



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, I-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
elias.on@live.com

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 y SCOPUS.

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

SUMARIO

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ España y el Comité de Derechos Humanos. Valentín Bou Franch (España).. 14
- 02/ Discapacitados, incapaces e incapacitados. Problemas en torno a la nulidad y anulabilidad de sus actos. Borja del Campo Álvarez (España) 60

B) DERECHO DE FAMILIA

- 03/ Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código civil. Amelia Sánchez Gómez (España)..... 84
- 04/ La inserción del notorio arraigo en la regulación matrimonial del Código civil español. Diego Torres Sospedra (España)..... 116
- 05/ Guarda, custodia y tutela de los menores en los casos de progenitores con discapacidad. Virginia Múrtula Lafuente (España)..... 138
- 06/ Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores. Javier Martínez Calvo (España)..... 176
- 07/ Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. David Aviñó Belenguer (España)..... 194
- 08/ Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida. Esther Alba Ferré (España) 220

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 09/ La interposición ficticia de persona como forma de simulación. Isabel J. Rabanete Martínez (España)..... 246
- 10/ La ignorada acción directa del arrendatario-usuario en el contrato de leasing. Federico Arnau Moya (España). 332

D) DERECHOS REALES

- 11/ Claves actuales de la denominada hipoteca inversa. Ubaldo Nieto Carol (España)..... 364

E) DERECHO DE SUCESIONES

- 12/ L'auspicata unitarietà delle successioni nel sistema eurolunitario e il superamento del divieto di patti successori. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia)..... 408
- 13/ Personas con discapacidad y libertad para testar. Paloma de Barrón Arniches (España)..... 448

F) DERECHO MERCANTIL

- 14/ La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español. Carlos Gómez Asensio (España) 472

G) DERECHO Y BIOÉTICA

- 15/ Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos: transexualidad, cambio de sexo e intersexualidad, ablación y circuncisión. Elena Atienza Macías (España)..... 512
- 16/ Suicidio asistido, dignità e dolce misericordia. Susanna Sandulli (Italia)..... 536
- 17/ El derecho de la infancia y la adolescencia a una muerte digna. Fabiola Meco Tébar (España)..... 554

H) DERECHO DEL DEPORTE

- 18/ Sport femminile e discriminazioni di genere: la riforma del lavoro sportivo in Italia. Emanuele Indraccolo (Italia)..... 594

I) DERECHO COMPARADO

- 19/ Legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes bajo un régimen de sociedad de gananciales. estudios de Derecho español y peruano. Romina Santillán Santa Cruz (Perú)..... 620

CUESTIONES DE INTERÉS JURIDICO

- 20/ Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 660
- 21/ Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro. Sara Guirado Capilla y Francisca Ramón Fernández (España).... 676
- 22/ La regulación de la guarda y custodia de los hijos en el entorno europeo. Javier Martínez Calvo (España)..... 698
- 23/ El desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España) 728
- 24/ La conflictividad en el cumplimiento del régimen de visitas por el progenitor custodio y su persecución penal tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Miriam Pacho Jiménez (España)..... 746
- 25/ Il diritto del minore a ricevere amore. Rosita Lifrieri (Italia)..... 762

- 26/ La legítima formal como límite o medio de protección de la voluntad del testador. Sara Zubero Quintanilla (España)..... 778
- 27/ Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: artículo 831 del Código civil. María Patricia Vives Velo de Antelo (España)..... 796

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 28/ Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 820

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 29/ Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas. Comentario a la STS de España núm. 243/2019, de 24 abril 2019. Federico Arnau Moya (España)..... 832
- 30/ Cláusula rebus sic stantibus y bonos estructurados. Comentario a la STS de España núm. 5/2019, de 9 de enero. Alvaro Bueno Biot (España)..... 846

PANORAMA

- 31/ Derecho foral valenciano y Derecho civil valenciano. Reflexiones para una recuperación y desarrollo constitucional de nuestro Derecho. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España)..... 866
- 32/ ¿El art. 1424 cod. civ. como canon interpretativo del negocio inválido? Notas relativas al nuevo papel integrativo-funcional del juez sobre los actos de autonomía privada. Francesco La Fata (Italia). 890

RECENSIONES

- 33/ Frezza, G.: *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, pp. 1-200. José Ramón de Verda y Beamonte 908

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, Università di Nápoles Parthenope, Italia

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

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

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

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

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, Università LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università 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, Università de Salerno, Italia

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

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università 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

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

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 Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García

Abogado

D. Giuseppe Garofalo

Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata

Assegnista di ricerca, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina

Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad San Jorge, España

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 Faculdade 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

ESPAÑA Y EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS*

SPAIN AND THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 14-59

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE); y de la Cátedra Jean Monnet GD. n° 2017-2236/001-001. OrcidId: 0000-0002-4046-6337.



Valentín BOU
FRANCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente trabajo analiza la práctica del Comité de Derechos Humanos del Pacto internacional de derechos civiles y políticos sobre las comunicaciones individuales presentadas contra España, así como su incidencia en el Derecho interno español.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; Pacto internacional de derechos civiles y políticos; Comité de Derechos Humanos; España.

ABSTRACT: *The present paper analyses the Human Rights Committee's practice of the International Covenant on Civil and Political Rights concerning the individual communications submitted against Spain, as well as its influence in Spanish domestic law.*

KEY WORDS: *Human Rights; International Covenant on Civil and Political Rights; Human Rights Committee; Spain.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS COMUNICACIONES INDIVIDUALES PRESENTADAS CONTRA ESPAÑA.- III. LAS DECISIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS COMUNICACIONES INDIVIDUALES PRESENTADAS CONTRA ESPAÑA.- 1. Decisiones de inadmisibilidad basadas en el art. 1 del Protocolo Facultativo.- 2. Decisiones de inadmisibilidad basadas en los arts. 2 y 5.2.b) del Protocolo Facultativo.- 3. Decisiones de inadmisibilidad basadas en el art. 3 del Protocolo Facultativo.- 4. Decisiones de inadmisibilidad basadas en el art. 5.2.a) del Protocolo Facultativo.- IV. LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ SOBRE EL FONDO.- 1. Los incumplimientos de derechos humanos de naturaleza procesal.- 2. Otros incumplimientos de derechos humanos.- V. LA EFECTIVIDAD Y EL SEGUIMIENTO DE LOS DICTÁMENES DECLARATORIOS DE INCUMPLIMIENTOS POR ESPAÑA.- 1. La eficacia jurídica de los dictámenes en el Derecho español.- 2. El seguimiento de los dictámenes declaratorios de incumplimientos por España.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Es bien conocido que la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 16/12/1966, aprobó tanto el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP), así como el Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PFPIDCP)¹. A efectos de este trabajo, nos interesa destacar que el PIDCP entró en vigor, de manera general, el 23/03/1976, una vez transcurridos tres meses desde la fecha del depósito del trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión ante el Secretario General de la ONU. Para el Reino de España, el PIDCP está vigente desde el 27/07/1977².

Conforme a lo dispuesto en los arts. 28 a 39 del PIDCP, se estableció un Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH). Al CDH le compete tanto formular los Comentarios generales que estime oportunos, como examinar los Informes periódicos que los Estados Parte se comprometen a presentarle acerca de las disposiciones adoptadas y de los progresos realizados en la aplicación del PIDCP (art. 40). Estas dos vías que tiene el CDH para expresar su jurisprudencia

1 Texto disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200\(XXI\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2200(XXI)) (todos los enlaces de Internet citados en este trabajo se comprobaron por última vez el 07/03/2019).

2 El Instrumento de ratificación de España, fechado el 27/04/1977, se publicó en el BOE n°. 103, de 30/04/1977. En la dirección https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en en puede consultarse el listado de los 169 Estados que son Partes Contratantes en el PIDCP, así como las declaraciones, reservas y objeciones que han realizado.

• Valentín Bou Franch

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, así como Catedrático Jean Monnet en la Universidad de Valencia. Correo electrónico: Bouv@uv.es

se caracterizan por tener una finalidad eminentemente preventiva y, además, por su carácter automático, ya que afecta a las 169 Partes Contratantes que existen en la actualidad, por el mero hecho de haber ratificado o haberse adherido al PIDCP. La primera de estas vías, con una eficacia general o *erga omnes* frente a todos los Estados Parte en el PIDCP, está representada por sus Comentarios generales. La mayoría de ellos contienen interpretaciones auténticas bastante detalladas de un derecho específico contenido en el PIDCP; algunas abordan los derechos del PIDCP relativos a determinados grupos, como los extranjeros; mientras que otras abordan asuntos procedimentales, tales como la preparación de los informes periódicos que deben remitirse al CDH; o asuntos varios, tales como las reservas formuladas al PIDCP³.

La segunda vía, dirigida expresamente a cada Estado concreto, está representada por las Observaciones finales que se incluyen al final de sus Informes periódicos, tras debatirlos con el Estado Parte correspondiente. Como acertadamente se ha señalado, el sistema de informes periódicos es un mecanismo convencional de naturaleza no contenciosa, cuya finalidad es asistir y cooperar con los Estados en la promoción de los derechos humanos. Aunque en un principio su función era básicamente preventiva, desde 2001 ésta ha ido evolucionando a medida que el CDH asumió funciones contradictorias no previstas inicialmente, con el fin de realizar un seguimiento y una evaluación del cumplimiento de las observaciones finales incluidas en sus informes periódicos⁴. En definitiva, la finalidad de este mecanismo de control no es tanto la de condenar a un Estado que incurra en una hipotética vulneración de las obligaciones derivadas del PIDCP, como la de ayudar a los Estados a identificar los posibles fallos en su práctica interna respecto de sus obligaciones derivadas del PIDCP⁵.

Adicionalmente, el CDH también dispone de otras dos vías para controlar el cumplimiento de las disposiciones del PIDCP por los Estados Contratantes. En ambos casos, el CDH realizará su control sobre una base individualizada, ya que siempre se referirá a un Estado Parte concreto y, además, con carácter *ad hoc*, pues estos controles siempre abordarán alegaciones de incumplimiento del PIDCP en asuntos concretos. En contraste con las dos vías ya comentadas, ahora se trata

3 Véase el “Fact sheet” elaborado por el propio CDH en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev1en.pdf>. El texto de estos Comentarios u Observaciones generales puede consultarse en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11.

4 Véanse los documentos relativos al procedimiento de seguimiento y evaluación del cumplimiento de las observaciones finales incluidas en los informes periódicos que están disponibles en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/FollowUp.aspx?Treaty=CCPR&Lang=sp.

5 VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 181; RUILOBA ALVARINO, J.: “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966”, en AA.VV.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (dir. por C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI), 4ª ed., Dilex, Madrid, 2011, pp. 128-129; BOU FRANCH, V.; CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 113 y ss.

de dos vías de control del cumplimiento de las disposiciones del PIDCP *a posteriori* y sin que, en ninguna de las dos, se reconozca automáticamente la competencia del CDH para pronunciarse respecto de la situación individualizada de un Estado Contratante concreto, a menos que dicho Estado, mediante un acto de soberanía, le reconozca previamente competencia para pronunciarse sobre la adecuación o no de su comportamiento al PIDCP.

Cabe recordar, en este sentido, que también es competencia del CDH examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone el PIDCP. Para ello, es necesario que tanto el Estado demandante como el Estado demandado hayan reconocido previamente la competencia del CDH para examinar las comunicaciones interestatales (art. 41)⁶. Conviene destacar que España se encuentra entre los pocos Estados Parte en el PIDCP que han reconocido la competencia del CDH para recibir y examinar comunicaciones interestatales en que se aleguen incumplimientos del PIDCP⁷.

Debe subrayarse en todo caso que, desde su creación, el CDH nunca ha recibido una sola comunicación interestatal. Ello significa tanto que España jamás ha alegado que otro Estado incumpla las obligaciones previstas en las disposiciones del PIDCP, como que ningún otro Estado ha alegado jamás incumplimiento alguno del mismo por parte de España. En consecuencia, por esta vía el CDH jamás ha ejercido su competencia de pronunciarse sobre alegación alguna que afectara a una comunicación estatal en relación con España.

Cabe finalmente destacar que, conforme al art. 1 del PFPIDCP, todo Estado Parte en el PIDCP que llegue a ser Parte en el PFPIDCP reconoce la competencia del CDH para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el PIDCP. También conviene indicar que España se encuentra entre los 116 Estados Parte en el PFPIDCP⁸.

6 En la dirección de Internet https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&cglang=_en puede consultarse el listado de los 50 Estados Parte que han reconocido, en virtud del art. 41 del PIDCP, la competencia del CDH para conocer de las comunicaciones interestatales por incumplimiento del PIDCP.

7 El 25/01/1985 España depositó, ante el Secretario General de la ONU, la Declaración del Gobierno español relativa al art. 41 del PIDCP reconociendo la competencia del CDH para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que España no cumple las obligaciones que le impone el PIDCP por un período de tres años. Publicada en el BOE n.º. 92, de 17/04/1985. España no volvió a renovar esta Declaración hasta el 21/12/1988, fecha en la que la depositó por segunda vez ante el Secretario General de la ONU por un período de validez de cinco años. Esta segunda Declaración española se publicó en el BOE n.º. 91, de 17/04/1989. España volvió a depositar el 11/03/1998 una Nota verbal ante el Secretario General de la ONU, transmitiendo el texto de la tercera Declaración española, que ya no tiene que renovar periódicamente, al haberse formulado con carácter intemporal. Esta tercera Declaración no se publicó inexplicablemente hasta el BOE n.º. 290, de 04/12/2001.

8 El listado de Estados Parte en el PFPIDCP, así como las declaraciones y reservas que formularon pueden consultarse en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-

Estas son las cuatro vías por las que se puede manifestar la jurisprudencia del CDH al interpretar y controlar la aplicación del PIDCP. Debe añadirse que, el 15/12/1989, la Resolución 44/128 de la Asamblea General de la ONU adoptó y abrió a la firma, ratificación y adhesión el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte. Este Segundo Protocolo entró en vigor de forma general y para España el 11/07/1991⁹. Desde entonces, la acción del CDH también se extiende sobre el Segundo Protocolo, en virtud de lo dispuesto en sus arts. 3, 4 y 5.

El objetivo del presente trabajo es el de analizar, por su mayor importancia práctica, cómo el CDH ha resuelto las abundantes comunicaciones individuales presentadas contra España y cuál ha sido su trascendencia jurídica en el Derecho español.

II. LAS COMUNICACIONES INDIVIDUALES PRESENTADAS CONTRA ESPAÑA.

El PFPIDCP está en vigor para España desde el 25/04/1985, lo que permite desde entonces al CDH recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de España y que aleguen ser víctimas de una violación, por España, de cualesquiera de los derechos enunciados en el PIDCP y en el Segundo Protocolo facultativo¹⁰.

Existe una práctica importante del CDH relativa a las comunicaciones individuales presentadas contra España. A fecha de hoy, el CDH ha registrado 123 comunicaciones individuales en las que se alegan incumplimientos del PIDCP por España. Sólo tres asuntos están pendientes de que el CDH emita una decisión de admisión a trámite o de inadmisibilidad. Los demás asuntos están concluidos, ya que en 77 casos el CDH ha adoptado una decisión de inadmisibilidad, a lo que debe añadirse el fin de otros siete asuntos por discontinuidad en la pretensión de incumplimiento por España. En los 36 asuntos en los que el CDH ha emitido un dictamen sobre el fondo, en 23 casos ha constatado un incumplimiento del PIDCP

5&chapter=4&clang=_en. En España, el PFPIDCP se publicó en el BOE n.º. 79, de 02/04/1985, con corrección de errores en el BOE n.º. 107, de 04/05/1985. El PFPIDCP entró en vigor de forma general el 23/03/1976 y, para España, el 25/04/1985.

9 Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/128>. Publicado en el BOE n.º. 164, de 10/07/1991. Actualmente, el Segundo Protocolo tiene 85 Estados Parte (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4&clang=_en).

10 LÓPEZ MARTÍN, A. G.: "La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos: ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?", *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 5, 2004, pp. 225-260. De la misma autora, véase también LÓPEZ MARTÍN, A. G.: "Los requisitos de admisibilidad de las reclamaciones individuales por violación de derechos humanos. Examen comparativo del sistema del Consejo de Europa y del sistema de Naciones Unidas", en AA.VV.: *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dir. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), vol. I, Escuela Diplomática, Madrid, 2009, pp. 173-184.

por parte de España y, en los 13 asuntos restantes, no ha constatado violación alguna del PIDCP por parte de España¹¹. La última comunicación individual que se ha registrado de la que se tiene noticia al redactar este trabajo es la presentada por el Sr. *Carles Puigdemont*, representado por su abogado Sr. *Benn Emerson*, el 2 de marzo de 2018. Según su abogado, el Reino de España habría incumplido hasta tres artículos del PIDCP. En concreto, se trataría del art. 19 que, según *Emmerson*, protege el derecho a la expresión política pacífica a favor de la independencia de cualquier territorio; el art. 21, que reconoce el derecho de reunión pacífica y prohíbe imponer restricciones al ejercicio de este derecho en interés de la seguridad nacional; y el art. 25, que otorga derecho a todos los ciudadanos de un país a presentarse para ocupar cargos públicos¹².

Las comunicaciones individuales se encuentran reguladas en el PFPIDCP, así como en la Parte XVII del actual Reglamento del CDH (arts. 84-104)¹³. Conforme a los mismos, el procedimiento para el examen de las comunicaciones individuales recibidas se inicia en cuanto el Secretario General de la ONU recibe una comunicación individual sobre una presunta violación del PIDCP, que la transmitirá inmediatamente a la atención del CDH. Para favorecer la buena presentación de las comunicaciones individuales, por una parte, el CDH ha preparado un “formulario modelo de denuncias”, disponible en su página Web, y, por otra parte, el Secretario General tiene la posibilidad de pedir al autor de una comunicación aclaraciones sobre la misma¹⁴.

Con una redacción eminentemente exhortativa, el art. 92 del Reglamento del CDH dispone que: “El CDH podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado Parte interesado, informar a ese Estado de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el CDH informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación”.

11 Véase la Web del CDH en la dirección de Internet: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx> y, en ella, el enlace a “Encuesta estadística sobre las denuncias de particulares”. En la misma Web se puede encontrar el enlace a la “Base de datos de la jurisprudencia” (<http://juris.ohchr.org/es/Home/Index>), que permite localizar el texto de cualquier decisión o dictamen del CDH. Véase BJÖRN, A.: “Observaciones sobre la práctica de España ante los mecanismos de información de Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en AA.VV.: *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dir. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), vol. 2, Escuela Diplomática, Madrid, 2009, pp. 215-234.

12 Véase https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Puigdemont-Espana-ONU-derechos-politicos_0_745775613.html (02/03/2018).

13 NU. Doc. CCPR/C/3/Rev.8 (22/09/2005): *Reglamento del CDH*, 27 págs. (disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f3%2fRev.8&Lang=en).

14 En concreto, sobre los puntos siguientes: “a) Nombre, dirección, edad y ocupación del autor y prueba de su identidad; b) Nombre del Estado Parte contra el que se dirige la comunicación; c) Objeto de la comunicación; d) Disposición o disposiciones del PIDCP cuya violación se alega; e) Hechos en que se basa la reclamación; f) Medidas adoptadas por el autor para agotar todos los recursos de la jurisdicción interna; y g) Grado en que el mismo asunto está sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales” (art. 86.I del Reglamento).

