, especialmente de la inteligencia artificial, ya que como hemos estudiado a lo largo de este trabajo, es capaz de contribuir en gran medida a la modernización del sistema judicial, incrementando su rapidez y su eficiencia, porque si se consiguen automatizar completamente algunos procesos legales, se ahorrará considerablemente en recursos personales, energía y también materiales.

Por el contrario, observamos que menores son los esfuerzos en lo que a regulación se refiere. Si bien existen iniciativas a nivel europeo y estatal, por el momento no encontramos un soporte legal que incluya todo lo relativo a la inteligencia artificial, motivo por el que reiteramos la necesidad de que se legisle esta materia, dada la dimensión que están tomando los innumerables desarrollos en el sector.

Además, consideramos que el hecho de que existan distintos sistemas legales entre los distintos Estados hace necesario que la investigación y desarrollo se realice prácticamente de manera individualizada para cada uno de los sistemas legales, dado que no es lo mismo que un robot trabaje con un sistema de *Common Law* que en un sistema de Derecho continental. Teniendo en cuenta que no todos los países tienen las mismas posibilidades a la hora de apostar por la investigación y el desarrollo de la inteligencia artificial, debido a las barreras económicas,

legales, sociales, tecnológicas o incluso políticas, y partiendo de la base de que prácticamente se deberían crear sistemas específicos para cada país, las diferencias que hoy en día existen entre los distintos sistemas judiciales nacionales aún se harán más patentes. Esto, por desgracia, incrementará las dificultades en lo que a cooperación entre Estados se refiere, por el distinto grado de innovación de la justicia y el sistema legal en general.

Asimismo, consideramos especialmente relevante el hecho de que se pueda aportar pruebas tecnológicas a un juicio oral. Como ya se ha comentado, sin esta posibilidad, muchos de los delitos que han aparecido gracias a la tecnología no podrían ser probados, tales como el acoso, las amenazas o las coacciones vía *online*, la intrusión informática o delitos contra el derecho a la intimidad como por ejemplo el acceso a datos personales sensibles sin autorización, entre otros. Así, con esta posibilidad, se abre el elenco de medios de investigación al servicio de los agentes de la autoridad.

Otro de los aspectos que hemos considerado relevantes es la permisividad con la que algunos Estados están actuando a la hora de utilizar determinadas herramientas como las de predicción de reincidencia, dado que en muchas ocasiones apenas se han preocupado por el funcionamiento de dicha herramienta y los posibles sesgos que pueda tener, lo cual parece implicar que determinados Estados buscan favorecer más los intereses privados de algunas empresas en detrimento de la transparencia del sistema judicial. No debemos olvidar que un sistema de este tipo originalmente siempre está programado por una persona. Por tanto, aunque luego tenga capacidad de aprendizaje y el robot sea capaz de actuar con objetividad en todos los casos, el responsable de su programación habrá sido una persona, al menos por el momento, por lo que hasta ahora consideramos que es prácticamente imposible garantizar la absoluta objetividad de estas herramientas porque, en última instancia, su funcionamiento habrá dependido de alguien que no es completamente objetivo.

Además, el hecho de que algunos Estados permitan que las empresas diseñadoras de estas aplicaciones mantengan su funcionamiento en secreto tiene una serie de implicaciones negativas para la justicia, dado que la utilización de un sistema opaco y oscuro dentro de un sector como el judicial en el que todo debe ser transparente choca de pleno con los derechos fundamentales más básicos, como el derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un juicio justo, e incluso podría entrar en conflicto con el derecho a la igualdad. La solución que proponemos al respecto es extremar las cautelas a la hora de utilizar estos sistemas, garantizar que el proceso de razonamiento sea lo más transparente posible y establecer mecanismos que garanticen la independencia del juez, para que este sea capaz de apartarse del veredicto de la máquina si considera que ha

podido cometer algún tipo de discriminación, especialmente cuando el que está siendo juzgado forme parte de alguno de los colectivos más susceptibles de sufrir algún tipo de discriminación, sea racial, sexual o de cualquier otro tipo.