Disposición que el CDH interpreta de manera muy amplia. En el asunto del Sr. *Jordi Sánchez i Picanyol*, después de que el Tribunal Supremo (en adelante, TS) y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) le denegaran la excarcelación, el exlíder de la Asamblea Nacional Catalana, número dos de *Junts per Catalunya* y excandidato a la presidencia de la Generalidad Catalana, denunció a España ante el CDH por incumplimiento del art. 25 del PIDCP, al no dejarle el poder judicial someterse a un debate de investidura mientras se encuentre en la prisión de Soto del Real. El 24/03/2018, conforme al art. 97 del Reglamento, el CDH transmitió a España una copia de la comunicación individual, para que presente observaciones sobre la admisibilidad y sobre el fondo en un plazo de seis meses. En el mismo escrito, y conforme al art. 92 del Reglamento, el CDH requirió a España que adopte todas las medidas necesarias (sin especificar ninguna) para asegurar que el Sr. *Jordi Sánchez i Picanyol* pueda ejercer sus derechos políticos en cumplimiento del art. 25 del PIDCP¹⁵. Aunque es cierto que el escrito afirma que el requerimiento de medidas provisionales no implica que se haya adoptado ninguna decisión sobre el fondo del asunto, en realidad debería haber especificado que tampoco implica la adopción de ninguna decisión sobre la admisibilidad a trámite de este asunto, ya que para ello dio un plazo de seis meses a España para presentar observaciones¹⁶.

III. LAS DECISIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS COMUNICACIONES INDIVIDUALES PRESENTADAS CONTRA ESPAÑA.

El procedimiento a seguir ante el CDH con el tiempo se ha convertido en un procedimiento trifásico. La primera fase es el procedimiento para determinar lo antes posible si la comunicación individual es, o no, admisible con arreglo al PFPIDCP. Tan pronto como el CDH reciba del Secretario General de la ONU una comunicación individual, el propio CDH, un grupo de trabajo o un relator especial pedirá al Estado Parte interesado que presente por escrito una respuesta a la misma. Dentro del plazo de seis meses, el Estado Parte interesado deberá presentar por escrito al CDH explicaciones o declaraciones relativas a la admisibilidad y el fondo de la comunicación, así como a toda medida correctiva que se haya adoptado en relación con el asunto, a menos que el CDH, un grupo

15 Véase <http://m.publico.es/politica/2037297/la-onu-pide-al-gobierno-que-garantice-los-derechos-politicos-de-jordi-sanchez> (24/03/2018). Por su parte, el Gobierno español respondió en un comunicado explicando que *Jordi Sánchez*, pese a estar en prisión preventiva acusado de un presunto delito de rebelión, “ha podido presentarse a las elecciones autonómicas, ha obtenido un escaño como diputado, y el Juez de Instrucción (en alusión al magistrado del TS *Pablo Llarena*) le ha autorizado a emitir su voto a través de otra persona en los plenos celebrados hasta la fecha” en el Parlament –entre ellos, la fallida sesión de investidura de *Jordi Turull*. “Por lo tanto, los derechos políticos del señor *Sánchez*, con las limitaciones inherentes a su situación de preso preventivo, están siendo garantizados”, agrega. Y, añade: “El derecho a la participación política no es un derecho ilimitado”. Véase: http://www.lavanguardia.com/politica/20180326/441974161103/gobierno-espana-jordi-sanchez-derechos-politicos-onu.html?utm_campaign=botones_sociales&utm_source=whatsapp&utm_medium=social (26/03/2018)

16 En el comunicado apenas citado, el Gobierno de España no dejó de subrayar que: “El CDH sólo ha tenido conocimiento de las alegaciones del señor *Jordi Sánchez*, sin haberlas contrastado con las alegaciones del Reino de España, que formulará en tiempo y forma”.

de trabajo que se haya establecido o el relator especial que se haya designado, a causa del carácter excepcional del caso, haya decidido solicitar una respuesta por escrito que se refiera únicamente a la cuestión de la admisibilidad.

El CDH deberá adoptar una decisión, lo antes posible y de conformidad con los artículos de su Reglamento, acerca de si la comunicación es admisible con arreglo al PFPIDCP (arts. 93.I y 96 del Reglamento). Si el CDH decide que una comunicación es inadmisble en virtud del PFPIDCP, comunicará su decisión lo antes posible, por conducto del Secretario General, al autor o autora de la comunicación y al Estado Parte interesado. Si el CDH declara que la comunicación individual es admisible, sólo entonces pasará a la segunda fase del procedimiento ante el CDH: el procedimiento para el examen sustantivo de las comunicaciones o procedimiento sobre el fondo. Es relativamente frecuente que el autor o autora de la comunicación individual formule alegaciones sobre diversos incumplimientos por España del PIDCP y que el CDH declare inadmisibles algunas de estas alegaciones, mientras que a otras pretensiones las considere admisibles. En este supuesto, el procedimiento sobre el fondo se centrará en el examen sustantivo únicamente de las alegaciones declaradas admisibles en el Dictamen del CDH¹⁷.

I. Decisiones de inadmisibilidad basadas en el art. I del Protocolo Facultativo.

El CDH ha considerado inadmisibles varias comunicaciones individuales presentadas contra España basándose en el art. I del PFPIDCP, es decir, por no tratarse de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado, de algún derecho enunciado en el PIDCP. Así, el CDH dictaminó que era inadmisble una comunicación individual, en atención a que el PFPIDCP “no se puede aplicar con carácter retroactivo y considera que, *ratione temporis*, no puede examinar hechos que, según se afirma, ocurrieron en marzo de 1984”, mientras que España es Parte en el PFPIDCP desde el 25/04/1985¹⁸. El CDH consideró inadmisble *ratione materiae* con el art. I del PFPIDCP una comunicación individual contra España, al “considerar que una sanción por falta de cooperación con la administración”, por negarse a identificar al propietario del vehículo denunciado por la comisión de una infracción de tráfico, “no tiene cabida dentro del ámbito de aplicación (...) del PIDCP. Consecuentemente, la comunicación se tiene por inadmisble en virtud del art.

17 Por ejemplo, en el Dictamen del CDH (en adelante, DtCDH) 21 julio 2014 (Com. 2008/2010, *Aarrass c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/111/D/2008/2010, párs. 9.I a 9.10, el autor de la comunicación sostuvo que su extradición a Marruecos por España fue contraria a los derechos que le reconocen los arts. 2, pár. 3; 7; 9, párs. 1, 2 y 3; 10; 14, párs. 3.a) y 7; 23; y 26 del PIDCP. En el examen de admisibilidad, el CDH declaró admisibles la alegación basada en el art. 7 y una de las dos alegaciones basadas en el art. 9, párs. 1 y 3 del PIDCP, de las que entró a conocer sobre el fondo. Todas las demás alegaciones, las consideró inadmisibles y ahí terminó su examen.

18 Decisión del CDH (en adelante, DsCDH) 11 abril 1991 (Com. 656/1995, *M. T. c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/41/D/310/1988, párs. 5.2 y 5.4.

I del PFPIDCP”¹⁹. También el CDH ha declarado inadmisibles *ratione personae*, por carecer de *ius standi* activo, diversos asuntos presentados contra España. Así, el CDH consideró que: “la autora pretende actuar en favor del señor *Ramón Sampedro Cameán*, quien, de acuerdo con ella, fue la víctima de una violación del PIDCP, debido a que las autoridades del Estado Parte rechazaron permitirle asistencia en su suicidio, no ofreciendo al médico que pudiera asistirlo protección contra cualquier persecución penal. El CDH considera que la queja presentada en favor del señor *Ramón Sampedro Cameán*, perdió actualidad antes de que la queja de la autora le fuera sometida, debido a su decisión de suicidarse el 12/01/1988, contando con asistencia de otros, y a la decisión de las autoridades de no continuar con el juicio penal en contra de los involucrados. En consecuencia, el CDH considera que en el momento en que la comunicación referente a *Ramón Sampedro Cameán* fue sometida, el 28/03/2001, éste no podía ser considerado víctima de alguna violación de sus derechos contemplados en el PIDCP, en el sentido del art. I del PFPIDCP. Por consiguiente, sus alegaciones son inadmisibles de conformidad con esta disposición”²⁰.

De la misma manera, el CDH declaró inadmisible *ratione personae*, por carecer de *ius standi* pasivo, una comunicación individual planteada contra España, toda vez que consideró que la presunta violación del PIDCP sería imputable a Italia y no a España²¹.

2. Decisiones de inadmisibilidad basadas en los arts. 2 y 5.2.b) del Protocolo Facultativo.

El CDH también ha considerado inadmisibles varias comunicaciones individuales presentadas contra España, basándose en el art. 2 del PFPIDCP, que afirma que todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el PIDCP y que haya agotado todos los recursos

19 DsCDH 18 octubre 1999 (Com. 777/1997, *Sánchez López c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/67/D/777/1997, pár. 6.4.

20 DsCDH 30 marzo 2004 (Com. 1024/2001, *Sanlés Sanlés c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/80/D/1024/2001, pár. 6.2. También mediante DsCDH 1 abril 2008 (Com. 1745/2007, *Mazón Costa c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1745/2007, pár. 3.3, declaró inadmisible esta Comunicación por entender que el autor carecía de la condición de víctima. En la DsCDH 25 julio 2005 (Com. *Calvet Ráfols c. España*), publicada en: NU. Doc. CCPR/C/84/D/1333/2004, pár. 6.5, el CDH afirmó que: “no le corresponde examinar *in abstracto* la compatibilidad del art. 227 del Código Penal con el art. II del PIDCP. La queja del autor a este efecto constituye una *actio popularis* y, en consecuencia, el CDH la declara inadmisible de acuerdo con el art. I del PFPIDCP”.

21 En la DsCDH 20 marzo 2007 (Com. 1359/2005, *Espósito c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/89/D/1359/2005, pár. 7.5, se lee: “El CDH toma nota sin embargo de las alegaciones del Estado Parte en el sentido que las supuestas violaciones a que alude el autor serían imputables principalmente a Italia y no a España (...) Si una persona es objeto de extradición de manera legal, el Estado Parte interesado no tendrá, en general, responsabilidad alguna conforme al PIDCP por cualesquiera violaciones de los derechos de dicha persona que puedan ocurrir más adelante bajo la otra jurisdicción, no siendo en ningún caso exigible que un Estado Parte garantice los derechos de las personas en otra jurisdicción (...). En consecuencia, el CDH considera que la comunicación es inadmisible en relación con los arts. 7 y 10, de conformidad con el art. I del PFPIDCP”.

internos disponibles podrá someter a su consideración una comunicación escrita. La regla del agotamiento previo de todos los recursos internos como causa de inadmisibilidad de las comunicaciones individuales también está reflejada en el art. 5.2.b) del PFPIDCP.

El CDH ha declarado inadmisibles, basándose en el art. 2 del PFPIDCP, varias comunicaciones individuales presentadas contra España, en casos en los que su autor o autora discutió que la decisión de un tribunal interno español, denegándole la admisión a trámite de algún recurso jurídico por estimar dicho tribunal que no se cumplían las condiciones legales para su válida interposición, constituía una denegación de justicia. Así, el CDH llegó a afirmar que: “Con respecto a la presunta violación del art. 14. 1 y 3.d), el CDH recuerda su reiterada jurisprudencia de que no es competente para reevaluar cuestiones de hecho o la aplicación de la legislación interna, salvo que se pueda determinar que las decisiones ante los tribunales internos fueron arbitrarias o constituyeron una denegación de justicia. El CDH considera que el autor no ha logrado demostrar, a los efectos de la admisibilidad, que la conducta de los tribunales del Estado Parte fuera arbitraria o constituyera una denegación de justicia, y por consiguiente declara inadmisibles ambas quejas de conformidad con el art. 2 del PFPIDCP”²².

El CDH también ha declarado, en virtud del art. 2 del PFPIDCP, inadmisibles varias comunicaciones individuales presentadas contra España, en cuyos asuntos concluyó que el no agotamiento de los recursos internos no era imputable al Estado español, sino a retrasos del procurador al comunicar a su cliente una sentencia²³ o a incomparecencias de su abogado²⁴. No obstante, el CDH ha sido sensible a las alegaciones del autor de una comunicación individual contra España, relacionadas con pretendidas irregularidades en la designación de su abogado y procurador de oficio y en la notificación de la sentencia del TS, motivo por el que no habría podido cumplir con el plazo legalmente establecido para recurrir esa sentencia en amparo. El CDH no dejó de observar que el Estado español no había contestado a esas pretendidas irregularidades, limitándose a señalar la falta de responsabilidad estatal respecto de estas cuestiones. Ante esta actitud, el CDH consideró que el Estado español tiene la obligación de asegurar a toda persona

22 DsCDH 25 julio 2005 (Com. 1399/2005, *Cuartero Casado c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/84/D/1399/2005, pár. 4.3. Entre otras varias, véanse las DsCDH 30 octubre 1995 (Com. 656/1995, *V.E.M. c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/55/D/656/1995, pár. 4.3; 29 julio 1997 (Com. 698/1996, *Bonelo Sánchez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/60/D/698/1996, pár. 4.2; 29 julio 1997 (Com. 758/1997, *Gómez Navarro c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/60/D/758/1997, párs. 3.3 y 4.2; 24 julio 2007 (Com. 1391/2005, *Rodrigo Alonso c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/90/D/1391/2005, pár. 6.2; 1 abril 2008 (Com. 1528/2006, *Fernández Murcia c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1528/2006, pár. 4.3; etc.

23 DsCDH 28 octubre 2005 (Com. 1059/2002, *Carvallo Villar c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/85/D/1059/2002, párs. 9.2 y 9.4.

24 DsCDH 29 marzo 2005 (Com. 1092/2002, *Guillén Martínez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/83/D/1092/2002, pár. 6.4.

acusada de un delito el derecho a la defensa y al recurso y lamentó que España no hubiera ofrecido una explicación razonable sobre las citadas irregularidades procesales. En consecuencia, el CDH consideró que los recursos internos habían sido agotados respecto a esa parte de la comunicación individual²⁵. Por otro lado, en varios casos, también en virtud del art. 2 del PFPIDCP, el CDH ha declarado inadmisibles las alegaciones de discriminación a los no licenciados en Derecho por exigírseles procurador y no permitir auto-representarse en la tramitación del recurso de amparo ante el TC²⁶.

El CDH también ha declarado inadmisibles por el art. 2 del PFPIDCP varias comunicaciones individuales contra España en las que se alegaba un incumplimiento del art. 14.5 del PIDCP por no existir la llamada “doble instancia penal”, cuando, en el caso concreto, el CDH comprobó que, en el recurso de casación, el TS español sí había procedido a la revisión de la prueba efectuada en primera instancia²⁷; o

25 DsCDH 24 julio 2007 (Com. 1386/2005, *Roussev Gueorguiev c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/90/D/1386/2005, pár. 6.3.

26 DtCDH 30 octubre 2003 (Com. 1006/2001, *Martínez Muñoz c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/79/D/1006/2001, pár. 6.4: “El autor alega también una violación del art. 14.1 del PIDCP, argumentando que al no permitírsele prescindir de procurador y auto-representarse ante el TC, se le colocó en situación de desigualdad frente a quienes son licenciados en Derecho, la cual no se justifica. A este respecto, el CDH recuerda su reiterada posición en el sentido de que la exigencia de un procurador obedece a la necesidad de que una persona con conocimientos de Derecho se haga cargo de la tramitación del recurso ante ese tribunal. El CDH considera en consecuencia, que las alegaciones del autor no han sido debidamente fundamentadas a efectos de la admisibilidad. Por consiguiente, esta parte de la denuncia se considera inadmisibile de conformidad con el art. 2 del PFPIDCP”. En el mismo sentido, véanse DsCDH 16 julio 2001 (Com. 866/1999, *Torregrosa Lafuente y otros c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/72/D/866/1999, pár. 6.3; DtCDH 22 octubre 2001 (Com. 865/1999, *Marín Gómez c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/73/D/865/1999, pár. 8.4; DsCDH 22 marzo 2002 (Com. 1005/2001, *Sánchez González c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/74/D/1005/2001, pár. 4.3; etc.

27 Por ejemplo, en la DsCDH 1 abril 2008 (Com. 1375/2005, *Subeiro Vesti c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1375/2005, pár. 6.4, se lee: “Con respecto a la presunta violación del art. 14.5 del PIDCP, del fallo del TS se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de todas las pruebas hecha por el Juzgado de Primera Instancia. A este respecto, el TS consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados tipos de delitos, como la agresión sexual. Así pues, la queja relativa al art. 14.5 no se ha fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad, y el CDH concluye que es inadmisibile con arreglo al art. 2 del PFPIDCP”. Véase, también, el DtCDH 31 octubre 2006 (Com. 1325/2004, *Conde Conde c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/88/D/1325/2004, pár. 6.4. En el mismo sentido se ha pronunciado el CDH, entre otras, en las DsCDH 25 julio 2005 (Com. 1389/2005, *Bertelli Gálvez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/84/D/1389/2005, pár. 4.5; 25 julio 2005 (Com. 1399/2005, *Cuartero Casado c. España*), cit., pár. 4.4; 28 octubre 2005 (Com. 1059/2002, *Carvallo Villar c. España*), cit., pár. 9.5; de 25 julio 2006 (Com. 1441/2005, *García González c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/87/D/1441/2005, pár. 4.3; 31 octubre 2006 (Com. 1098/2020, *Guardiola Martínez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/88/D/1098/2002, párs. 6.5 y 6.8; 24 julio 2007 (Com. 1370/2005, *González Roche y Muñoz Hernández c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/90/D/1370/2005, pár. 6.6; 24 julio 2007 (Com. 1386/2005, *Roussev Gueorguiev c. España*), cit., pár. 6.6; 24 julio 2007 (Com. 1391/2005, *Rodrigo Alonso c. España*), cit., pár. 6.6; 25 julio 2006 (Com. 1293/2004, *De Dios Prieto c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/87/D/1293/2004, pár. 6.4; 30 octubre 2008 (Com. 1489/2006, *Rodríguez Rodríguez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/94/D/1489/2006, pár. 6.4; 30 octubre 2008 (Com. 1490/2006, *Pindado Martínez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/94/D/1490/2006, pár. 6.5; 27 octubre 2009 (Com. 1555/2007, *Suils Ramonet c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/97/D/1555/2007, pár. 6.4; 26 julio 2011 (Com. 1617/2007, *L.G.M. c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/102/D/1617/2007, pár. 6.5; 29 octubre 2012 (Com. 1892/2009, *J.J.U.B. c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/106/D/1892/2009, pár. 7.5; etc. Resulta criticable que, en el DtCDH 3 abril 2008 (Com. 1360/2005, *Oubiña Piñeiro c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1360/2005, pár. 11.2, esta misma argumentación apareciera en el dictamen del CDH sobre el fondo de la comunicación y no en la decisión sobre su admisibilidad.

bien en apelación se había revisado la actuación del Juzgado de Primera Instancia, ya fuera por la Audiencia Provincial (en adelante, AP)²⁸ o por la Audiencia Nacional (en adelante, AN)²⁹.

Por su parte, cuando del expediente del caso concreto se deduce, de manera clara y no contestada, que el autor o autora de la comunicación individual contra España no agotó los recursos internos, el CDH siempre ha declarado inadmisibles estas comunicaciones en virtud del art. 5.2.b) del PFPIDCP (y no de su art. 2)³⁰. Al contrario, el CDH ha declarado que el autor de la comunicación individual sí cumplió con lo dispuesto en el art. 5.2.b) del PFPIDCP cuando, del expediente del caso concreto, se deduce que los recursos que el Estado Parte alega no haber sido agotados fueron en realidad intentados, existiendo decisiones judiciales al respecto³¹.

El CDH ha tenido incluso que advertir al autor de la comunicación individual contra España el hecho de que no denunció las violaciones del PIDCP en las vías internas y le recordó que "si bien los denunciantes no están obligados a citar específicamente las disposiciones del PIDCP que consideran violadas, deben invocar en cuanto al fondo, ante las jurisdicciones nacionales, los motivos que luego presenten al CDH". Al no haber invocado estas quejas ante los tribunales nacionales, el CDH declaró inadmisibles estas alegaciones de conformidad con el art. 5.2.b) del PFPIDCP³². Incluso el CDH ha tenido que recordar su jurisprudencia relativa a que las meras dudas acerca de la efectividad de los recursos judiciales o la perspectiva de tener que afrontar gastos elevados al optar por esos recursos no exime al demandante de su obligación de tratar de agotarlos³³.

En varias ocasiones, España se defendió con la alegación de inadmisibilidad, argumentada sobre la base del art. 5.2.b) del PFPIDCP, aduciendo que no se habían agotado los recursos internos por no haberse interpuesto, en el asunto concreto

28 Por ejemplo, DsCDH 23 julio 2001 (Com. 905/2002, *Asensio López c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/72/D/905/2000, pár. 5.4; 28 octubre 2005 (Com. 1323/2004, *Lozano Aráez y otros c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/85/D/1323/2004, pár. 4.3; 27 marzo 2006 (Com. 1102/2002, *Johnson c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/86/D/1102/2002, pár. 6.6; etc.

29 Por ejemplo, DsCDH 16 julio 2001 (Com. 866/1999, *Torregrosa Lafuente y otros c. España*), cit., pár. 6.2; DtCDH 30 octubre 2003 (Com. 1006/2001, *Martínez Muñoz c. España*), cit., pár. 6.5; etc.

30 Entre otras, las DsCDH 16 julio 2001 (Com. 866/1999, *Torregrosa Lafuente y otros c. España*), cit., pár. 6.3; 26 agosto 2005 (Com. 1095/2002, *Gomariz Valera c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/84/D/1095/2002, pár. 6.3; 28 octubre 2005 (Com. 1059/2002, *Carvallo Villar c. España*), cit., pár. 9.3; 25 julio 2006 (Com. 1293/2004, *De Dios Prieto c. España*), cit., pár. 6.5; 31 octubre 2006 (Com. 1098/2002, *Guardiola Martínez c. España*), cit., pár. 6.3; 24 julio 2007 (Com. 1370/2005, *González Roche y Muñoz Hernández c. España*), cit., párs. 6.3 y 6.4; etc. Véase también DtCDH 21 julio 2014 (Com. 2008/2010, *Aarrass c. España*), cit., pár. 9.7; etc.

31 DsCDH 25 julio 2006 (Com. 1093/2002, *Rodríguez Álvarez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/87/D/1093/2002, pár. 10.3.

32 DsCDH 7 agosto 2003 (Com. 956/2000, *Piscioneri c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/78/D/956/2000, pár. 6.5.

33 DsCDH 14 julio 2006 (Com. 1374/2005, *Kurbogaj y Kurbogaj c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/87/D/1374/2005, pár. 6.4.

que se discutía, un recurso de amparo ante el TC. En estos casos, el CDH siempre ha recordado su “reiterada jurisprudencia” en el sentido de que, a los fines del art. 5.2.b), del PFPIDCP, “los recursos internos deben ser efectivos”, es decir, que sólo corresponde agotar aquellos recursos que tengan una posibilidad razonable de prosperar y, además, deben “estar a disposición del autor. En lo que respecta al argumento del Estado español de que el autor debió recurrir en amparo al TC, el CDH observó que el TC había rechazado reiteradamente recursos de amparo similares”. El CDH consideró que, en las circunstancias del caso, un recurso que no puede prosperar no puede contar y no tiene que agotarse a los fines del PFPIDCP. El CDH ha determinado, en consecuencia, que el art. 5.2.b) no impide el examen de las comunicaciones individuales de este tipo³⁴. En otro caso, el CDH también estimó que los recursos internos habían sido agotados, pese a la observación en contra del Estado español que adujo que “no se ha planteado queja por falta de recurso ante el TS ni ante el TC”, al estimar el CDH “que el Estado Parte no proporciona suficiente información sobre el tipo de recursos a que se refiere ni sobre la efectividad de los mismos”³⁵.

En cuanto a la excepción, expresamente prevista en el art. 5.2.b) del PFPIDCP a la regla del agotamiento previo de los recursos internos, consistente en la prolongación injustificada del juicio, el CDH ha recordado varias veces a España su “jurisprudencia reiterada” en el sentido de que, cuando el juicio se ha prolongado indebidamente, sin explicación satisfactoria del Estado Parte, se consideran agotados los recursos internos, aun cuando pudiere existir la posibilidad de recurrir por vía administrativa para obtener una indemnización. Éste pudiera ser el caso del “recurso administrativo contemplado en la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Esta ley en su Título V, establece las condiciones para que quien se considere perjudicado por una dilación indebida del juicio, que en el Estado Parte se considera funcionamiento anormal de la Administración de justicia, pueda obtener una indemnización a cargo del Estado”³⁶.

34 DtCDH 11 agosto 2000 (Com. 701/1996, *Gómez Vázquez c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996, pár. 6.2; 1 noviembre 2004 (Com. 1101/2002, *Alba Cabriada c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/82/D/1101/2002, párs. 6.4 y 6.5; 31 octubre 2006 (Com. 1325/2004, *Conde Conde c. España*), cit., pár. 6.4. Véanse, en el mismo sentido, las DsCDH 30 marzo 2004 (Com. 1008/2001, *Hoyos Martínez de Irujo c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/80/D/1008/2001, pár. 6.3; 30 marzo 2004 (Com. 1019/2001, *Carrión Barcaiztegui c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/80/D/1019/2001, pár. 6.4; 26 agosto 2005 (Com. 1095/2002, *Gomariz Valera c. España*), cit. pár. 6.4; 25 julio 2006 (Com. 1293/2004, *De Dios Prieto c. España*), cit., pár. 6.3; 24 julio 2007 (Com. 1386/2005, *Roussev Gueorguiev c. España*), cit., pár. 6.3; 24 julio 2007 (Com. 1391/2005, *Rodrigo Alonso c. España*), cit., pár. 6.5; 27 octubre 2009 (Com. 1555/2007, *Suils Ramonet c. España*), cit., pár. 6.3; 26 julio 2011 (Com. 1617/2007, *L.G.M. c. España*), cit., pár. 6.3; 29 octubre 2012 (Com. 1892/2009, *J.J.U.B. c. España*), cit., pár. 7.3; etc.

35 DsCDH 1 abril 2008 (Com. 1375/2005, *Subeiro Vesti c. España*), cit., pár. 6.3.

36 DtCDH 31 octubre 2002 (Com. 864/1999, *Ruiz Agudo c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999, pár. 6.2: “En estas circunstancias, el CDH tuvo en cuenta que en el caso en cuestión el procedimiento se inició en 1983 y que no se dictó ninguna sentencia hasta 1994, y que el Estado Parte no sustentó en su comunicación el porqué de dicha demora. El CDH llegó a la conclusión de que, dadas las circunstancias, los recursos internos no habían prolongado injustificadamente a los efectos del art. 5.2.b) del PFPIDCP y, por consiguiente, esa disposición no le impedía examinar el fondo de la presente comunicación”. En su DtCDH 30 octubre 2003 (Com. 1006/2001, *Martínez Muñoz c. España*), cit., pár.

3. Decisiones de inadmisibilidad basadas en el art. 3 del Protocolo Facultativo.

El art. 3 del PFPIDCP permite al CDH considerar inadmisibile cualquier comunicación individual que se presente que sea anónima, que a su juicio constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o que sea incompatible con las disposiciones del PIDCP. En la práctica, el CDH no ha tenido que declarar inadmisibile por anónima ninguna comunicación individual presentada contra España.

Respecto del abuso del derecho a presentar comunicaciones individuales, el CDH lo ha tenido en cuenta sólo dos veces para declarar inadmisibile una comunicación individual presentada contra España en virtud del art. 3 del PFPIDCP. En el asunto *Pacual Estevill*, el CDH consideró que la alegación de que se había violado su derecho a la doble instancia penal (art. 14.5 del PIDCP) constituía un abuso de derecho. El CDH no dejó de subrayar que el autor hubiera tenido derecho de apelación si hubiera sido juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sin embargo, fue el propio autor quien insistió en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el TS. Teniendo en cuenta que el autor era un ex juez de gran experiencia, el CDH consideró que, insistiendo en ser juzgado en única instancia por el TS, había renunciado a su derecho de apelar³⁷. Por su parte, en el asunto *Conde Conde*, el CDH observó que el autor había presentado anteriormente una comunicación por los mismos hechos descritos, que fue examinada por el CDH el 31/10/2006. Observó además que el autor no había presentado ningún hecho nuevo que hubiera ocurrido desde esa fecha, ni había explicado por qué no planteó la nueva reclamación al presentar su comunicación inicial. En esas circunstancias, el CDH consideró que la segunda comunicación del autor constituía un abuso del derecho a presentar comunicaciones y la declaró inadmisibile en virtud del art. 3 del PFPIDCP³⁸.

Ha sido más frecuente que el CDH no apreciara, a su juicio, la existencia de un abuso del derecho a presentar comunicaciones individuales cuando el Estado español había solicitado que las mismas se declarasen inadmisibles por esta causa

6.6, el CDH sostuvo que: "En el caso presente, los hechos ocurrieron el 21/09/1990, el mismo día el autor fue detenido y liberado dos días después, la acusación fue presentada en 1992; la vista oral se realizó el 14/06/1995, el fallo de tribunal de primera instancia fue pronunciado el 16/06/1995 y el fallo de la AP de Murcia fue pronunciado el 20/11/1995. Los recursos judiciales interpuestos por el autor fueron desestimados en las dos instancias del proceso y finalmente el TC desestimó su queja por dilación indebida el 05/03/1997. Teniendo en cuenta esta demora, la naturaleza de la falta cometida y la ausencia de elementos que hubieran podido dificultar la investigación y el juicio, así como la ausencia de explicaciones del Estado parte acerca de la demora de los trámites judiciales, el CDH considera que la comunicación es admisible con respecto a una posible violación del art. 14.3.c) del PIDCP". Véase igualmente el DtCDH 15 julio 1994 (Com. 417/1990, *Balaguer Santacana y Balaguer Montalvo c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/51/D/417/1990, pár. 6.3; etc.

37 DsCDH 25 marzo 2003 (Com. 1004/2001, *Pacual Estevill c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/77/D/1004/2001, pár. 6.2.

38 DsCDH 1 abril 2008 (Com. 1527/2006, *Conde Conde c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1527/2006, pár. 4.2.

en virtud del art. 3 del PFPIDCP. El Estado español argumentó la existencia de esta causa de inadmisibilidad en el gran período de tiempo transcurrido (incluso una dilación de más de seis años y medio) desde la fecha de la STS hasta la presentación de la comunicación individual ante el CDH. El CDH se limitó a observar que el PFPIDCP no dispone ningún plazo para presentar comunicaciones y que el sólo lapso transcurrido antes de hacerlo, salvo casos excepcionales, no supone de por sí un abuso del derecho a presentarlas³⁹. En consecuencia, el CDH no estimó esta causa de admisibilidad⁴⁰. Aunque en ocasiones el CDH ha intentado justificar esta conclusión⁴¹, no siempre lo ha conseguido⁴².

Mucho más frecuente en la práctica ha sido que el CDH afirmara la causa de inadmisibilidad de comunicaciones individuales, también prevista en el art. 3 del PFPIDCP, consistente en que las alegaciones de la comunicación individual presentada contra España son incompatibles con las disposiciones del PIDCP. Así, ante la alegación del autor de una comunicación individual presentada contra España de ser víctima de una violación del art. 25 del PIDCP, porque la monarquía española no está sujeta a elecciones libres y públicas y, en consecuencia, como ciudadano español, su derecho a votar y a ser elegido Rey de España resultaba vulnerado, el CDH tuvo que recordar que: “el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, enunciado en el art. 25.a) del PIDCP se refiere al ejercicio del poder político⁴³. Sin embargo, este artículo no impone ninguna estructura ni un modelo político específico. El CDH señala, en particular, que una monarquía constitucional

39 Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que a las Comunicaciones individuales recibidas por el CDH a partir del 01/01/2012, se les aplica la modificación del art. 99, c) del Reglamento del CDH, en el que se afirma que: “En principio, la demora en presentar una comunicación no puede invocarse como base de una decisión de inadmisibilidad *ratione temporis* fundada en el abuso del derecho a presentar comunicaciones. No obstante, podrá constituir abuso de ese derecho la presentación de una comunicación cinco años después del agotamiento de los recursos internos por su autor o, en su caso, tres años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada habida cuenta de todas las circunstancias de la comunicación”.

40 DtCDH I noviembre 2004 (Com. 1101/2002, *Alba Cabriada c. España*), cit., pág. 6.3; DsCDH 31 octubre 2006 (Com. 1305/2004, *Villamón c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/88/D/1305/2004, pág. 6.4; etc.

41 En la DsCDH 20 marzo 2007 (Com. 1359/2005, *Espósito c. España*), cit., pág. 7.3, se lee: “Si bien en otras circunstancias el CDH podría esperar una explicación razonable de parte del autor para justificar este retraso sustantivo en la presentación de su comunicación, en las circunstancias del presente caso y teniendo en cuenta, en particular, el régimen de casi total incomunicación que afectaría al autor desde su ingreso en prisión, el CDH considera que el mero transcurso de siete años desde su deportación no es en sí un motivo suficiente para sostener la existencia de un abuso del derecho a presentar comunicaciones”.

42 En el DtCDH 27 julio 2009 (Com. 1493/2006, *Lecraft c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/96/D/1493/2006, pág. 6.3, se lee: “el CDH tomó nota de las dificultades de la autora para encontrar asistencia jurídica gratuita y no considera que la demora señalada (de seis años desde la fecha de la sentencia en amparo del TC) constituya tal abuso de derecho”. No obstante, en el Voto particular disidente de los miembros del CDH, Sr. *Krister Thelin* y Sr. *Lazhari Bouzid* se lee que: “En el presente caso la autora ha dejado transcurrir casi seis años antes de presentar su denuncia. Su afirmación de que tuvo dificultad para conseguir asistencia jurídica gratuita no constituye, atendidos todos los hechos del caso, una circunstancia que pueda justificar este retraso indebido. En consecuencia, debe considerarse que la comunicación tardía constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones y, por consiguiente, es inadmisibile de conformidad con el art. 3 del PFPIDCP”.

43 Observación general n.º 25 relativa al art. 25 (La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto), pág. 5.

basada en la separación de poderes en sí no contradice las disposiciones del art. 25 del PIDCP. Si bien el art. 25.a) alude a la elección de representantes, el párrafo b) de la misma disposición, que garantiza el derecho a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, no garantiza el derecho a elegir a un jefe de Estado ni a ser elegido para ese cargo. Por lo tanto, el CDH considera que la reclamación del autor es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del PIDCP y la declara inadmisibile con arreglo a lo dispuesto el art. 3 del PFPIDCP⁴⁴.

4. Decisiones de inadmisibilidad basadas en el art. 5.2.a) del Protocolo Facultativo.

Finalmente, también el CDH ha decidido sobre la inadmisibilidad de un buen número de alegaciones contenidas en comunicaciones individuales presentadas contra España sobre la base del art. 5.2.a) del PFPIDCP, relativa a que el mismo asunto haya sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. En este caso, se ha de recordar que la única reserva que España formuló al adherirse al PFPIDCP consistió en que: “El Gobierno español se adhiere al PFPIDCP, interpretando el art. 5.2 de este Protocolo, en el sentido de que el CDH no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”.

Cabe comenzar señalando que el CDH ha realizado una importante labor de interpretación acerca del contenido de esta disposición que, en sus diferentes idiomas auténticos, tiene diversos significados, así como del alcance real de la reserva formulada por España. El CDH ha constatado que existe una discrepancia en el texto de la versión española del art. 5.2.a) del PFPIDCP y las versiones inglesa y francesa⁴⁵, que va más allá que un mero error de traducción y que pone de manifiesto diferencias substanciales en cuanto al fondo. Esta discrepancia fue discutida por los miembros del CDH en su cuarto período de sesiones en Nueva

44 DsCDH 1 abril 2008 (Com. 1745/2007, *Mazón Costa c. España*), cit., pár. 3.3. El CDH usó esta misma argumentación para declarar inadmisibles cuatro alegaciones formuladas contra España en la DsCDH 7 agosto 2003 (Com. 956/2000, *Piscioneri c. España*), cit., párs. 6.3, 6.4, 6.6 y 6.7. Véanse también las DsCDH 30 marzo 2004 (Com. 1008/2001, *Hoyos Martínez de Irujo c. España*), cit., pár. 6.5; 30 marzo 2004 (Com. 1019/2001, *Carrión Barcaiztegui c. España*), cit., pár. 6.4; 9 julio 2004 (Com. 961/2000, *Everett c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/81/D/961/2000, pár. 6.4; 25 julio 2005 (Com. *Calvet Ràfols c. España*), cit., pár. 6.4; 28 octubre 2005 (Com. 1396/2005, *Rivera Fernández c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/85/D/1396/2005, pár. 6.3; 20 marzo 2007 (Com. 1359/2005, *Espósito c. España*), cit., pár. 7.6; 19 marzo 2010 (Com. 1624/2007, *Seto Martínez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/98/D/1624/2007, párs. 4.3 y 4.4; etc.

45 Art. 5.2.a) “El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales” / “Le Comité n’examinera aucune communication d’un particulier sans s’être assuré que: La même question n’est pas déjà en cours d’examen devant une autre instance internationale d’enquête ou de règlement” / “The Committee shall not consider any communication from an individual unless it has ascertained that: The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement”.

York, el 19/07/1978⁴⁶. Así, y teniendo en cuenta la decisión tomada al respecto en 1978, el CDH ha reiterado que el término “sometido”, en la versión española, debe interpretarse a la luz de las otras versiones, por lo que debe entenderse como que “esté siendo examinado” por otro procedimiento de examen o arreglo internacionales⁴⁷. No obstante, respecto de la reserva formulada por España, el CDH: “Sin embargo, nota que la declaración del Estado Parte en español, al momento de ratificar el PFPIDCP, utiliza la misma terminología que la versión en español del art. 5.2.a) del PFPIDCP. El CDH nota que el Estado Parte tuvo la clara intención de preservar el sentido del texto en español del PFPIDCP y concluye que su declaración, consecuentemente, corresponde a una reserva extendiendo el art. 5.2.a) del PFPIDCP para incluir las comunicaciones cuyas consideraciones hayan sido terminadas bajo otro procedimiento internacional”⁴⁸.

Siempre que España ha invocado como causa de inadmisibilidad de comunicaciones individuales el art. 5.2.a) del PFPIDCP, lo ha hecho en relación con los procedimientos de examen o arreglos internacionales previstos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 04/11/1950), ya fuera por las demandas individuales contra España interpuestas originariamente ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), ya fueran interpuestas posteriormente directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). En todos los casos, el CDH ha realizado una interpretación restrictiva del art. 5.2.a) del PFPIDCP, de manera que no hay automatismo entre la mera

46 NU. Doc. CCPR/C/SR.88 de 24/07/1978. En la discusión, los distintos miembros del CDH expresaron diversas opiniones al respecto. El Sr. Mora Rojas dijo “que en el texto español se niega al CDH la posibilidad de examinar asuntos que ya hayan sido sometidos a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, por lo que, en el fondo, difiere de las versiones en los demás idiomas. (...) El orador abriga dudas acerca de la competencia del CDH para iniciar el procedimiento de corrección *motu proprio* o hacer caso omiso de las contradicciones o errores en las versiones en ciertos idiomas y decidir aplicar el texto inglés”. El Sr. Tomuschat dijo que “Los pactos internacionales no pueden tener significados diferentes para los diferentes Estados Parte”. Sir Vincent Evans señaló que “El que en la versión española se haya conservado un texto que se había enmendado en las demás versiones ha sido evidentemente un error. (...) no puede dejarse de advertir a los Estados de habla española de una cuestión que puede afectar su posición sobre una comunicación determinada o influir en su actitud con respecto a ratificar el PFPIDCP o formular una reserva acerca de su ratificación”. Al final de la sesión, el presidente del CDH señaló que el informe podría reflejar el consenso de que el CDH trabajará sobre la base de los textos inglés, francés y ruso del art. 5.2.a) del PFPIDCP. El Sr. Opsahl puntualizó que el CDH no adoptó ninguna decisión en abstracto acerca de la interpretación del PFPIDCP, ya que eso no entra dentro de su competencia.

47 DsCDH 31 marzo 2004 (Com. 1074/2002, *Ferragut Pallach c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/80/D/1074/2002, pár. 6.2; y DtCDH 30 julio 2003 (Com. 986/2001, *Semey c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/78/D/986/2001, pár. 8.3.