En línea con lo anterior, y respecto al efecto sustitución entre robots y profesionales de la Justicia, cabe decir que, tal como se ha expuesto anteriormente, la revolución 4.0 conllevará irremediablemente algunos cambios en el mercado de trabajo, como es la desaparición de todos aquellos profesionales, y también despachos, con bajo valor añadido, es decir, aquellos encargados de las tareas más sencillas y automatizables. En definitiva, la consolidación de las máquinas en este sector comportaría irremediablemente la "deshumanización" de determinadas tareas en favor de los robots, especialmente aquellas en las que ya se está demostrando que son más eficientes que los profesionales tanto en tiempo como en precisión de los resultados obtenidos, como la búsqueda de jurisprudencia o la revisión de bases de datos que contienen la legislación. Como consecuencia de este proceso, todos aquellos profesionales reacios a la utilización de la tecnología se quedarán rezagados, por lo que sí que podrían verse más afectados por la irrupción de las innovaciones tecnológicas.

Por el contrario, supondrá una gran ayuda para muchos profesionales porque, si las tareas más rutinarias se dejan para las máquinas, ellos podrán centrarse en realizar tareas con mayor valor añadido, en las que las capacidades humanas son imprescindibles. De hecho, consideramos que en última instancia siempre debe ser una persona la que tome la decisión final, al menos por ahora, por lo que los abogados y los jueces, entre otros, seguirán siendo imprescindibles hasta el punto de que se pueda desarrollar un sistema capaz de valorar con criterios subjetivos de decisión en algunos casos, como juzgar la credibilidad de la declaración de un testigo o la verosimilitud de una prueba, así como también ser capaz de adoptar un comportamiento adecuado en función de los valores imperantes en una sociedad concreta en un momento determinado.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, L: "Las cárceles españolas figuran entre las más masificadas de Europa", *El país*, 2017.

Aletras, N., et al: "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective", *PeerJ Computer Science*, 2016.

"ALGORITHMS in the Criminal Justice System", *EPIC*.

Asimov, I.: R*unaround*, Street and Smith Publications, 1970.

Balkin, J., "The Path of Robotics Law", *CLRC*, núm. 6, 2015.

Barona Vilar, S: "Reflexiones en torno al 4.0 y la inteligencia artificial en el proceso penal", *Ius Punendi*, vol. 7, 2018.

BBC Mundo: "¿Es posible predecir un delito?: el controversial algoritmo usado por la policía de Chicago, la ciudad con más criminalidad de Estados Unidos", *BBC*, 2017.

Bedoya, C: "Crime mapping system now available to the public", *KYMA*, 2018.

Bourcier, D: *Inteligencia artificial y derecho*, 1ª ed., UOC, Barcelona, 2003.

Bowcott, O: "First virtual court case held using claimant's laptop camera", *The guardian*, 2018.

Buchanan, B. y Headrick, T: "Some speculation about artificial intelligence and legal reasoning", *Stanford Law Review*, vol. 23, 1970.

Bujosa Vedell, L: "La valoración de la prueba electrónica", en: AA. VV.: *Fodertics 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)* (coord. por F. Bueno de Mata), Comares, Granada, 2015.

Buranyi, S: "Rise of the racist robots – how AI is learning all our worst impulses", *The guardian*, 2017.

Chirino Sánchez, A: "Las tecnologías de la información y el proceso penal", *NEXOS Costa Rica*.

Ciampi, C: *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, 1982.

Comisión Europea: "Keeping drones safe, secure and green: Commission launches the European Network of U-space Demonstrators", 2018.

Comisión Europea: "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales", 2018.

Comisión Europea: "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal", 2018.

Comisión Europea: "Visual analytics for brighter criminal intelligence", *Research and investigation*, 2018.

Comité Económico y Social Europeo: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad",* Diario Oficial de la Unión Europea C 288/1, 31 de agosto de 2017.

Corzo Tellez, J: "¿Por qué son importantes los mapas de Hot Spots criminales?", *El Universal*, 2017.

Cox, D: "Would child sex robots stop pedophilia — or promote it?", NBCNews, 2018.

Danziger, S. et al: "Extraneous factors in judicial decisions", *PNAS*, 2011.