48 Esta doctrina se encuentra sólo en la DsCDH 31 marzo 2004 (Com. 1074/2002, *Ferragut Pallach c. España*), cit., pár. 6.2. Consecuentemente, en este asunto el CDH declaró que “la comunicación debe ser declarada inadmisibile sobre la base del art. 5.2.a) del PFPIDCP, en cuanto modificado por la declaración del Estado Parte”. Sin embargo, distanciándose de esa doctrina y del principio *curia novit iura*, en el DtCDH 30 julio 2003 (Com. 986/2001, *Semey c. España*), cit., pár. 8.4, el CDH “toma nota de que el Estado Parte no invocó la reserva formulada respecto al art. 5.2.a) del PFPIDCP. Por consiguiente, no existe tampoco impedimento en este sentido para que la comunicación sea admitida”. Este pronunciamiento del CDH debe considerarse como anómalo ya que, en todos los asuntos, tanto anteriores como posteriores a éste, en los que España alegó como causa de inadmisibilidad el art. 5.2.a) del PFPIDCP, el CDH siempre recordó la reserva formulada por España.

interposición o solución de un asunto por la CEDH o el TEDH y la apreciación de la causa de inadmisibilidad de las comunicaciones individuales regulada en el art. 5.2.a) del PFPIDCP.

El CDH ha realizado esta interpretación restrictiva del art. 5.2.a) del PFPIDCP acumulando tres doctrinas firmemente establecidas en su jurisprudencia. La primera consiste en que el CDH ha considerado que una demanda no se ha sometido, ni ante la CEDH ni ante el TEDH, cuando, a pesar de que el autor llegara a presentar una denuncia individual ante la CEDH o el TEDH, tal denuncia fue retirada por el autor y dicho retiro fue aceptado por la CEDH o el TEDH, a veces antes incluso de registrar esa denuncia como demanda formal o, incluso después de registrada pero antes de que la CEDH o el TEDH llegaran a examinar el asunto planteado por el autor. En ambos casos, el CDH ha estimado siempre que la denuncia del autor no está siendo considerada ni fue considerada o examinada por la CEDH o el TEDH, concluyendo que estas comunicaciones individuales no son inadmisibles con arreglo al art. 5.2.a) del PFPIDCP y la reserva formulada por España⁴⁹.

La segunda de estas vías se refiere a que, para poder apreciar esta causa de inadmisibilidad, debe tratarse efectivamente del “mismo asunto”. Conforme a la jurisprudencia del CDH, el “mismo asunto debe entenderse como referido al mismo autor, los mismos hechos y los mismos derechos sustantivos”⁵⁰. El CDH ha declarado la inexistencia de esta causa de inadmisibilidad respecto de todas las comunicaciones individuales presentadas ante el CDH cuando su autor⁵¹, los hechos⁵² o los derechos sustantivos⁵³ no coinciden con los de la demanda

49 DsCDH 29 marzo 2005 (Com. 1092/2002, *Guillén Martínez c. España*), cit., pár. 6.2; DtCDH 29 marzo 2005 (Com. 1104/2002, *Martínez Fernández c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/83/D/1104/2002, párs. 6.2 y 6.3; y DsCDH 25 julio 2006 (Com. 1093/2002, *Rodríguez Álvarez c. España*), cit., pár. 10.2.

50 Véase, por ejemplo, la DsCDH 18 octubre 1999 (Com. 777/1997, *Sánchez López c. España*), cit., pár. 6.2; o el DtCDH 21 julio 2014 (Com. 2008/2010, *Aarrass c. España*), cit., pár. 9.4.

51 Véanse las DsCDH 18 octubre 1999 (Com. 777/1997, *Sánchez López c. España*), cit., pár. 6.2; 30 marzo 2004 (Com. 1008/2001, *Hoyos Martínez de Irujo c. España*), cit., pár. 6.2; 30 marzo 2004 (Com. 1019/2001, *Carrión Barcaiztegui c. España*), cit., pár. 6.2; etc. El CDH aplicó una variante de este razonamiento en su DsCDH 9 julio 2004 (Com. 961/2000, *Everett c. España*), cit., pár. 6.2, donde el CDH, aunque comprobó que el mismo autor había presentado una demanda ante la CEDH por los mismos hechos y los mismos derechos, su demanda ante la CEDH fue dirigida contra el Reino Unido y no contra España, por lo que apreció que no se trataba del “mismo asunto”.

52 DsCDH 31 marzo 2005 (Com. 860/1999, *Fernández Álvarez c. España*), publicada en NU. Doc. CCPR/C/83/D/860/1999, pár. 7.3; y 30 octubre 2008 (Com. 1490/2006, *Pindado Martínez c. España*), cit., pár. 6.3.

53 En su DsCDH 30 octubre 2008 (Com. 1490/2006, *Pindado Martínez c. España*), cit., pár. 6.4, el CDH recordó que: “de acuerdo a su jurisprudencia, cuando los derechos protegidos por el Convenio Europeo difieran de los derechos consagrados en el PIDCP, un asunto que ha sido declarado inadmisile por el TEDH por ser incompatible con las disposiciones del Convenio Europeo o de sus protocolos no puede entenderse que el mismo asunto haya sido «examinado» en el sentido del art. 5.2 del PFPIDCP, de modo que el CDH no pudiera considerarlo”. De un modo similar, en el DtCDH 21 julio 2014 (Com. 2008/2010, *Aarrass c. España*), cit., pár. 9.5: “Toda vez que estas quejas no fueron incluidas en su demanda ante el TEDH o estaban basadas en disposiciones que no son completamente equivalentes a aquéllas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos, el CDH considera que no está impedido de examinar las mismas en virtud del art. 5.2.a) del PFPIDCP”.

individual presentada ante la CEDH o el TEDH. Afinando con gran precisión, cuando el CDH ha considerado que las comunicaciones individuales contra España incluían, junto a hechos o derechos ya mencionados en demandas individuales del mismo autor contra España, presentadas ante la CEDH o el TEDH, nuevos hechos o derechos, el CDH ha declarado inadmisibles las alegaciones coincidentes y admisibles las relativas a nuevos hechos o derechos⁵⁴.

La tercera doctrina jurisprudencial que el CEDH que ha utilizado para realizar una interpretación restrictiva del art. 5.2.a) del PFPIDCP consiste en que el CDH, tras comprobar que la demanda individual efectivamente se sometió a la CEDH o al TEDH y que, efectivamente, se trata del “mismo asunto”, analiza la actuación de la CEDH o del TEDH para comprobar si la misma se ajusta a lo que el CDH ha denominado su “criterio de admisibilidad” en relación con el mencionado art. 5.2.a). Según su “reiterada jurisprudencia” relativa a esta disposición, el CDH considera que, cuando la CEDH o el TEDH basan “una declaración de inadmisibilidad no solamente en razones de procedimiento, sino también en razones que incluyen en cierta medida un examen del fondo del caso, se debe considerar que el asunto ha sido examinado en el sentido del art. 5.2.a) del PFPIDCP y de la reserva formulada por España; y que se debe considerar que la CEDH o el TEDH han ido más allá de un examen de criterios de admisibilidad puramente formales cuando declaran una demanda inadmisibile porque «no revela ninguna violación de los derechos y libertades establecidos en la Convención Europea o sus Protocolos»”⁵⁵.

Ahora bien, cuando en las circunstancias particulares de cada caso, si la decisión de la CEDH o del TEDH sobre la inadmisibilidad de una demanda individual contiene un razonamiento limitado que no permite al CDH asumir que el examen incluyera una suficiente consideración de elementos del fondo, según la información proporcionada al CDH tanto por la autora como por el Estado español, el CDH siempre ha considerado que no está impedido de examinar estas comunicaciones individuales con arreglo al art. 5.2.a) del PFPIDCP⁵⁶.

IV. LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ SOBRE EL FONDO.

Tras haber comprobado que una comunicación individual no incurre en ninguna causa de incompatibilidad prevista en el PFPIDCP, el CDH iniciará un

54 DsCDH 31 marzo 2005 (Com. 860/1999, *Fernández Álvarez c. España*), cit., párs. 7.2 y 7.3; y DtCDH 21 julio 2014 (Com. 2008/2010, *Aarras c. España*), cit., párs. 9.4 a 9.6.

55 Aplicando este criterio, el CDH ha declarado inadmisibles varias comunicaciones individuales presentadas contra España. Véanse las DsCDH 28 octubre 2005 (Com. 1396/2005, *Rivera Fernández c. España*), cit., pár. 6.2; y 30 octubre 2008 (Com. 1490/2006, *Pindado Martínez c. España*), cit., pár. 6.3.

56 DsCDH 25 julio 2005 (Com. 1389/2005, *Bertelli Gálvez c. España*), cit., pár. 4.3; 24 julio 2007 (Com. 1386/2005, *Roussev Gueorguiev c. España*), cit., pár. 6.2; 24 julio 2007 (Com. 1391/2005, *Rodrigo Alonso c. España*), cit., pár. 6.4; y DtCDH 27 marzo 2013 (Com. 1945/2010, *Achabal Puertas c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/107/D/1945/2010, párs. 7.2 y 7.3.

procedimiento contradictorio para el examen sustantivo de la comunicación o procedimiento sobre el fondo. Concluido el mismo, conforme al art. 5.4 del PFPIDCP, el CDH “presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo”. Por ello, el art. 100 de su Reglamento especifica que, a diferencia de sus “decisiones” sobre la admisibilidad de las comunicaciones individuales, sus “observaciones” sobre el fondo se incluirán en un “dictamen”.

El CDH ha defendido el carácter vinculante jurídicamente de sus dictámenes de la siguiente forma: “Los dictámenes emitidos por el CDH con arreglo al PFPIDCP representan un pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio PIDCP y encargado de la interpretación de ese instrumento. El carácter y la importancia de esos dictámenes dimanar de la función integral que incumbe al CDH con arreglo al PIDCP y al PFPIDCP. Conforme al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del PIDCP, cada uno de los Estados Partes en el PIDCP se compromete a garantizar que «[t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el [...] PIDCP hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales». Ésa es la base de la redacción utilizada sistemáticamente por el CDH al emitir sus dictámenes en los casos en que se ha constatado la existencia de una violación: «De conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 2 del PIDCP, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Al pasar a ser Parte en el PFPIDCP, el Estado Parte reconoce la competencia del CDH para determinar si ha habido o no violación del Pacto y, en virtud del artículo 2 del PIDCP, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el PIDCP y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación. A este respecto, el CDH desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del CDH». El carácter de los dictámenes del CDH dimana también de la obligación de los Estados Partes de actuar de buena fe, tanto cuando participan en el procedimiento previsto en el PFPIDCP como en relación con el propio PIDCP. La obligación de cooperar con el CDH resulta de la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de todas las obligaciones convencionales”⁵⁷.

En el momento presente, el CDH ha emitido 36 dictámenes sobre el fondo respecto de comunicaciones individuales presentadas contra España. De ellos, en 13 ocasiones, el CDH, actuando en virtud del art. 5.4 del PFPIDCP, ha dictaminado que los hechos que se le han expuesto no revelan una violación por el Estado

57 NU. Doc. CCPR/C/GC/33 (25/06/2009): CDH, *Observación general n° 33. Obligaciones de los Estados Partes con arreglo al PFPIDCP*, párs. 13-15, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11

español de ninguna de las disposiciones del PIDCP⁵⁸. Por el contrario, en 23 ocasiones el CDH ha dictaminado que los hechos que tenía ante sí ponían de manifiesto una violación de al menos un artículo del PIDCP⁵⁹. En estos casos, también ha sido bastante frecuente que el CDH dictaminara que varias de las alegaciones de incumplimiento por España que habían sido admitidas a trámite en una comunicación individual no revelaban violación alguna de ninguna disposición del PIDCP, mientras que al mismo tiempo consideraba que, al menos una alegación, sí que representaba un incumplimiento del PIDCP por España⁶⁰.

I. Los incumplimientos de derechos humanos de naturaleza procesal.

En la mayoría absoluta de los dictámenes sobre el fondo en los que el CDH ha considerado que España ha incumplido alguna disposición del PIDCP, los incumplimientos se han referido a derechos humanos de naturaleza procesal. Así ocurre en 18 de los 23 dictámenes condenatorios relacionados con España. Existe, además, una prevalencia clara de la violación de la llamada “doble instancia penal”, regulada en el art. 14.5 del PIDCP. Ésta ha sido la única causa de incumplimiento

58 DtCDH 15 julio 1994 (Com. 417/1990, *Balaguer Santacana y Balaguer Montalvo c. España*), cit., p. 11; 30 octubre 1995 (Com. 454/1991, *García Pons c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/55/D/454/1991, p. 10; 22 octubre 2001 (Com. 865/1999, *Marín Gómez c. España*), cit., p. 10; 17 marzo 2006 (Com. 1164/2003, *Castell-Ruiz y otros c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/86/D/1164/2003, p. 8; 28 marzo 2006 (Com. 1156/2003, *Pérez Escolar c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/86/D/1156/2003, p. 10; 31 octubre 2006 (Com. 1181/2003, *Amador Amador y Amador Amador c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/88/D/1181/2003, p. 10; 25 marzo 2008 (Com. 1413/2005, *de Jorge Asensi c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1413/2005, p. 9; 3 abril 2008 (Com. 1360/2005, *Oubiña Piñeiro c. España*), cit., p. 12; 24 julio 2008 (Com. 1456/2006, *X. c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/93/D/1456/2006, p. 9; 19 marzo 2009 (Com. 1388/2005, *de León Castro c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/95/D/1388/2005, p. 10; 22 julio 2009 (Com. 1366/2005, *Rocco Piscioneri c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/96/D/1366/2005, p. 10; 20 octubre 2009 (Com. 1398/2005, *Possemiers c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/97/D/1398/2005, p. 10; y 26 julio 2011 (Com. 1531/2006, *Cunillera Arias c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/102/D/1531/2006, p. 10.

59 Véase RUILOBA ALVARINO, J.: “El Comité de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos* (dir. por C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ), Dilex, Madrid, 2010, pp. 75-95.

60 Por ejemplo, en el DtCDH 31 octubre 2002 (Com. 864/1999, *Ruiz Agudo c. España*), cit., el CDH consideró que no había ninguna violación del PIDCP, pese a las alegaciones que se contenían en la comunicación individual de tres violaciones del art. 14.1 y una alegación adicional de violación del art. 14.5. No obstante, dictaminó que España sí había violado el art. 14.3.c) del PIDCP.

por España declarada por el CDH en 14 de sus dictámenes sobre el fondo⁶¹, estando presente junto a otros incumplimientos declarados en un dictamen más⁶².

La primera vez que el CDH consideró que España había incumplido el art.14. 5 del PIDCP fue en el asunto *Gómez Vázquez*⁶³. En esta ocasión, el abogado del autor argumentó que los casos de los crímenes más graves, como el de su cliente, eran juzgados por tres magistrados de la AP, quienes dictaban sentencia. Esta sentencia sólo podía ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas y sin posibilidad de que el tribunal de casación volviera a evaluar las pruebas, pues toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos se consideraba definitiva⁶⁴. El CDH, tras considerar innecesario la interposición de un recurso de amparo ante el TC, por la jurisprudencia reiterada de este alto tribunal denegando siempre el recurso de amparo para la revisión de sentencias, consideró que la imposibilidad del autor de conseguir una revisión en segunda instancia de las pruebas y, por ende, de su fallo condenatorio y de la pena que le fue impuesta, constituían una violación del art. 14.5 del PIDCP⁶⁵.

España no adoptó las medidas necesarias recomendadas por el CDH para remediar esta situación. Por ello, este dictamen dio lugar a la presentación de un aluvión de comunicaciones individuales contra España por la misma cuestión y que,

61 DtCDH 11 agosto 2000 (Com. 701/1996, *Gómez Vázquez c. España*), cit., pár. 12; 30 julio 2003 (Com. 986/2001, *Semey c. España*), cit., pár. 9.1; 7 agosto 2003 (Com. 1007/2001, *Sineiro Fernández c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/78/D/1007/2001, pár. 8; 1 noviembre 2004 (Com. 1101/2002, *Alba Cabriada c. España*), cit., pár. 8; 5 noviembre 2004 (Com. 1073/2002, *Terrón c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/82/D/1073/2002, pár. 8; 29 marzo 2005 (Com. 1104/2002, *Martínez Fernández c. España*), cit., pár. 8; 22 julio 2005 (Com. 1095/2002, *Gomariz Valera c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/84/D/1095/2002, pár. 8; 11 julio 2006 (Com. 1211/2003, *Oliveró Capellades c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/87/D/1211/2003, pár. 8; 31 octubre 2006 (Com. 1325/2004, *Conde Conde c. España*), cit., pár. 8; 31 octubre 2006 (Com. 1332/2004, *García Sánchez y González Clares c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/88/D/1332/2004, pár. 8; 25 julio 2007 (Com. 1381/2005, *Hachuel Moreno c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/90/D/1381/2005, pár. 8; 25 mayo 2008 (Com. 1351/2005 y 1352/2005, *Hens Serena y Corujo Rodríguez c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, pár. 10; 22 julio 2009 (Com. 1364/2005, *Carpintero Uclés c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/96/D/1364/2005, pár. 12; y 19 octubre 2009 (Com. 1363/2005, *Gayoso Martínez c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/97/D/1363/2005, pár. 10.

62 DtCDH 2 abril 1997 (Com. 526/1993, *Hill y Hill c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993, pár. 15.

63 Sobre este primer dictamen de condena, véase RIPOLL CARULLA, S.: "El Dictamen de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el sistema español de casación penal", *Revista española de derecho internacional*, 54/1, 2002, pp. 471-475.

64 El abogado citó la STS 9 noviembre 1993 (ROJ: 15427/1993), que denegó a su cliente el recurso de casación, afirmando que "tales pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el tribunal «a quo»"; que, si su reclamación "se aceptase, sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una segunda instancia"; y que volver a valorar la prueba "como hemos dicho y repetido, nos es impermissible".

65 DtCDH 11 agosto 2000 (Com. 701/1996, *Gómez Vázquez c. España*), cit., pár. 11.

obviamente, se resolvieron de manera similar⁶⁶. Lo mismo hizo el CDH cuando quien resolvió en primera instancia fue la AN⁶⁷ o un Tribunal Militar Territorial⁶⁸.

Con el tiempo, esta jurisprudencia del CDH se fue extendiendo a otros supuestos que plantean problemas jurídicos más complicados. Así, a partir del asunto *Terrón*, el CDH considera que España también incumple el art. 14.5 del PIDCP cuando es el TS quien juzga en primera y única instancia a personas aforadas que gozan de inmunidad de jurisdicción ordinaria por su condición de diputados⁶⁹ o a aquellas personas que, sin disfrutar de la condición de aforados, también son juzgadas en primera instancia por el TS al tratarse de un asunto en el que hay varias personas encausadas de las que, al menos una, sí goza de la condición de aforado⁷⁰.

En la misma línea se sitúa el problema planteado en los casos en los que se solicita “la doble instancia de la doble instancia penal”. A estos efectos, puede considerarse que la jurisprudencia del CDH cambió a partir del asunto *Gomáriz Valera*. En este asunto, el autor había sido absuelto en primera instancia, pero fue condenado en apelación por la AP. El CDH sostuvo que: “El art. 14.5 no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso del autor, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no aconteció respecto del autor. La circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte⁷¹, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el CDH concluye que se ha violado el art. 14.5 del PIDCP con relación a los hechos expuestos en la comunicación”⁷².

66 DtCDH 30 julio 2003 (Com. 986/2001, *Semey c. España*), cit., párs. 8.2 y 9.1; 1 noviembre 2004 (Com. 1101/2002, *Alba Cabriada c. España*), cit., pár. 6.5, 7.3 y 8; 31 octubre 2006 (Com. 1332/2004, *García Sánchez y González Clares c. España*), cit., párs. 7.1, 7.2 y 8; 22 julio 2009 (Com. 1364/2005, *Carpintero Uclés c. España*), cit., párs. 11.2, 11.3 y 12; y 2 abril 1997 (Com. 526/1993, *Hill y Hill c. España*), cit., párs. 14.3 y 15.

67 DtCDH 7 agosto 2003 (Com. 1007/2001, *Sineiro Fernández c. España*), cit., párs. 7 y 8; 25 julio 2007 (Com. 1381/2005, *Hachuel Moreno c. España*), cit., pár. 8; y 19 octubre 2009 (Com. 1363/2005, *Gayoso Martínez c. España*), cit., párs. 9.2, 9.3 y 10. En el DtCDH 31 octubre 2006 (Com. 1325/2004, *Conde Conde c. España*), cit., pár. 8, existe una variante de este planteamiento, ya que el TS agravó en casación la pena impuesta por la AN, sin que la decisión del TS pudiera ser recurrida.

68 DtCDH 29 marzo 2005 (Com. 1104/2002, *Martínez Fernández c. España*), cit., párs. 7 y 8.

69 DtCDH 5 noviembre 2004 (Com. 1073/2002, *Terrón c. España*), cit., párs. 7.4, 7.5 y 8.

70 DtCDH 11 julio 2006 (Com. 1211/2003, *Oliveró Capellades c. España*), cit., pár. 8; y 25 mayo 2008 (Com. 1351/2005 y 1352/2005, *Hens Serena y Corujo Rodríguez c. España*), cit., párs. 9.2, 9.3 y 10.

71 El CDH parece referirse a las reservas formuladas por cinco países de tradición jurídica romanista (Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega) al PIDCP, para preservar su derecho a dictar sentencias de culpabilidad en la fase de apelación, sin posibilidad de interponer nuevos recursos. Debe señalarse que, en otro contexto, el juez *Mohamed Shahabuddeen* señaló que “algunas de estas declaraciones tienden a tener un carácter interpretativo”, es decir, que están redactadas como aclaraciones de lo que se supone que el PIDCP quiere decir originalmente. Cfr. Voto particular de *Mohamed Shahabuddeen*, en *Fiscal c. Rutaganda*, caso n°. ICTR 96-3-A (Tribunal Internacional Penal para Ruanda, Sala de Apelaciones, 26/05/2003).

72 DtCDH 22 julio 2005 (Com. 1095/2002, *Gomáriz Valera c. España*), cit., pár. 7.

A esta observación, la Sra. *Ruth Wedgwood*, miembro del CDH, acompañó un voto particular disidente. La calificó de “argumentación jurídica novedosa para el CDH” que, de consolidarse, “podría trastocar los sistemas judiciales de muchos países de tradición jurídica romanista”⁷³. Además, consideró que esta actuación del CDH podría plantear problemas con el Protocolo n.º 7 al Convenio europeo de derechos humanos, en cuyo art. 2.1 se garantiza a toda persona condenada por una infracción penal el “derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior”. No obstante, en su art. 2.2 señala, entre otras excepciones permitidas en relación con la “doble instancia penal”, los supuestos en los que “el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”. La Sra. *Ruth Wedgwood*, siguiendo al juez *Shahabuddeen*, manifestó que le resultaba difícil imaginar “que los 36 (actualmente, 44) Estados Parte del Protocolo n.º 7 del Convenio europeo⁷⁴ se propusiesen actuar en desacuerdo con cualesquiera obligaciones contraídas en virtud del art. 14.5 del PIDCP”.

El análisis de los demás asuntos en los que el CDH ha dictaminado incumplimientos por España de derechos humanos de carácter procesal revela que tales incumplimientos no se debieron a carencias en la legislación procesal española, sino a una mala aplicación de esta legislación en los asuntos concretos. En el asunto *Lagunas Castedo*, el CDH consideró que España había incumplido el art. 14.1 del PIDCP que regula, entre otros, el derecho a un tribunal imparcial, toda vez que el magistrado ponente trabajaba también como profesor asociado en la Universidad de Murcia y lo que se recurría era los resultados de un concurso de méritos para la obtención de una plaza de profesor ayudante precisamente en esa Universidad⁷⁵. En tres ocasiones, el CDH ha dictaminado el incumplimiento de España del art. 14.3.c) del PIDCP, que regula el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En estos casos, el CDH ha recordado su jurisprudencia constante en el sentido de que hay que demostrar razones excepcionales para justificar un retraso del juicio (en estos casos, de 3, 11 y 5 años, respectivamente). Ante la falta de

73 En su opinión, esta situación es válida en los países de *common law*, en los que un tribunal de apelación no puede modificar una sentencia de absolución en tribunales inferiores. Sin embargo, en los países de tradición jurídica romanista es perfectamente posible que una absolución dictada por un tribunal de primera instancia pueda ser declarada nula en favor de una condena por un tribunal de segunda instancia, sin que exista posibilidad alguna de interponer nueva apelación contra la decisión de este tribunal de segunda instancia. También han seguido la tradición jurídica romanista otros tribunales internacionales, como la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales Penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

74 El Protocolo n.º 7 al Convenio europeo, adoptado en Estrasburgo el 22/11/1984 entró en vigor de manera general el 01/11/1988 y, para España, el 01/12/2009. Su texto se publicó en el BOE n.º. 249, de 15/10/2009, pp. 86.935 y ss.

75 DtCDH 20 octubre 2008 (Com. 1122/2002, *Lagunas Castedo c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/94/D/1122/2002, pár. 10. En este asunto, en el Voto en disidencia de los Srs. *Edwin Johnson López* y *Rafael Rivas Posada* se lee que: “del mero hecho de que el magistrado ponente fuera profesor asociado en la Universidad de Murcia, no puede colegirse que el Tribunal [en el que actuaron tres magistrados], que revisó la puntuación otorgada a la autora por una comisión de dicha institución, haya sido parcial”.

justificación por España de estos retrasos concretos, el CDH concluyó que España había violado el art. 14.3.c) del PIDCP⁷⁶.

2. Otros incumplimientos de derechos humanos.

Más graves resultan los asuntos restantes en los que el CDH ha dictaminado incumplimientos por España del PIDCP. El CDH ha dictaminado en dos ocasiones el incumplimiento formal o procedimental por España de la prohibición de la tortura, reglada en el art. 7 del PIDCP. En el asunto *Achabal Puertas*, el CDH consideró que el archivo del caso en fase de instrucción, que impidió la celebración del juicio oral, “no responde a las exigencias de minuciosidad que corresponde a toda denuncia por actos de tortura, y que las únicas diligencias realizadas en fase de instrucción no fueron suficientes para examinar los hechos con un nivel de profundidad acorde con la enfermedad de la autora y los informes de los médicos que la trataron y diagnosticaron”. Por ello, dictaminó que estos hechos “constituyen una violación del art. 7, leído solo y juntamente con el art. 2.3 del PIDCP” (que regula el derecho a un recurso efectivo)⁷⁷. El asunto *Ali Aarrass*, versó sobre el proceso de extradición a Marruecos de una persona sospechosa de terrorismo (caso *Belliraj*), quien se opuso a su extradición alegando, entre otros motivos, el riesgo de ser torturado en Marruecos si se concedía la extradición. Aunque la AN examinó estas alegaciones⁷⁸, concluyó que las vulneraciones señaladas no podían reputarse como sistemáticas y generalizadas al no existir acreditación sobre ello. Más aún, consideró que tampoco existía prueba, ni siquiera indiciaria, sobre un riesgo concreto y real del autor de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en Marruecos⁷⁹. No obstante, el CDH consideró que el Estado español no evaluó adecuadamente el riesgo de tortura y severos malos tratos del autor. Por ello, el CDH dictaminó que la extradición de *Ali Aarrass* a Marruecos por España constituyó una violación del art. 7 del PIDCP⁸⁰.

También en dos asuntos el CDH ha dictaminado el incumplimiento por España del art. 10.I del PIDCP, que regula el trato humano y digno de las personas privadas

76 DtCDH 2 abril 1997 (Com. 526/1993, *Hill y Hill c. España*), cit., pár. 12.4; 31 octubre 2002 (Com. 864/1999, *Ruiz Agudo c. España*), cit., párs. 9.3 y 10; y 30 octubre 2003 (Com. 1006/2001, *Martínez Muñoz c. España*), cit., pár. 7.1. En el primero de los asuntos citados, también se dictaminó el incumplimiento por España del art. 14.3.d) del PIDCP, que regula el derecho del acusado a defenderse personalmente en juicio (*ibid.*, pár. 14.2).

77 DtCDH 27 marzo 2013 (Com. 1945/2010, *Achabal Puertas c. España*), cit., párs. 8.6 y 9.

78 La AN tomó nota de la información presentada, incluyendo un informe de Amnistía Internacional sobre la situación de los derechos humanos en Marruecos en que se hacía referencia al empleo de tortura para extraer confesiones y a los malos tratos infligidos por los agentes penitenciarios y por las fuerzas de seguridad, entre otros.

79 La AN también se aseguró que, en el caso que fuera impuesta la pena de prisión perpetua, ésta no sería indefectiblemente de por vida; y que, para el supuesto de pena de muerte, ésta sería sustituida por la pena prevista para los mismos hechos por la legislación del Estado Parte. La garantía solicitada a Marruecos no fue una mera “garantía diplomática”, sino que figura expresamente en el convenio bilateral de extradición en vigor entre ambos Estados.

80 DtCDH 21 julio 2014 (Com. 2008/2010, *Aarrass c. España*), cit., párs. 10.4 y 11.

de libertad. En el asunto *Griffin*, el CDH, ante la falta de respuesta de España sobre esta alegación y teniendo en cuenta el relato pormenorizado de las condiciones en las que estuvo el autor durante siete meses en 1991 en el viejo penal de Melilla (sustituido por otra penitenciaría más moderna en 1993)⁸¹, dictaminó que España había violado los derechos del Sr. *Griffin* en virtud del art. 10.1 del PIDCP durante su estancia en este penal⁸². En el asunto *Hill y Hill*, el CDH también consideró que España había incumplido esta disposición, al no recibir los autores alimentación alguna durante los cinco primeros días de detención por la policía⁸³. En el ya citado asunto *Griffin*, el CDH también dictaminó el incumplimiento por España del art. 10.2 del PIDCP, al constatar que mientras el Sr. *Griffin* estaba cumpliendo prisión provisional en el penal de Melilla, permaneció detenido en compañía de personas convictas⁸⁴.

Los últimos dos dictámenes sobre incumplimientos por España del PIDCP se refieren a casos aislados, que no han tenido continuidad práctica. En el asunto *Morales Tornel y otros*, el CDH consideró que la actitud pasiva del Centro Penitenciario de El Dueso (Santander)⁸⁵ privó a los familiares del Sr. *Morales Tornel* de una información que, sin duda, tuvo un impacto significativo en la vida familiar; pudiendo considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y, por ello, como una violación del art. 17.1 del PIDCP⁸⁶. En el asunto *Lecraft*, el CDH tuvo que decidir si el control de identidad que realizó la policía a la autora en una estación ferroviaria, con el fin de controlar la inmigración ilegal, constituyó una

81 Según el relato de hechos del autor: “Se trata de una prisión construida hace 500 años, en la que prácticamente nada ha cambiado, infestada de ratas, piojos, cucarachas y enfermedades; hay 30 reclusos por celda, entre ellos ancianos, mujeres, adolescentes y un niño de ocho meses; no hay ventanas sino una abertura con barrotes de hierro que deja paso al frío y al viento; hay una incidencia muy elevada de suicidios, automutilaciones, peleas y palizas violentas; el suelo está cubierto de heces humanas ya que el inodoro, que es un hueco en el suelo, se ha desbordado; se utiliza agua de mar para las duchas y a menudo para beber; y para dormir hay mantas y colchones empapados de orina (...)”. Cfr. DtCDH 4 abril 1995 (Com. 493/1992, *Griffin c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/53/D/493/1992, pár. 3.1.

82 *Ibid.*, párs. 9.3 y 10.

83 DtCDH 2 abril 1997 (Com. 526/1993, *Hill y Hill c. España*), *cit.*, párs. 13 y 15. No obstante, en este asunto el Sr. *Nisuke Ando*, miembro del CDH, formuló un voto particular, al considerar que esta alegación de los autores no había sido probada.

84 DtCDH 4 abril 1995 (Com. 493/1992, *Griffin c. España*), *cit.*, pár. 9.4.

85 Según se declaró probado en este asunto, el Sr. *Morales Tornel* fue calificado, en abril de 1993 mientras cumplía condena, como un enfermo incurable que sufría un grave deterioro de su estado general. En mayo de ese año, el Centro Penitenciario en que se encontraba informó a la familia, quien se mostró dispuesta a acoger al enfermo en caso de que se le concediera la libertad condicional. Su estado de salud continuó deteriorándose, pese a lo cual el Centro Penitenciario no volvió a ponerse en contacto con la familia. Tampoco comunicó el agravamiento de su estado de salud a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a pesar de que ésta, al negar la solicitud de libertad condicional el 25/10/1993, había afirmado que si se producía un agravamiento significativo se debería formular una nueva solicitud de libertad condicional con prontitud. El Centro Penitenciario tampoco informó a la familia de la última hospitalización, ocurrida el 13/12/1993, cuando el enfermo se encontraba ya en fase terminal. La familia sólo tuvo conocimiento de la misma cuando ellos mismos trataron de ponerse en contacto con el Sr. *Morales Tornel*. DtCDH 20 marzo 2009 (Com. 1473/2006, *Morales Tornel y otros c. España*), publicado en NU. Doc. CCPR/C/95/D/1473/2006, pár. 7.4.

86 *Ibid.*, pár. 8.

discriminación por motivo de raza⁸⁷. Aunque el CDH afirmó que en España no existía “una orden escrita y expresa de realizar controles policiales de identidad tomando como criterio el color de la piel de las personas”, al parecer el agente de policía que en este asunto realizó el control de identidad sí actuó conforme a este criterio, que los tribunales españoles que conocieron del caso consideraron justificado. El CDH dictaminó que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal. En consecuencia, dictaminó que España había incumplido el art. 26 (no discriminación por motivos de raza, color...), en relación con el art. 2.3 del PIDCP (derecho a un recurso efectivo)⁸⁸.

V. LA EFICACIA Y EL SEGUIMIENTO DE LOS DICTÁMENES DECLARATORIOS DE INCUMPLIMIENTOS POR ESPAÑA.

Durante los debates en torno al Cuarto Informe periódico que España presentó al CDH sobre el cumplimiento del PIDCP, el CDH preguntó al representante español por la recepción del PIDCP en la jurisprudencia española. En la respuesta española, se señaló que el PIDCP, en virtud del art. 96 de la Constitución española (en adelante, CE), forma parte del derecho interno español y, además, en virtud del art. 10 CE, también sirve de criterio interpretador del catálogo de derechos fundamentales establecidos en la propia CE. Sobre estas dos bases, indicó un número muy alto de sentencias de diversos tribunales españoles, incluidos el TC y el TS, en los que se aplicó el PIDCP⁸⁹. Esta información mereció la aprobación expresa de varios miembros del CDH⁹⁰ y motivó que, entre los “aspectos positivos” incluidos en las “observaciones finales” sobre este Cuarto Informe periódico, el CDH observara “que los tribunales nacionales citan en muchos de sus fallos el PIDCP como fundamento jurídico, de conformidad con los artículos 10 y 96 CE”⁹¹.

87 El CDH estimó “que es legítimo efectuar controles de identidad de manera general con fines de protección de la seguridad ciudadana y de prevención del delito o con miras a controlar la inmigración ilegal. Ahora bien, cuando las autoridades efectúan dichos controles las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco deben efectuarse de manera tal que sólo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas”. Cfr. DtCDH 27 julio 2009 (Com. 1493/2006, *Lecraft c. España*), cit., p. 7.2.

88 *Ibid.*, p. 8.

89 NU. Doc. CCPR/C/95/Add.1 (05/08/1994): *Cuartos informes periódicos que los Estados Parte deben presentar en 1994. España*, 33 págs. Intervención del representante de España, Sr. Borrego, el 20/03/1996 ante el CDH. Cfr. NU. Doc. CCPR/C/SR.1479 (19/04/1996): *Human Rights Committee, Fifty-sixth session, Summary Record of the 1.479th Meeting*, p. 4, párs. 12-13.

90 Por ejemplo, “Mr. Pocar said that Spain might be unique among State parties in that so many of its court decisions made direct reference to the Covenant”. *Ibid.*, p. 8, p. 32.

91 NU. Doc. CCPR/C/79/Add.61 (03/04/1996): *Examen de los Informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el art. 40 del PIDCP. Observaciones finales del CDH. España*, p. 2, p. 9.

Si bien la eficacia jurídica del PIDCP y su aplicabilidad en el Derecho interno español no se discute, la situación no es exactamente la misma con los dictámenes sobre el fondo emitidos por el CDH en los que se declara el incumplimiento del PIDCP por España.

1. La eficacia jurídica de los dictámenes en el Derecho español.

En la STC 70/2002, de 3 de abril, el TC español afirmó “que las observaciones que en forma de dictamen emite el CDH no son resoluciones judiciales, pues el CDH no tiene facultades jurisdiccionales”, añadiendo curiosamente que “sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del PIDCP dado que, en ningún momento, ni el PIDCP ni el PFPIDCP le otorgan tal competencia”⁹². Con estas premisas, el TC negó fuerza jurídica vinculante a los dictámenes del CDH en el Derecho interno español.

La afirmación de que los dictámenes del CDH no tienen fuerza jurídica vinculante en el Derecho español se ha convertido, desde entonces, en jurisprudencia firme del TS⁹³, si bien en algunos casos el TS ha introducido matices interesantes. Por ejemplo, en el ATS 25 julio 2002, el TS indicó “que el PIDCP no impone un recurso basado en una decisión del CDH”; en el ATS 16 febrero 2004 (ROJ 1773/2004) afirmó que “los dictámenes del CDH no tienen valor jurídico vinculante, salvo el que quiera otorgarle el Estado afectado por la condena”; y en el ATS 15 febrero 2005 (ROJ 1796/2005), sostuvo “que los arts. 41 y 42 del PIDCP no atribuyen al CDH facultades jurisdiccionales que permitan otorgar a sus dictámenes el carácter de título ejecutivo para la revisión” de sentencias firmes. Las facultades del CDH no se ven ampliadas por el PFPIDCP, que se limita a extender a las personas individuales el derecho a presentar comunicaciones. Las facultades del CDH se reconducen a la posibilidad de emitir informes y en su caso designar, con el consentimiento de los Estados interesados, una comisión de conciliación, sin que ninguna norma del PIDCP ni del PFPIDCP le otorgue poder jurisdiccional efectivo en caso de que sus buenos oficios no permitan alcanzar un acuerdo o conciliación”. Afirmó asimismo que “los dictámenes del CDH en ningún caso constituyen título habilitante para la apertura de recursos o vías impugnatorias no previstas en el ordenamiento jurídico, ni para la anulación de sentencias firmes”. La

92 STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002, 70). Contrasta esta afirmación con el hecho de que en la página Web de la ONU se afirma que los Comentarios generales que emite el CDH sobre la base del art. 40.4 del PIDCP constituyen la interpretación auténtica del mismo.

93 Por todas, véanse las STS 9 marzo 2011 (ROJ 953/2011); 30 abril 2001 (ROJ 3570/2001); y 30 enero 2012 (ROJ 462/2012); así como el ATS 14 diciembre 2001 (ROJ 8958/2001). Véase el estudio de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: “La ejecución de sentencias y dictámenes de tribunales y comités”, en AA.VV.: *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dir. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), vol. 2, Escuela Diplomática, Madrid, 2009, pp. 179-198.

AN y el resto de los tribunales españoles han seguido también una jurisprudencia similar⁹⁴.