Davey, M: "Chicago police try to predict who may shoot or be shot", *The New York Times*, 2016.

Delgado, M: *La inteligencia artificial. Realidad de un mito moderno*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1996.

Diccionario de la Real Academia Española.

Dieterich, W. et al: "COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity", *Northpointe*, 2016.

Donovan, D: "Donovan Introduces "CREEPER Act" to Ban Child Sex Dolls", 2017.

Dressel, J. y Farid, H: "The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism", *Science Advances*, *4*, 2018.

"EL robot abogado DoNotPay se renueva para poder asesorar en mil cuestiones legales", *Europa Press*, 2017.

EUROPOL: "Internet organised crime threat assessment", 2018.

"FACEPTION, la empresa israelí que define el carácter a partir del rostro", *El espectador*, 2016.

FONTDEGLÒRIA, X: "La policía china usa gafas con reconocimiento facial para identificar sospechosos", *El País*, 2018.

FREY, C., Y OSBORNE, M: "The future of employment: how susceptible are Jobs to computerisation?", *Oxford Martin School*, 2013.

FUJITSU: *Qué es lo que aporta la inteligencia Artificial al negocio*, 2018.

GARTNER: *Cool Vendors in AI for Legal Affairs, 2017*, 2017.

HINTZE, A: "Understanding the four types of AI, from reactive robots to self-aware beings", *The Conversation*, 2016.

HUALLPA TAPIA, L: "Aplicación de la Inteligencia Artificial en Solución de Problemas Empresariales", *Arequipa*.

KERR, I. y MATHEN, C: "Chief Justice John Roberts is a robot".

LANCHO PEDRERA, F: "Los sistemas expertos en el Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 21, 2003.

MACIÁ, M. y REVIRIEGO, J: "Bases de datos jurídicas españolas", *Revista de Administración Pública*, vol. 25, 1991.

MCCRUM, K: "Lifelike child sex dolls created to 'stop paedophiles committing crimes'", *Mirror*, 2016.

MONEVA PARDO, A: "Mapas del crimen", *Crimipedia*, 2017.

MORENO CATENA, V: "Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal", *Revista del Poder Judicial*, núm. 2, 1988.

"NEW crime mapping system available to the public", *Tukwilareporter*, 2018.

"OPINIONES contradictorias sobre la ley de Peligrosidad Social", *El país*¸1977.

OSSORIO VEGA, M: "'Ravn', un abogado con Inteligencia Artificial", *Media Tics*, 2017.

Otero González, P: *Control telemático de penados: análisis jurídico, económico y social*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008.

Pardo, P: "Por qué la Inteligencia Artificial necesita clases de ética: "Hemos creado un Frankenstein", *El Mundo*, 2018.

Perry, Y: "Inteligencia Artificial vence a escuadrón de abogados analizando contratos", *FayerWayer*, 2018.

Remus, D. y Levy, F: "Can robots be lawyers", *SSRN*, 2015.

Santos González, M: "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, vol. 4, 2017.

Scheel, M. y Baldwin, M: "Is it illegal to own a child sex doll? 'Creeper Act' would ban them, says legal analyst", *Cincinnati.com*, 2018.

Shapiro, S., "What is the internal point of view?", *Faculty.*

Sharma, A: "Collaborative Robot Market to Grow by 60% in 2018", *Interact Analysis*.

Valls Prieto, J: *Problemas jurídico penales asociados a las nuevas técnicas de prevención y persecución del crimen mediante inteligencia artificial*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2017.

Wakefield, J: "Así funciona la mente de Norman, el algoritmo psicópata del MIT que solo ve lo más tenebroso de la red", *BBC*, 2018.

Zamora, M: "La Comisaría de León estrena un sistema que detecta el 90% de las denuncias falsas", *Diario de León*, 2018.

RECENSIÓN

Marta Ordás, A.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes,* Wolters Kluver, 2018, 575 pp.

J. Miguel Lobato Gómez
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de León. Correo electrónico: miguel.lobato@unileon.es

No cabe duda de que uno de los principales "caballos de batalla" de las rupturas de las parejas con hijos, bien sean matrimoniales o ligadas por un mero vínculo afectivo, es el destino que ha de darse a la vivienda familiar. Al fin y al cabo, la vivienda familiar no sólo suele ser el activo más importante del patrimonio de una pareja, sino también la referencia social de la familia.