Incluso en los casos en los que se ha solicitado una compensación o indemnización por daños basándose en un dictamen en el que el CDH declaró el incumplimiento del PIDCP por parte de España, la respuesta ha sido la misma. Así, en la tramitación del expediente por responsabilidad patrimonial del Estado, el Consejo de Estado (en adelante, CdE) siempre ha informado en contra, alegando que los dictámenes del CDH carecen de toda fuerza jurídica vinculante⁹⁵. Para el CdE, “no puede desconocerse el limitado alcance, en cuanto a fuerza vinculante, de las observaciones formuladas por el CDH”⁹⁶; que el dictamen “no tiene, *per se*, efectos ejecutivos en España”⁹⁷; o que “se trata de dictámenes en los que se recogen opiniones del CDH (y, en su caso, recomendaciones) que no tienen carácter vinculante, que no son resoluciones judiciales y que no constituyen una interpretación auténtica del PIDCP”⁹⁸.

Debe no obstante señalarse que la carencia de fuerza jurídica vinculante no significa que los dictámenes del CDH no produzcan otros efectos jurídicos, si se quiere “menores”, pero importantes en la práctica jurídica española. Cabe señalar varios ejemplos. En primer lugar, conviene recordar que, como he indicado, de las 123 comunicaciones individuales presentadas por presuntos incumplimientos del PIDCP por España, sólo en 23 asuntos el CDH ha emitido un dictamen en el que ha declarado incumplimientos del PIDCP por España. Sin duda alguna, esta tasa tan reducida de incumplimientos declarados se debe en gran medida a que la representación española, en todos los casos en los que se ha discutido ante el CDH decisiones de admisibilidad o dictámenes sobre el fondo, siempre ha argumentado basándose en la “reiterada jurisprudencia” del CDH. Es decir, a la representación española no se le ha escapado el dato de que, en todas sus decisiones y dictámenes, el CDH construye su argumentación basándose en su propia jurisprudencia y, en consecuencia, la ha invocado constantemente en su favor.

94 SAN 30 marzo 2006 (ROJ 1365/2006); 8 junio 2006 (ROJ 2629/2006); 20 abril 2006 (ROJ 1857/2006), 5 mayo 2009 (ROJ 2414/2009), 7 mayo 2009 (ROJ 2183/2009); 15 julio 2010 (ROJ 3482/2019); y 10 abril 2013 (ROJ 1587/2013); entre otras muchas.

95 Según el CdE, “se trata, en resumidas cuentas, de la facultad de emitir un dictamen en el que el CDH expresa su opinión sobre el eventual incumplimiento por el Estado Parte de las obligaciones dimanantes del PIDCP de 1966, tratándose de un dictamen carente de toda fuerza jurídica vinculante, y del que se desprende únicamente el compromiso del Estado a adoptar en el futuro las disposiciones y medidas que estime precisas para alcanzar un satisfactorio grado de cumplimiento de dichas obligaciones, de las que debe dar cuenta al CDH...”. Vide Dictamen CdE (431/2007), 26 abril.

96 Dictámenes CdE (431/2007), *cit.*; (526/2010), 29 abril; etc.

97 Dictámenes CdE (1955/2010), 2 diciembre; (425/2017), 28 septiembre; etc.

98 Dictamen CdE (318/2015), 11 junio.

En segundo lugar, cabe recordar que, aunque el CdE siempre ha afirmado que los dictámenes del CDH no tienen fuerza jurídica vinculante o ejecutoria en el Derecho español, nunca ha desestimado un solo caso basándose en esta única consideración. Incluso el CdE habla del “alcance limitado” de los dictámenes del CDH. De hecho, desde el Dictamen CdE (431/2007), 26 abril, el CdE siempre ha insistido en que: “el cumplimiento por España de los compromisos internacionales asumidos, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales, y los principios que deben regir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos (en particular, el principio de transparencia) imponen no sólo que, emitido un dictamen por el CDH en el que se afirme la existencia de una vulneración en la materia, se adopten las medidas que deriven de aquellos compromisos, sino también que se proporcione al interesado la información pertinente al respecto, al menos en los casos, como el presente, en que el dictamen del CDH ha sido promovido por una comunicación del afectado”⁹⁹.

Por ello, tras dejar clara la falta de eficacia jurídica vinculante de los dictámenes del CDH, y sin perjuicio de ello, el CdE, “a mayor abundamiento”, siempre ha entrado a examinar el fondo del asunto, aunque nunca haya estimado las pretensiones basadas en uno de estos dictámenes. Pero, al menos, no ha descartado esta posibilidad. Por ejemplo, en su Dictamen (318/2015), 11 junio, el CdE, tras afirmar que los dictámenes del CDH “no tienen carácter vinculante, no son resoluciones judiciales y no constituyen una interpretación auténtica del PIDCP”, añadió: “Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, España debe dar la debida consideración a las opiniones del CDH, así como a sus recomendaciones, lo que, a juicio del CdE, sirve de base para que se examine, en vía de recurso de revisión, si con él se evidencia un error en una determinada resolución administrativa. Dicho en otros términos, el dictamen no tiene carácter vinculante, pero la debida consideración de sus opiniones y recomendaciones conduce a examinar si pone de manifiesto un error evidente en la resolución recurrida (sin perjuicio de lo anteriormente indicado)”.

Cabe también mencionar la STS 9 noviembre 2001 (ROJ 8722/2001), en la que el TS subrayó que “el CDH no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un Tribunal supranacional -como el TEDH-, si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el PIDCP”. En el siguiente epígrafe, veremos cómo, entre las medidas de garantía de no repetición, los dictámenes del CDH han repercutido de manera importante en la jurisprudencia española, causando incluso cambios legislativos en el Derecho español.

⁹⁹ Dictamen CdE (431/2007), *cit.* Véanse igualmente los Dictámenes CdE (526/10), 29 abril; (1955/2010), *cit.*; (425/2017), *cit.*; etc.

Conviene finalmente indicar que, en mi opinión, toda esta práctica administrativa y judicial española, “uniforme” en cuanto al no reconocimiento de efecto jurídico vinculante alguno a los dictámenes del CDH, tiene que ser revisada en profundidad y a corto plazo, como consecuencia de la reciente STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018)¹⁰⁰. En esta ocasión, el TS tuvo que lidiar con el primer dictamen condenatorio para España emitido por el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, Comité CEDAW)¹⁰¹. Aunque tanto el Consejo de Estado, el Abogado del Estado y la Fiscalía reiteraron ante el alto tribunal todo el argumentario “uniforme” relativo al no reconocimiento de efectos jurídicos vinculantes a los dictámenes del CDH, extrapolados por analogía a los dictámenes del Comité CEDAW, el TS por primera vez rechazó todos estos argumentos, afirmando en su lugar el carácter “vinculante/obligatorio” de los dictámenes del Comité CEDAW, a los que por primera vez también los calificó como “presupuesto válido para formular una reclamación patrimonial contra el Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia que habría tenido como consecuencia la violación de los derechos” humanos de la víctima reconocidos en la Constitución española y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aunque en el momento de escribir estas líneas todavía no ha habido ningún pronunciamiento judicial español que aplique a los dictámenes del CDH la doctrina sentada en esta Sentencia para los dictámenes del Comité CEDAW, parece que sólo debería ser cuestión de tiempo que la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) se convierta en punto de ruptura e inflexión respecto del valor que los dictámenes del CDH han tenido hasta la fecha en la jurisprudencia española.

2. El seguimiento de los dictámenes declaratorios de incumplimientos por España.

En sus dictámenes sobre el fondo de las comunicaciones individuales, tras una argumentación razonada, el CDH debe concluir afirmando si las alegaciones admitidas a trámite constituyen o no violaciones de artículos concretos del PIDCP. En caso afirmativo, el CDH siempre añade un par de párrafos finales en su dictamen en el que recuerda al Estado Parte que, en virtud del art. 2 del PIDCP, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

100 Sobre esta Sentencia, véase BOU FRANCH, V.: “El cumplimiento en España de las sentencias y dictámenes de los órganos de control del cumplimiento de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Comentario a la STS de España núm. 2747/2018, de 17 de julio”, *Revista Boliviana de Derecho*, 27, 2019, pp. 434-457; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista española de Derecho internacional*, 71/1, 2019, págs. 241-250; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10/2, 2018, pp. 836-851.

101 Sobre este dictamen, véase ABRIL STOFFELS, R.: “The «effectiveness» of CEDAW Committee Decisions: *Ángela González Carreño v. Spain*”, *Spanish Yearbook of International Law*, 19, 2015, pp. 365-372.

PIDCP, así como a garantizar que pueda interponer un recurso efectivo con fuerza ejecutoria¹⁰², indicándole las medidas de reparación que cree convenientes en cada caso concreto. El CDH siempre afirma que el Estado Parte tiene la obligación de adoptar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones similares, expresándole además su deseo de recibir, en un plazo de tiempo que suele oscilar entre 60 y 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar su dictamen. En la mayoría de los casos, el CDH pide asimismo al Estado Parte que publique su dictamen y que lo difunda ampliamente.

Aunque el PFPIDCP no dispone nada al respecto, el CDH hace públicas todas sus decisiones y dictámenes¹⁰³, que son también recogidas en el Informe anual de actividades que debe presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰⁴. Ya he indicado que, para los tribunales españoles, los dictámenes del CDH carecen de la fuerza vinculante propia de las sentencias, al no ser el CDH un órgano jurisdiccional. Por ello, la publicación de sus decisiones y dictámenes constituye, en principio, la única medida para ejercer algún tipo de presión sobre los Estados respecto de los que el CDH dictamina incumplimientos concretos del PIDCP ya que, si estos Estados no aceptan sus recomendaciones, los individuos carecen de cualquier otra posibilidad de reclamación internacional. Para intentar mitigar la escasa eficacia de este sistema de control, el CDH creó en su 39º período de sesiones (1990) un procedimiento de seguimiento para vigilar la forma en la que los Estados adoptan las medidas necesarias para dar cumplimiento a los dictámenes en los que se declaran sus incumplimientos. Para ello, los Estados Parte se comprometieron a incluir en sus informes periódicos un apartado explicativo sobre la forma en la que dan cumplimiento a los dictámenes del CDH. Para organizar este control del seguimiento, el CDH creó un Relator Especial a fin de conocer y valorar las medidas que adopten los Estados para dar efecto a las recomendaciones contenidas en los dictámenes condenatorios del CDH o para recomendar al CDH la adopción de nuevas medidas que estime necesarias para este fin. El Relator Especial informa periódicamente al CDH acerca de sus actividades de seguimiento, lo que se incluye en el Informe anual del CDH (art. 101 del Reglamento).

102 Por ejemplo, en el DtCDH 2 abril 1997 (Com. 526/1993, *Hill y Hill c. España*), cit., p. 17: el CDH afirmó que: “el Estado Parte se ha comprometido (...) a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación”. En el DtCDH 11 agosto 2000 (Com. 701/1996, *Gómez Vázquez c. España*), cit., p. 13, se lee: “De conformidad con el art. 2.3.a) del PIDCP, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada, salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el art. 14.5 del PIDCP”; en el DtCDH 27 julio 2009 (Com. 1493/2006, *Lecraft c. España*), cit., p. 9, el CDH afirmó que: “De conformidad con lo dispuesto en el art. 2.3.a) del PIDCP, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo, incluido un pedido de disculpas público”; etc.

103 Con bastante retraso, el CDH publica volúmenes en papel en los que se recogen una selección de las decisiones y dictámenes del CDH (CCPR/C/OP/1, 2, 3...). Es mucho más práctico tener en cuenta lo dicho sobre la “Base de datos de la jurisprudencia” en la nota 10, *supra*.

104 Los Informes anuales se pueden consultar en la siguiente dirección de Internet: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=27.

Por lo que se refiere a España, el análisis de los resultados del procedimiento de seguimiento contenido en los Informes anuales del CDH, da una impresión de un muy escaso cumplimiento por España de las medidas recomendadas en los dictámenes. De los 23 dictámenes en los que el CDH declaró incumplimientos del PIDCP por España, sólo en un caso, en el asunto *Lecraft*, el CDH consideró que, a la vista de las informaciones dadas por España y por la autora sobre la aplicación de las medidas correctivas recomendadas, no era necesario continuar examinando el asunto con arreglo al procedimiento de seguimiento¹⁰⁵. En todos los demás casos, el debate con el CDH sobre el cumplimiento de las medidas recomendadas en los dictámenes sigue abierto. En el extremo radicalmente opuesto al caso comentado, se encuentra el asunto *Morales Tornel y otros*. En su 108º período de sesiones, “el CDH decidió suspender [que no terminar] el diálogo de seguimiento, indicando que su recomendación no se había aplicado satisfactoriamente”¹⁰⁶. Es también llamativa la actuación de España en el asunto *Griffin*, que fue el primer caso español al que se aplicó el procedimiento de seguimiento. España respondió el 30 de junio de 1995, en una carta inédita, impugnando y refutando de hecho el dictamen del CDH¹⁰⁷. España no ha formulado respuesta alguna en trece asuntos en los que el CDH dictaminó su incumplimiento del PIDCP, pese a haber recibido varios requerimientos en este sentido del Relator Especial del CDH en función

105 NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/66/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 2011, p. 190. El CDH valoró positivamente tanto el hecho de que se diera amplia difusión al dictamen (se publicó en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia y su texto se envió al Consejo General del Poder Judicial, al TC, al TS, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio del Interior), como que el Estado español le había ofrecido disculpas (reunión el 11/11/2009 con, entre otros, el Ministro de Asuntos Exteriores; y el 15/01/2010, con el Secretario de Estado de Seguridad). La Sra. *Lecraft* alabó las medidas adoptadas por España en su intento de aplicar el dictamen, pero las consideró insuficientes. La medida de reparación efectiva recomendada por el CDH consistía en “una reparación efectiva, incluida una disculpa pública”. La autora perdió las reclamaciones, administrativa y judiciales, en España para obtener una indemnización en concepto de reparación efectiva y, aunque alternativamente solicitó una indemnización discrecional de 60.000 euros al Estado español, tampoco la obtuvo. Véase NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/65/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 2010, pp. 158-159 y NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/66/40): *Informe del CDH*, vol. I, cit., pp. 188-190.

106 NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/69/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 2014, p. 230. La medida recomendada en el DtCDH 20 marzo 2009 fue “la adopción de una medida de reparación efectiva, que incluya una indemnización adecuada”. Los autores reclamaron en vía administrativa una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado en relación con la muerte de su familiar en prisión, sin que le avisaran del agravamiento de su enfermedad mortal. El Dictamen CdE (198/2010), 29 abril, rechazó por extemporánea esta reclamación, al considerar, por una parte, que “se basaba en los mismos hechos que ya habían sido tratados en la SAN 27 octubre 1999 (ROJ 6376/1999) y en la STS 29 abril 2004 (ROJ 2859/2004), así como del ATC de 23 marzo 2006”, pese a que estos pronunciamientos judiciales fueron contradiados posteriormente por el DtCDH 20 marzo 2009 y, de otro lado, al firmar que “el dictamen del CDH, el carácter no vinculante de cuyas resoluciones ha sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia ordinaria y constitucional (STC 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70]), STS 30 abril 2001 (ROJ 3570/2001) y 9 marzo 2011 (ROJ 953/2011); así como SAN 7 mayo 2009 (ROJ 2183/2009); 30 marzo 2006 (ROJ 1365/2006); y 8 junio 2006 (ROJ 2629/2006); entre otras muchas”. Así lo entendió también el Ministerio del Interior, que el 21 de mayo de 2010 rechazó su solicitud de indemnización. Su reclamación fue posteriormente rechazada en vía judicial, tanto por el Tribunal Superior de Justicia, como por la STS 23 enero 2013, en la que expresamente afirmó que “el dictamen del CDH no es vinculante y no puede aducirse como fundamento para reclamar al Estado una indemnización económica”. Véase, además, NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/66/40): *Informe del CDH*, vol. I, cit., pp. 187-188; y NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/68/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 2013, pp. 219-220.

107 NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/53/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 1998, p. 93.

del tiempo transcurrido en cada asunto¹⁰⁸ y, en la práctica totalidad de los demás asuntos, su respuesta se presentó fuera de plazo.

En los momentos iniciales del procedimiento de seguimiento del cumplimiento de los dictámenes, la respuesta española estuvo hinchada de optimismo. Cabe recordar, por ejemplo, que en el asunto *Hill y Hill* la medida recomendada por el CDH fue la de proporcionar “un recurso efectivo que incluya una indemnización”. Por comunicación de 9 de octubre de 1997, España proporcionó información relacionada con este dictamen, aclarando: “que los solicitantes tienen derecho a iniciar procedimientos eficaces, ya sean mediante un recurso administrativo, judicial, constitucional (amparo) o hasta internacional (en virtud de la Convención Europea). A este respecto, España se remitió a los arts. 24.I, 106 y 121 CE relativos a la indemnización por daños y perjuicios que tienen su origen en la violación de los derechos de los individuos”¹⁰⁹.

Esta respuesta fue considerada satisfactoria por el CDH. No obstante, a medida que al CDH fueron llegando también las respuestas de los autores o de sus abogados, el CDH cambió de opinión y dejó de considerar a esta respuesta como satisfactoria¹¹⁰.

En este sentido, se puede afirmar que el análisis de la práctica seguida en España respecto de la solicitud de una indemnización por responsabilidad patrimonial al Estado español por mal funcionamiento o funcionamiento anormal de la administración, incluida la Administración de Justicia; el error judicial; los servicios policiales; el Estado legislador; ... en los asuntos en los que un dictamen del CDH recomendó esta medida, deja un sabor muy amargo. En todos los casos, el CdE, máximo órgano asesor del Gobierno español, emitió un dictamen desestimatorio de la reclamación de indemnización¹¹¹, lo que siempre ha concluido en decisiones

108 Los asuntos respecto de los cuales España no ha enviado ninguna respuesta sobre el seguimiento del cumplimiento del dictamen son los asuntos siguientes: *Ruiz Agudo, Martínez Muñoz, Terrón, Gomariz Valera, Alba Cabriada, Martínez Fernández, Lagunas Castedo, Oliveró Capellades, Conde Conde, García Sánchez y González Clares, Hens Serena y Corujo Rodríguez, Hachuel Moreno y Cunillera Arias*. Véase NU. Doc. CCPR/C/113/3: *Comité de Derechos Humanos. Informe de seguimiento sobre las comunicaciones individuales recibidas y transmitidas entre junio de 2014 y enero de 2015*, pp. 53-55.

109 NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/53/40): *Informe del CDH*, vol. I, cit., p. 100, pár. 499.

110 La consideración por el CDH de que esta respuesta de España era satisfactoria se prorrogó anualmente durante más de una década. La última valoración como satisfactoria de esta respuesta se encuentra en NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/63/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 2008, p. 136. No obstante, el 03/11/2008 los autores comunicaron al CDH que “tras haber pasado diez años valiéndose de todos los procedimientos internos de que disponían en el Estado Parte, todos ellos habían resultado infructuosos”. Informaron al CDH de que se les había denegado una reclamación administrativa de indemnización presentada contra el Ministerio de Justicia, así como desestimado un recurso judicial de apelación interpuesto ante una AP y un recurso de casación interpuesto ante el TS. Entre otras cosas, pidieron al CDH “que realice el seguimiento de este caso con el Estado Parte”. NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/64/40): *Informe del CDH*, vol. 2, Nueva York, 2009, p. 669. Ante esta comunicación, el CDH decidió no seguir considerando como satisfactoria la respuesta de España y continuar el diálogo de seguimiento. NU. Doc. Sup. n.º 40 (A/64/40): *Informe del CDH*, vol. I, Nueva York, 2009, p. 131.