El CC trata de resolver esta complicada cuestión en el su artículo 96, que fue introducido en la reforma de 1981. Sin embargo, al haberse mantenido la norma sin modificación alguna a pesar del cambio sustancial que ha experimentado desde entonces el CC en materia de separación y divorcio, las soluciones que ofrece han dejado de ser plenamente satisfactorias. En efecto, cuando falta el acuerdo de las partes sobre la atribución de la vivienda familiar, lo que lamentablemente suele ser muy frecuente, su uso se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, puesto que el principio que guía esta atribución es el del máximo respeto a los intereses y a las necesidades de los hijos.

Es a este complejo asunto al cual la Doctora Marta Ordás, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de León ya acreditada para poder ocupar una cátedra de la disciplina, dedica este amplio, completo y profundo estudio. Y no cabe duda de que, a pesar del carácter práctico que bien puede ofrecer a los operadores jurídicos por la ingente jurisprudencia que incluye sobre todos los asuntos que aborda, la sólida estructura que le da forma, la exahustividad en el análisis de todos los problemas que se plantean en torno a la atribución de la vivienda familiar, el más que correcto manejo de los conceptos y de la argumentación jurídica y, por que, no decirlo, la decidida toma de postura ante algunas soluciones jurisprudenciales y la riqueza de fuentes documentales que aportan hacen de este libro una referencia inexcusable para todo aquel que quiera profundizar o estudiar concienzudamente este complicado asunto.

Después de dedicar un par de capítulos a precisar el concepto legal de vivienda familiar, con particular referencia a las segundas residencias, y a determinar que ha de entenderse por derecho de uso de la vivienda familiar, se ocupa de analizar

con todo detalle los criterios de atribución de la vivienda familiar en los casos de ruptura matrimonial, en particular, cuando no hay convenio regulador o escritura pública en la que conste la voluntad inequívoca de separarse por falta de mutuo acuerdo de los cónyuges, situación esta, donde mayores dificultades se encuentran al materializar los criterios legales de atribución de la vivienda familiar. Y así, en el caso de que exista acuerdo, analiza detalladamente el posible objeto de la atribución y sus límites, con especial atención a las cláusulas del acuerdo que puedan considerarse lesivas para el interés de los menores. Por su parte, el estudio de los criterios de atribución de la vivienda familiar en defecto de acuerdo, puede considerarse como, por otra parte, es lo más necesario, el núcleo esencial del libro. En este orden de cosas analiza pormenorizadamente toda la casuística que se puede presentar tanto cuando la custodia de los hijos se otorga a uno de los dos progenitores, como cuando se ha establecido la custodia compartida, como cuando del matrimonio al que se ha puesto fin no hay hijos. Y todo ello con continúo apoyo en las decisiones jurisprudenciales, y digo con apoyo en las decisiones judiciales y no siguiendo lo acordado en las mismas, pues en no pocas ocasiones la autora disiente muy razonadamente de ellas.

En este punto es de destacar que la profesora Ordás entiende que el mandato del artículo 96,I del Código Civil no contiene más que una presunción *iuris tantum* de que el interés de los hijos se satisface únicamente mediante la atribución a estos y al cónyuge en cuya compañía se queden el uso de la vivienda familiar, pudiendo el interés de los hijos ser satisfecho también a través de otras formas diferentes que no impliquen necesariamente la atribución de la vivienda familiar y de ello pone numerosos ejemplos. En efecto, es muy crítica con la interpretación automática que suele darse a esta norma en la práctica forense muy ligada a hacer una aplicación de la misma apegada a la letra del precepto, pues la interpretación taxativa e imperativa que suele hacerse de él impide entender que el interés del menor a disponer de una vivienda digna y adecuada pueda ser protegido y mejor atendido por otras vías distintas de la asignación de la que era vivienda familiar. Por otro lado, se plantea la posibilidad de que en algunos casos puede haber otros intereses que confluyan con el interés del menor y que también deben ser objeto de especial protección, concluyendo que puede haber casos que su valoración conjunta permitan atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio sin que se viole la norma a la que nos estamos refiriendo. Aunque, como es lógico, defiende que para apreciar la existencia de circunstancias que justifiquen la no atribución a los hijos y al cónyuge en cuya compañía se queden del domicilio familiar, ha de exigirse, para enervar la presunción legal, una eficaz y sólida actividad probatoria que establezca de forma inequívoca el otro interés más necesitado de protección. Entre los factores que podrían acogerse para mitigar el rigor el artículo 96,I del Código civil alude al carácter no familiar de la vivienda y a que los hijos tengan satisfecho de otro modo sus necesidades de habitación, pero

entendiendo, contra la tesis que parece acoger el Tribunal Supremo, que podrían darse otros.

Completa el capítulo estudiando, entre otras cosas, a que hijos se refiere el precepto; quien es el titular del derecho de uso, ¿el cónyuge, los hijos o ambos; y, diversos problemas relativos a la duración temporal del uso. En cuanto a la primera de las cuestiones, detiene su atención en los supuestos concretos de los hijos incapacitados y de los que están en situación de acogimiento preadoptivo. Respecto a la segunda, hace un repaso de todas las posibles soluciones que han sido defendidas por la doctrina, inclinándose por afirmar que la atribución es a los hijos y, *per relationem,* al cónyuge custodio. En la tercera, critica la limitación temporal del uso habiendo hijos menores y afirma la imposibilidad de establecer un término final superior al representado por la mayoría de edad de los hijos menores.

Aunque no es este lugar para repasar todo el contenido del libro, lo que sería inviable dada su extensión y la cantidad de problemas concretos que en él se abordan, también hace un estudio pormenorizado de otra serie de situaciones concretas y particulares en las que la ruptura de una pareja que hace necesaria la atribución de la vivienda familiar se aparta del caso general. Por un lado, de aquellas situaciones en las cuales la pareja que se rompe es una pareja no casada o, lo que es lo mismo, una pareja de hecho. Por otro, de las situaciones en las que la atribución de la vivienda familiar se realiza a través de una división material o física del inmueble en el que la vivienda se asentaba; de aquellas en las que la vivienda familiar no era propia de la pareja sino que había sido dada en arrendamiento a uno o a ambos miembros de la misma antes o después de celebrado el matrimonio o de haber constituido la pareja de hecho; y, por último, de aquellos casos en los que la vivienda familiar ha sido cedida gratuitamente a uno de los cónyuges por un familiar cercano, en particular cuando la atribución de la vivienda se hace en favor del otro cónyuge.

Por último, se analiza de forma exhaustiva cuando y como se puede modificar o extinguir la atribución de la vivienda familiar. Es decir, el procedimiento de modificación por variación de las circunstancias y todo un elenco de supuestos concretos que va desde la destrucción del inmueble al uso indebido, pasando por los cambios en el régimen de custodia de los hijos, la muerte de uno de los cónyuges, la existencia de otra vivienda, otros muchos ...

Como no podía ser de otra manera después de este exhaustivo y concienzudo estudio la autora defiende, en sus propias palabras "la necesidad perentoria de una reforma", asunto al que dedica el Capítulo IX del libro. Capítulo este breve y conclusivo, en el que resume su opinión sobre el estado de la cuestión y justifica la necesidad de abordar una reforma.

"En definitiva, -concluye la autora- la atribución del uso de la vivienda familiar debe ser una medida de última *ratio,* a adoptar solo y exclusivamente cuando no sea posible subvenir la necesidad de vivienda de quien presente el interés más necesitado de protección de otro modo. En todo caso, la atribución de la vivienda debe ser necesariamente temporal, pues atribuir el uso de la vivienda indefinidamente supone una virtual privación de los derechos dominicales del cónyuge titular exclusivo o cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar y el mantenimiento de la paz en las relaciones entre ambos progenitores", en todo lo que yo estoy substancialmente de acuerdo.

Queda ahora en manos del legislador y, en su caso, de los Tribunales de Justicia atender a las razonables sugerencias que en esta obra quedan expuestas.