111 Véanse los dictámenes del CdE (3352/2001), 21 marzo; (431/2007), cit.; (526/2010), cit.; (198/2010), cit.; (1955/2010), cit.; (26/2013), 23 mayo; y (425/2017), cit.

ministeriales denegatorias de cualquier indemnización. Aunque estas decisiones denegatorias han sido recurridas en vía judicial, sólo en un único asunto se logró el reconocimiento judicial de una indemnización. En los demás casos, siempre se han denegado las indemnizaciones¹¹². La única excepción se produjo en el asunto *Ruiz Agudo*. Cabe recordar que, en este asunto, el CDH dictaminó que una demora de 11 años en el proceso judicial de primera instancia y de más de 13 años hasta el rechazo de la apelación vulneró el derecho del autor a ser juzgado sin dilaciones indebidas; y que el CDH recomendó “un remedio efectivo, que incluya una indemnización por la duración excesiva del juicio”. La SAN 24 mayo 2005 ordenó el pago de 600 euros al autor como indemnización por el deficiente funcionamiento del sistema judicial de que había sido víctima. No obstante, el autor informó al CDH que “la cuantía de la indemnización concedida por la AN es puramente simbólica y que no se la puede considerar suficiente”¹¹³. El CDH compartió esta opinión, al considerar que el diálogo de seguimiento sobre este asunto aún sigue en curso¹¹⁴.

Esta misma situación también se reprodujo en los asuntos en los que los dictámenes de condena a España se basaron en incumplir la llamada “doble instancia penal”. Baste recordar el primer asunto sobre este tema: el asunto *Gómez Vázquez*. En su Nota verbal de 16/11/2000, España insistió de nuevo en refutar los dictámenes del CDH, remitiéndose al Convenio europeo de derechos humanos y a la interpretación del TEDH en relación con la casación francesa. Pero, además, España invocó el art. 121 CE “como recurso eficaz en casos en que un organismo internacional considere que ha habido violación”¹¹⁵. No obstante, el abogado del autor informó al CDH mediante Carta de 25/08/2001 que, aunque la Sala General de Magistrados del TS había decidido dar efecto al dictamen del CDH, sus peticiones ante la Sala de lo Penal del TS habían sido infructuosas¹¹⁶. De hecho, el ATS 14 diciembre 2001 (ROJ 8958/2001) rechazó la solicitud del autor en la que se alegaba un presunto efecto directo del dictamen del CDH

112 El último dictamen, hasta la fecha, en el que el CDH declaró el incumplimiento del PIDCP por España fue el asunto *Aarrass*. En el proceso de seguimiento, España comunicó sin pudor al CDH que: “Con respecto a la cuestión de la indemnización, las recomendaciones del CDH no son directamente aplicables como disposiciones legales y no tienen efecto directo en la legislación española. Como resultado de ello, según la jurisprudencia española, el autor no puede presentar las recomendaciones del CDH ante la autoridad competente para obtener indemnización”. NU. Doc. CCPR/C/115/3 (23/12/2015): *Informe de seguimiento sobre comunicaciones individuales, aprobado por el CDH en su 115º periodo de sesiones (19/10/2015 a 06/11/2015)*, p. 27/30.

113 NU. Doc. Sup. n.º. 40 (A/61/40): *Informe del CDH*, vol. 2, Nueva York, 2006, p. 759.

114 NU. Doc. Sup. n.º. 40 (A/61/40): *Informe del CDH*, vol. 1, Nueva York, 2006, p. 125.

115 NU. Doc. Sup. n.º. 40 (A/56/40): *Informe del CDH*, vol. 1, Ginebra, 2001, p. 147, pár. 198.

116 NU. Doc. Sup. n.º. 40 (A/57/40): *Informe del CDH*, vol. 1, Ginebra, 2002, p. 131, pár. 250.

en el Derecho interno español¹¹⁷. Lo mismo hizo el TS en situaciones similares¹¹⁸. Tampoco acudir al Defensor del Pueblo se ha revelado eficaz¹¹⁹.

Incluso con carácter más general, cabe afirmar que la actitud de España en el seguimiento del cumplimiento de los dictámenes en los que el CDH declaró su incumplimiento del PIDCP ha sido altamente insatisfactoria. De conformidad con el art. 40 del PIDCP, España presentó su Cuarto Informe periódico al CDH el 02/06/1994¹²⁰. Durante su debate con el CDH, el representante español volvió a afirmar que, cuando el CDH dictaminase el incumplimiento por España del PIDCP, la víctima siempre tendría derecho a solicitar una compensación en virtud de los arts. 121 y 106.2 CE¹²¹. No obstante, ante la insistencia del CDH, el mismo representante español no tuvo más remedio que afirmar que, si el CDH declarase el incumplimiento del PIDCP, tal conclusión daría lugar a un recurso judicial en España y, una vez se hubieran agotado todos los recursos disponibles en España, el mismo asunto regresaría al CDH. Añadió que la única forma de cambiar este procedimiento sería la de formular un nuevo PFPIDCP. El representante español no tuvo reparos en afirmar que el CDH no era la máxima autoridad en el ordenamiento jurídico de un Estado Parte y que no existía ninguna disposición jurídica en España para la revisión de los juicios basándose en cualquier dictamen que el CDH pudiera emitir¹²².

Esta respuesta no pasó inadvertida al CDH. Cuando España presentó, el 11/12/2007, su Quinto Informe periódico, la primera pregunta que se incluyó

117 En marzo de 2005, este mismo abogado informó al CDH que “En España no existe, en general, ningún procedimiento para aplicar las decisiones/fallos sobre quejas individuales de los órganos internacionales de derechos humanos, situación que ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo, colegios de abogados y organizaciones no gubernamentales”. NU. Doc. Sup. n° 40 (A/60/40): *Informe del CDH*, vol. 2, Nueva York, 2005, pp. 548-549.

118 Por ejemplo, en el asunto *Sineiro Fernández*, el ATS 16 febrero 2004 (ROJ 1773/2004) rechazó la petición de anulación de la sentencia y la condena. *Ibid.*, p. 550. Quejas similares de no satisfacción se encuentran en los asuntos *Semey* (NU. Doc. Sup. n° 40 (A/59/40): *Informe del CDH*, vol. 1, Ginebra, 2004, p. 175, pár. 252); *Terrón* (NU. Doc. Sup. n° 40 (A/61/40): *Informe del CDH*, vol. 2, cit., pp. 758-759); *Alba Cabriada* (NU. Doc. Sup. n° 40 (A/65/40), *Informe del CDH*, vol. 1, cit., pp. 157-158); *Martínez Fernández* (NU. Doc. Sup. n° 40 (A/68/40) *Informe del CDH*, vol. 1, cit., pp. 214-220); etc.

119 En el asunto *Achabal Puertas*, “La autora presentó una queja ante el Defensor del Pueblo en la que denunciaba el incumplimiento por el Estado Parte de la decisión del CDH. El 3 de febrero de 2015, la queja de la autora fue desestimada. En la decisión adoptada se disponía que el Estado Parte no adoptaría ninguna medida con respecto a la decisión del CDH, por cuanto consideraba que no había habido violación alguna de un derecho reconocido de la autora. En particular, la decisión subrayaba la inadmisibilidad de la comunicación de la autora ante el CDH, puesto que su caso ya había sido presentado ante el TEDH, que lo había declarado inadmisibile. El Defensor del Pueblo señaló además que, como el CDH no había respetado la reserva formulada por el Estado español, la decisión del CDH no era vinculante para España”. NU. Doc. CCPR/C/115/3 (23/12/2015): *Informe de seguimiento sobre comunicaciones individuales, aprobado por el CDH en su 115° período de sesiones (19/10/2015 a 06/11/2015)*, p. 26/30.

120 NU. Doc. CCPR/C/95/Add.1 (05/08/1994): *Cuartos informes periódicos que los Estados Parte deben presentar en 1994. España*, cit., 33 págs.

121 Intervención del representante de España, Sr. Borrego, el 20/03/1996 ante el CDH. Cfr. NU. Doc. CCPR/C/SR.1479 (19/04/1996): *Human Rights Committee, Fifty-sixth session, Summary Record of the 1.479th Meeting*, p. 4, pár. 14.

122 Intervención del mismo representante ante el CDH el 21/03/1996. Cfr. NU. Doc. CCPR/C/SR.1480 (26/04/1996): *Human Rights Committee, Fifty-sixth session, Summary record of the 1480th Meeting*, p. 6, pár. 16.

en la “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar” este Informe, fue: “¿Qué mecanismos y procedimientos ha creado el Estado Parte para garantizar el seguimiento adecuado de las observaciones finales y dictámenes del CDH?”, preguntándole, además, por las medidas adoptadas por España para dar seguimiento a todos y cada uno de los dictámenes en los que el CDH había declarado incumplimientos del PIDCP por España¹²³. Ante las generalidades de la respuesta española, la primera “observación final” del CDH en el apartado “Principales motivos de preocupación y recomendaciones”, fue: “El CDH observa con preocupación la falta de información sobre las medidas concretas adoptadas por el Estado Parte para dar seguimiento a las observaciones del CDH en relación con el PFPIDCP (arts. 2 y 14)”. Esta observación final fue acompañada de la siguiente recomendación: “El Estado Parte debería facilitar información detallada sobre las medidas concretas adoptadas para dar seguimiento a las observaciones del CDH en relación con el PFPIDCP”¹²⁴.

En el Sexto (y de momento último) Informe periódico presentado por España el 27/12/2012, España no incluyó ninguna información específica sobre este tema. Por ello, basándose en la recomendación anterior, el CDH le solicitó de nuevo información sobre el procedimiento vigente para implementar los dictámenes adoptados por el CDH en aplicación del PFPIDCP, así como sobre las medidas adoptadas para dar seguimiento a cada uno de los dictámenes en los que el CDH declaró incumplimientos del PIDCP por España¹²⁵. Ante la inconcreción de la respuesta española, cabe destacar que otra vez la primera “observación final” del CDH en el apartado “Principales motivos de preocupación y recomendaciones”, fue: “El CDH toma nota de las explicaciones ofrecidas por la delegación del Estado Parte y lamenta que, a pesar de lo establecido en el artículo 10 CE, no se asegura la aplicación directa del PIDCP en el ordenamiento interno. El CDH lamenta, asimismo, la ausencia de un procedimiento específico de implementación de los dictámenes adoptados por el CDH en aplicación del PFPIDCP”.

También en esta ocasión, el CDH la acompañó de la siguiente recomendación: “El Estado Parte debe garantizar el pleno cumplimiento, en el ordenamiento jurídico nacional, de las obligaciones que le impone el PIDCP. Con ese fin, debe tomar las

123 Véanse NU. Doc. CCPR/C/ESP/5 (05/02/2008): *Examen de los Informes presentados por los Estados Parte en virtud del art. 40 del PIDCP. Quinto informe periódico. España*, 28 págs.; y NU. Doc. CCPR/C/ESP/Q/5 (07/08/2008): *Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el Quinto Informe Periódico de España (CCPR/C/ESP/5)*, p. 1, pár. 1.

124 Véanse NU. Doc. CCPR/C/ESP/Q/5/Add.1 (14/10/2008): *Respuestas a la lista de cuestiones (CCPR/C/ESP/Q/5) que deben abordarse al examinar el Quinto Informe Periódico del Gobierno de España (CCPR/C/ESP/5)*, pp. 2-5; y NU. Doc. CCPR/C/ESP/CO/5 (05/01/2009): *Examen de los Informes presentados por los Estados Parte con arreglo al art. 40 del PIDCP. Observaciones finales del CDH, España*, p. 2, pár. 8.

125 Véanse NU. Doc. CCPR/C/ESP/6 (10/05/2013): *Examen de los Informes presentados por los Estados Parte en virtud del art. 40 del PIDCP. Sexto informe periódico que los Estados Parte debían presentar en 2012. España*, 47 págs.; y NU. Doc. CCPR/C/ESP/Q/6 (20/11/2014): *Lista de cuestiones relativa al Sexto Informe Periódico de España (CCPR/C/ESP/5)*, p. 1, pár. 1.

medidas correspondientes, incluyendo medidas legislativas si fueren necesarias, para garantizar la plena aplicación del PIDCP. El CDH reitera su recomendación anterior (CCPR/C/ESP/CO/5, pár. 8) con el fin de dar un seguimiento a los dictámenes emitidos por el CDH con arreglo al PFPIDCP".

No puede considerarse como totalmente satisfactorio el cumplimiento por España de las medidas de garantía de no repetición de los incumplimientos del PIDCP dictaminados por el CDH. Centrándonos en las condenas por la inexistencia de la llamada "doble instancia penal", que recordamos representa sobradamente la mayoría de los asuntos en los que el CDH ha declarado el incumplimiento del PIDCP por España, es fácil constatar cómo España ha cumplido muy tardíamente y de manera incompleta las recomendaciones del CDH.

De no ser por una jurisprudencia extensiva del TC, seguida por el TS y por muchos de los tribunales españoles, el número de condenas a España por esta razón hubiera sido mucho mayor. Así, desde la STC 42/1982, 5 de julio, el TC tiene declarado que el contenido del art. 14.5 del PIDCP y el recurso ante un Tribunal superior deben formar parte de las garantías del proceso penal, de modo que "deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento" y ha precisado que, del contenido de ese precepto del PIDCP "se desprende claramente que no se establece propiamente una doble instancia sino una sumisión del fallo condenatorio de la pena a un "Tribunal Superior", sumisión que habrá de ser conforme a "lo prescrito por la Ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades"¹²⁶. Desarrollando ese punto de partida, los posteriores pronunciamientos del TC han asentado la jurisprudencia acerca de que, adecuadamente interpretado, el recurso de casación puede servir a los fines de esa revisión por un Tribunal superior¹²⁷. Ya he indicado que el CDH declaró inadmisibles un alto número de comunicaciones presentadas contra España sobre una base *ad hoc*, cuando comprobó que, en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, sí que se había producido una revisión de la prueba y de la condena en segunda instancia en asuntos concretos¹²⁸. No obstante, cuando el CDH comprobó que esta doctrina judicial no se había aplicado correctamente, decidió primero la admisión del asunto a trámite y, después, dictaminó el incumplimiento del art. 14.5 del PIDCP por España.

Durante algunos años, España alegó ante el CDH que estaba desarrollando trabajos legislativos para introducir en el Derecho español, de manera generalizada, la segunda instancia penal. En este sentido, cabe destacar la aprobación de la Ley

¹²⁶ STC 42/1982, 5 de julio (RTC 1982, 42); 76/1982, 14 diciembre (RTC 1982, 76); etc.

¹²⁷ STC 51/1985, 10 abril (RTC 1985, 51); 30/1986, 20 febrero (RTC 1986, 30); y 123/1986, 22 octubre (RTC 1986, 123), entre otras muchas.

¹²⁸ Vide *supra*, notas 26, 27 y 28.

Orgánica nº. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica nº. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹²⁹. Como se afirma en la Exposición de motivos de esta Ley Orgánica: “En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las APs en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la AN. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del TS, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio del 2000 del CDH, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el PIDCP”.

La efectividad de esta ley para generalizar la doble instancia penal debe ser necesariamente matizada. En primer lugar, porque el propio Gobierno español, con bastante prepotencia, comunicó al CDH que esta Ley Orgánica no tenía efectos retroactivos, por lo que las personas ya condenadas con sentencia firme, pese a cualquier dictamen del CDH, no se podrían beneficiar de la misma¹³⁰. De hecho, no se entiende muy bien como en la Exposición de motivos se afirma que, con esta Ley Orgánica, “se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia” del dictamen del CDH en el asunto *Gómez Vázquez*. En segundo lugar, esta Ley Orgánica llama a engaño, al afirmar que pretendía la “generalización” de la segunda instancia penal, puesto que su alcance fue incompleto, al no abarcar todos los supuestos posibles en los que debía instaurarse la doble instancia¹³¹. Finalmente, esta Ley Orgánica fue durante muchos años bastante inoperante. Es cierto que esta Ley Orgánica modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, creando una Sala de Apelaciones en la AN, que conocerá “de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal”, y otorgó, a la Sala de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento “de los recursos

¹²⁹ Publicada en: BOE nº. 309, de 26/12/2003, pp. 46.025 y ss.

¹³⁰ Por ejemplo, dentro del procedimiento de seguimiento del DtCDH 30 julio 2003 (Com. 986/2001, *Semey c. España*), se lee que: “El 05/03/2004, el Estado Parte envió su respuesta sobre las medidas adoptadas, en la que declaraba que la modificación de la legislación no tiene efecto retroactivo y, en consecuencia, las personas ya condenadas y cuyas condenas hayan pasado a ser definitivas antes de la entrada en vigor de la enmienda, no se beneficiarían de ella. Según el Estado Parte, no se puede considerar que el dictamen del CDH obliga a modificar *ex officio* una sentencia definitiva. De otro modo, todas las personas que en el futuro presentarán casos al CDH alegando una violación del art. 14.5, tendrían derecho a que se revisaran sus condenas, resultado éste que el Estado Parte considera inaceptable y contrario al principio de *res iudicata*. En consecuencia, el Estado Parte sostiene que corresponde al autor buscar los medios jurídicos que considere oportunos para impugnar su condena”. NU. Doc. Suplemento nº. 40 (A/59/40): *Informe del CDH*, vol. I, cit., p. 175, pár. 252. En la frase final de esta comunicación, el Estado español parece olvidar que el CDH declaró el incumplimiento del PIDCP por España y no por el Sr. Semey, así como que la recomendación de proporcionar una segunda instancia penal se dirigía al Estado español, y no a la víctima.

¹³¹ Como señaló CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *La Segunda Instancia Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 36 y ss., de esta Ley Orgánica se excluyeron tanto los litigios que se sigan ante la Sala de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o ante la Sala Segunda del TS cuando la persona imputada sea aforada, así como, por motivos manifiestamente distintos, los litigios atribuidos al Tribunal del Jurado, donde la apelación no permite acceder a un doble grado. Ya he indicado que el CDH estimó que tampoco hay segunda instancia penal, pese a esta Ley Orgánica, cuando la sentencia en apelación es condenatoria después de la absolución en primera instancia o, incluso, cuando en segunda instancia se agrava la condena impuesta en primera instancia.

de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las APs, así como el de todos aquellos previstos por las leyes”. También es cierto que la Disposición final segunda de esta Ley Orgánica afirmó que: “en el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley”. No obstante, estos desarrollos normativos no se concretaron durante más de una década, mermando notablemente el alcance de la “generalizada” segunda instancia penal.

De hecho, hubo que esperar hasta que el 05/10/2015 se aprobara la Ley n.º 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales¹³², también con la finalidad, según su exposición de motivos, de “proceder a generalizar la segunda instancia penal” en desarrollo del derecho reconocido por el art. 14.5 del PIDCP. Aunque esta Ley sí satisface las necesidades de desarrollo normativo de la Ley Orgánica n.º 19/2003, no ha remediado sin embargo el alcance limitado que dicha Ley Orgánica padecía. Sigue sin haber segunda instancia penal para las personas aforadas que sean condenadas en primera instancia¹³³, así como tampoco para los supuestos de condena en segunda instancia después de absolución en primera o de agravamiento de condena en segunda instancia¹³⁴.

Dado que para estos supuestos no se ha introducido ninguna medida que dé efecto a las recomendaciones que el CDH formuló a España, el CDH seguirá emitiendo para estos dos supuestos dictámenes, conforme a su “jurisprudencia reiterada”, que declaren el incumplimiento por España del art. 14.5 del PIDCP.

¹³² Publicada en: *BOE* n.º. 239, de 06/10/2015, pp. 90.220 y ss.

¹³³ El TC tiene una jurisprudencia consolidada conforme a la cual la atribución de competencia en primera instancia al TS es una garantía adicional (que deriva del art. 123 CE) que se confiere a los diputados y senadores; añadiendo que la garantía de ser juzgado por el tribunal de más alta jerarquía sustituye a la garantía de la segunda instancia y disculpa la falta de un segundo grado jurisdiccional.

¹³⁴ La jurisprudencia del TC es radicalmente contraria a esta posibilidad. En la STC 16/2011, 28 febrero (RTC 2011, 16), reiterando pronunciamientos previos (STC 296/2005, 21 noviembre [RTC 2005, 296]; 104/2006, 3 abril [RTC 2006, 104]; y 60/2008, 26 mayo [RTC 2008, 60]), el TC afirmó que “la ausencia de un instrumento de revisión de la Sentencia condenatoria en apelación no supone la ausencia de una garantía procesal de rango constitucional. No forma parte esencial de la que incorpora el art. 14.5 del PIDCP como instrumento de interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la constituida por la existencia en todo caso tras una condena penal de la posibilidad de un pronunciamiento posterior de un Tribunal superior, pronunciamiento que podría ser el tercero en caso de que la resolución inicial fuera absolutoria o incluso en caso de que la revisión aumentase la pena inicialmente impuesta. Lo que en este contexto exige el contenido de la garantía, que se ordena tanto al ejercicio de la defensa como a la ausencia de error en la decisión judicial, es que en el enjuiciamiento de los asuntos penales se disponga de dos instancias. Por ello, ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena de nuevas instancias que podría no tener fin”.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Al ratificar el PFPIDCP, España ha reconocido la competencia del CDH para recibir comunicaciones de individuos en las que se aleguen presuntos incumplimientos de disposiciones concretas del PIDCP por España. El Estado español se ha defendido bastante bien, aduciendo la “reiterada jurisprudencia” del CDH, siempre que se ha discutido una decisión de admisibilidad o un dictamen sobre el fondo en un asunto que se planteara contra España. Sin duda, este buen conocimiento de la “jurisprudencia reiterada” del CDH por parte de los representantes explica en gran medida el reducido porcentaje de comunicaciones individuales en las que el CDH ha dictaminado incumplimientos del PIDCP por parte de España.

Esta actitud contrasta notablemente con el seguimiento que en España se ha realizado de los dictámenes del CDH que han declarado incumplimientos españoles del PIDCP. Más de dos décadas después de que el CDH dictaminara por primera vez un incumplimiento del PIDCP por parte de España, el CDH sólo ha considerado que, en un único asunto de los 23 posibles, España ha cumplido satisfactoriamente las medidas que el CDH recomendó para remediar tal incumplimiento. Son, incluso, muchos los asuntos en los que el Estado español se ha negado a dar la más mínima información al CDH sobre el cumplimiento de estos dictámenes. Ello podría ser considerado como una infracción del deber de España de cumplir de buena fe las disposiciones del PFPIDCP. Este insatisfactorio cumplimiento por parte de España de los dictámenes del CDH se explica, aunque no se justifica, por la práctica administrativa y judicial española que, hasta la fecha, ha sido “uniforme” al afirmar la falta de eficacia jurídica vinculante de estos dictámenes, además de la inexistencia de procedimientos judiciales para darles cumplimiento. De manera unánime, todos los tribunales españoles y la propia administración han afirmado que ni el PIDCP ni el PFPIDCP dan efectos jurídicos vinculantes a estos dictámenes. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en virtud de los arts. 10 y 96 de la Constitución Española, tanto el PIDCP como el PFPIDCP sí tienen fuerza jurídica ejecutoria o vinculante en España. Si el CDH dictamina que España ha incumplido estos tratados, su opinión sí deberá tener relevancia en el Derecho español. España tiene que cumplir de buena fe los tratados internacionales que ha celebrado y no se puede olvidar que el CDH es el órgano de expertos independientes de Naciones Unidas creado por el PIDCP y por el PFPIDCP para controlar su correcta interpretación y aplicación. Es, en definitiva, el órgano que realiza la interpretación auténtica de ambos tratados internacionales y el encargado de controlar su cumplimiento por los Estados Partes. En este caso, de que España no está cumpliendo adecuadamente los tratados internacionales sobre derechos humanos que hemos ratificado.

No debe olvidarse que el art. 2.3, a) del PIDCP obliga a los Estados Partes a garantizar que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el [...] PIDCP hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo”. El hecho de que en España no exista ningún cauce administrativo o procesal específico para dar cumplimiento a estos dictámenes es imputable únicamente al Derecho español. Es cierto que ni el PIDCP ni el PFPIDCP crean u obligan a crear nuevos procedimientos judiciales en el Derecho español. Pero, de hecho, tampoco lo prohíben. Los Estados Partes tienen un amplio abanico de posibilidades para cumplir de buena fe los compromisos que les imponen los tratados internacionales sobre derechos humanos que ratifican y, de hecho, nada impide que creen procedimientos administrativos o judiciales para la revisión de los incumplimientos del PIDCP declarados por el CDH. Lamentablemente, en España no hemos llegado todavía a esta situación. No obstante, como ha demostrado la reciente STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018), la inexistencia de un recurso administrativo o procesal específico para dar cumplimiento a los dictámenes condenatorios emitidos por un Comité de control de los derechos humanos no es óbice procesal, ni impedimento de ninguna clase, para el ejercicio, con posibilidades de éxito, de una reclamación patrimonial contra el Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia. Por lo tanto, la inexistencia de recursos judiciales específicos no significa que en el Derecho español no existan recursos judiciales, aunque sean de carácter general, que cumplan con el standard de ser recursos “efectivos”. Con esta constatación, es de esperar que cambie la jurisprudencia de los tribunales españoles relativa al reconocimiento de efectos jurídicos internos obligatorios a los dictámenes del CDH.

El insatisfactorio cumplimiento por España de estos dictámenes llega, incluso, a las medidas de garantía de no repetición recomendadas por el CDH. La principal causa de incumplimiento por parte de España del PIDCP identificada por el CDH es la inexistencia de la llamada “doble instancia penal”. Contrasta mucho el buen conocimiento de la “jurisprudencia reiterada” del CDH evidenciado por la representación española al defenderse de comunicaciones individuales, con la ignorancia evidenciada en cumplir tardía e incompletamente la garantía de no repetición en estos casos. El primer dictamen condenatorio por este motivo se produjo en el año 2000 y, actualmente, después de dos reformas legislativas en 2003 y en 2015, sigue sin haberse instaurado la segunda instancia penal para las personas aforadas que sean condenadas en primera instancia, así como tampoco para los supuestos de condena en segunda instancia después de absolución en primera o de agravamiento de condena en segunda instancia. Esta actitud española tiene como consecuencia automática la de aceptar que el CDH seguirá en el futuro emitiendo dictámenes en los que declare que, en estos supuestos, España infringe el art. 14.5 del PIDCP. Está por ver si el coste político de mantener esta actitud se revela rentable. En el momento actual, parece cuestión de tiempo que

el TS emita una sentencia, muy probablemente condenatoria, contra los líderes del proceso independentista catalán. Habrá que asumir, y a mí me cuesta, que cualquier sentencia condenatoria que pudiera emitir el TS en este asunto, si se lleva al CDH, será posteriormente declarada como un incumplimiento por España del art. 14.5 del PIDCP, por no haber instaurado la segunda instancia penal.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL STOFFELS, R.: "The «effectiveness» of CEDAW Committee Decisions: *Ángela González Carreño v. Spain*", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, 2015.

BJÖRN, A.: "Observaciones sobre la práctica de España ante los mecanismos de información de Naciones Unidas en materia de derechos humanos", en AA.VV.: *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dir. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), vol. 2, Escuela Diplomática, Madrid, 2009.

BOU FRANCH, V.: "El cumplimiento en España de las sentencias y dictámenes de los órganos de control del cumplimiento de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Comentario a la STS de España núm. 2747/2018, de 17 de julio", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019.

BOU FRANCH, V.; CASTILLO DAUDÍ, M.: *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *La Segunda Instancia Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio", *Revista española de Derecho internacional*, vol. 71, núm. 1, 2019.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: "La ejecución de sentencias y dictámenes de tribunales y comités", en AA.VV.: *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (dir. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), vol. 2, Escuela Diplomática, Madrid, 2009.

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018.

LÓPEZ MARTÍN, A. G.: "La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos: ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?", *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 5, 2004.

LÓPEZ MARTÍN, A. G.: "Los requisitos de admisibilidad de las reclamaciones individuales por violación de derechos humanos. Examen comparativo del sistema del Consejo de Europa y del sistema de Naciones Unidas", en AA.VV.: *Los derechos*

humanos en la sociedad internacional del siglo XXI (dir. por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), vol. I, Escuela Diplomática, Madrid, 2009.

RUILOBA ALVARIÑO, J.: "El Comité de Derechos Humanos", en AA.VV.: *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos* (dir. por C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ), Dilex, Madrid, 2010.

RUILOBA ALVARIÑO, J.: "El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966", en AA.VV.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (dir. por C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ), 4ª ed., Dilex, Madrid, 2011.

VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

DISCAPACITADOS, INCAPACES E INCAPACITADOS.
PROBLEMAS EN TORNO A LA NULIDAD Y ANULABILIDAD
DE SUS ACTOS

*INCAPABLE AND DISABLED. PROBLEMS AROUND NULLITY
AND ANNULABILITY OF THEIR ACTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 60-83



Borja Del
CAMPO
ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 2 de diciembre de 2019

RESUMEN: En el presente estudio se analizan diferentes visiones sobre la situación jurídica de las personas discapacitadas, incapaces e incapacitadas conforme a criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales. Se hace además un examen de la problemática en torno a la validez y eficacia de sus actos y negocios jurídicos, haciendo una breve referencia a las principales novedades del Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil; discapacitados; incapaces; nulidad; anulabilidad.

ABSTRACT: *In this study, different views on the legal situation of incapable and disabled people are analysed according to normative, doctrinal and jurisprudential criteria. An examination of the problem regarding the validity and effectiveness of their legal acts and businesses is also made, making a brief reference to the main novelties of the Draft Law on Civil and Procedural Reform on Disability.*

KEY WORDS: *Civil Law; disabled; incapable; nullity; annulability.*

SUMARIO.- I. MARCO NORMATIVO-TERMINOLÓGICO. LOS CONCEPTOS DE DISCAPACITADO, INCAPAZ E INCAPACITADO. - II. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE MENORES O INCAPACITADOS. - 1. Incapaz vs. incapacitado. Matices y teorías a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. - 2. Tratamiento jurídico de la controvertida figura de la persona discapacitada o con diversidad funcional. - 3. Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. El Derecho Civil ante nuevas realidades.

I. MARCO NORMATIVO-TERMINOLÓGICO. LOS CONCEPTOS DE DISCAPACITADO, INCAPAZ E INCAPACITADO.

La cuestión relativa a la nulidad y anulabilidad de los actos y negocios jurídicos constituye uno de los temas más complejos en la órbita iusprivatista del ordenamiento jurídico español. La confusa regulación y la imprecisión terminológica reinante en nuestro CC añaden, más si cabe, dificultad a su estudio.

Asimismo, si se circunscribe esta cuestión al ámbito de menores e incapacitados el análisis de este tema cobra una especial relevancia, dadas las diferentes situaciones que pueden producirse. A este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aportado razonamientos diversos y heterogéneos¹.

A lo largo de esta disertación se pretende exponer una teorización sobre el estatuto jurídico de las personas discapacitadas, incapaces e incapacitadas conforme a criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales. A pesar de su elevado interés dogmático, esta cuestión tiene una innegable practicidad dado los numerosos casos que surgen en el tráfico jurídico habitual.

Ello sirve como punto de partida para abordar el examen del objeto principal del presente análisis: la delimitación de las no siempre claras categorías de nulidad y anulabilidad, con especial referencia a la problemática que se genera en torno a los actos y negocios jurídicos de estas personas, teniendo muy presentes los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 23, I, 2011, pp. 53-81; MARTÍN PÉREZ, A.: “Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penedés* (coord. por F.P. BLASCO GASCO), vol. 2, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1469-1485.

• Borja del Campo Álvarez

Investigador pre-doctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: campoborja@uniovi.es

Antes de abordar el tema en profundidad, cabe realizar alguna precisión en relación con su marco normativo-terminológico. Cabe distinguir entre los conceptos de discapacitado, incapaz e incapacitado. Huelga señalar que esta categorización responde a criterios técnicos y no tiene *per se* connotación peyorativa alguna.

Bien es cierto que son términos que, aparentemente, pueden tener significados sinónimos. Sin embargo, desde una perspectiva técnica, no son conceptos jurídicos análogos y su uso no es, por tanto, indistinto independientemente de que se encuentren, en buena medida, muy interconectados.

Esta habitual confusión terminológica viene motivada, entre otras razones, porque cada uno de estos términos tienen como raíz el vocablo “capacidad”, de origen etimológico latino (*capacitas-capacitatis*). Asimismo, son situaciones jurídicas en las que, con cierta frecuencia, pueden concurrir en una misma persona².

Todo ello sumado a que, en la actualidad, se muestra especial cuidado en el uso del lenguaje para referirse a este y otros colectivos³. Se trata, en definitiva, de evitar un léxico despectivo que pueda dañar la dignidad de aquellas personas que tienen modificada su capacidad de obrar y/o que presentan “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”, como recoge la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad de 2008 (en inglés, CRPD)⁴.

Al margen de estas consideraciones de naturaleza semántica, existen matices jurídicos de gran trascendencia. Este estudio no tiene por objeto realizar un análisis de los ya muy clarificados conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar⁵,

2 Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad”, cit., p. 55, a este respecto “la relación entre incapacidad y discapacidad es poliédrica. Así, no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial. Constituye, por ello, lo usual, que las personas incapacitadas, cuya tutela ha sido conferida a una persona jurídica fundacional, sufran algún tipo de discapacidad”.

3 A este respecto algún autor ha señalado que “cabe subrayar que la terminología empleada para referirse a las mismas ha sufrido un profundo cambio, que ha tendido a la dignificación del nombre con que se las designa y así, desde la utilización de vocablos como anormales, subnormales, deficientes mentales o minusválidos psíquicos, se ha llegado a la actual denominación de discapacitados psíquicos. Se ha producido asimismo una evolución tanto en la clasificación científica de los distintos tipos de discapacidades, como en el tratamiento y la ayuda requerida por las personas que se encuentran en estas situaciones. Cabe subrayar, por otra parte, que existen discapacidades de muy diferente naturaleza y que, en consecuencia, requieren un tratamiento específico y diferenciado”. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad”, cit., p. 57.

4 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. por S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.

5 Cfr. DE CASTRO CID, B.: “Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en AA.VV.: *Manual de teoría del Derecho*, Universitas, Madrid, 2004, pp. 213-228; GULLÓN BALLESTER, A.: “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en AA.VV.: *Estudios de derecho judicial*, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial (coord.

nociones básicas del Derecho de la persona. Sin embargo, conviene aludir a alguna idea general a este respecto.

Como bien sabemos, la capacidad jurídica está vinculada directamente con la adquisición de la personalidad y, en consecuencia, con el nacimiento. Así, el concepto de capacidad jurídica está construido en paralelo al de personalidad. Por ello, toda persona, por el hecho de nacer conforme a los requisitos del art. 30 CC, tiene capacidad jurídica.

La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, es decir, se traduce fundamentalmente en la capacidad de ser sujetos de derechos. Algo que, por muy evidente que pueda parecer hoy en día, no siempre se ha concebido de esta manera a lo largo de la Historia⁶.

De otro lado, la capacidad de obrar es esa facultad para ejercer los derechos subjetivos y cumplir con las obligaciones jurídicas. Como regla general, puede afirmarse que todas las personas mayores de edad tienen capacidad de obrar, salvo que incurran en alguna de las causas modificativas.

Es de sobra conocida la idea de que la capacidad de obrar se adquiere de forma progresiva. Con el cumplimiento de la mayoría de edad, se adquiere plena capacidad de obrar, por lo menos, para actos y negocios jurídicos de la órbita iusprivatista. No obstante, existen en nuestro ordenamiento figuras que, como la emancipación, permiten adelantar sus efectos cumpliendo una serie de previsiones legales⁷.

Dos son las circunstancias que pueden modular la capacidad de obrar. En primer lugar, la edad. Los menores de edad están sometidos, hasta que se emancipan o adquieren la mayoría de edad, a la figura de la patria potestad⁸, la cual se puede prorrogar en determinados supuestos.

En segundo lugar, pueden existir sujetos mayores de edad con enfermedades o deficiencias físicas, psíquicas y/o sensoriales persistentes que le impiden gobernarse por sí mismo. Así y por estas circunstancias, no han alcanzado o han perdido de

por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓ MARTÍN), núm. 22 (ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica), Madrid, 1999, pp. 11-22.

6 Cfr. BUIGUES OLIVER, G.: "Algunas consideraciones acerca de la capacidad jurídica de la mujer en Roma: ¿era posible que el marido ejerciera la tutela?", en AA.VV.: *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. I, Universitat de Valencia, Valencia, 1989, pp. 169-180; FORTUNAT STAGL, J.: "La concepción gayana de persona y la capacidad jurídica parcial de los esclavos", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 30, 2018.

7 Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor* (coord. por M.P. POU DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibric Ediciones, Málaga, 2009, pp. 7-18.

8 Cfr. NIETO MARTÍNEZ, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 3 (julio-septiembre), 2016, pp. 1-47.

forma sobrevenida la aptitud natural de querer y entender: son, como se suele afirmar, incapaces. Pueden estar sometidos a alguna de las figuras especiales de protección tales como la tutela, la curatela o la guarda de hecho⁹. En cualquier caso, la relación entre estas circunstancias no conlleva, de forma directa, que cualquier problema psíquico, físico o sensorial suponga una incapacidad para el autogobierno de la persona.

En nuestro ordenamiento jurídico existe la presunción de que una persona mayor de edad es plenamente capaz. El art. 322 CC señala que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”¹⁰. Sin embargo y pese a la existencia de esta presunción general de capacidad¹¹, puede darse algún supuesto en el que el sujeto no es consciente de las consecuencias del acto o negocio jurídico que está materializando.

La problemática gira, en este punto, en torno al consentimiento. De tal forma y manera que, si se desea dejar sin efectos tales actos o negocios, debe acudir a un procedimiento individualizado y probar que no pudo prestar el consentimiento o que éste se encontraba viciado, por ejemplo, por engaño. Ello conlleva la complejidad derivada e ineludible de la carga probatoria.

Para evitar este tipo de situaciones que pueden poner en riesgo la seguridad jurídica y el tráfico patrimonial, el legislador prevé la incapacitación como instrumento de protección bidireccional. Por un lado y, sin duda lo más importante, se salvaguardan los derechos de la persona con la capacidad de obrar limitada. De otro, se preservan las expectativas del resto de sujetos con capacidad e interés negocial.

9 Cfr. HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C.F.: “Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español”, *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 497-516; MARTÍNEZ DIEZ, R. “La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, en AA.VV.: *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-44; PEREÑA VICENTE, M.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad. Las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006.

10 Para determinados supuestos la mayoría de edad no es requisito bastante. Así, en el caso de la adopción (art. 175 CC), no solo se exige ser mayor de edad para poder adoptar, sino que se requiere, además, la edad mínima de veinticinco años. Es un claro ejemplo de un supuesto en el que el legislador prevé un refuerzo en la capacidad de uno de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Artículo 322. Capacidad del mayor de edad”, en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO, A. LEGERÉN-MOLINA y M. JUAN PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1333-1335.

11 Cfr. GORDILLO CAÑAS, A.: “Incapacidad de obrar. Presunción de capacidad mediante no se acredite la incapacidad”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 16, 1988, pp. 209-220; TEMPRANO VÁZQUEZ, C.: “La presunción de capacidad de los discapacitados judicialmente. Flexibilización de la presunción de capacidad para realizar actos mortis causa frente a los actos inter vivos”, *Diario La Ley*, núm. 9267, 2018.

La incapacidad supone un reconocimiento judicial, mediante sentencia, de la incapacidad total o parcial de una determinada persona para gobernarse por sí mismo, para querer y entender y, en definitiva y expresándolo de forma más práctica, para poder tomar autónomamente decisiones que atañen a su esfera personal y/o patrimonial¹².

En estos procedimientos, el juez determina qué actos y negocios una persona puede realizar por sí mismo y cuándo es necesario suplir su falta de capacidad con alguna de las instituciones tutelares previstas en nuestro ordenamiento para este tipo de casos, más abundantes en los últimos años debido al repunte de enfermedades neurológicas asociadas al envejecimiento poblacional.

Si la persona carece totalmente de capacidad lo más aconsejable es optar por nombrarle un tutor. En cambio, si el sujeto mantiene cierto grado de autonomía, voluntad y entendimiento un curador será el responsable de asistirle en aquellas ocasiones que el juez así determine en la sentencia de incapacidad¹³. Para todo ello debe tenerse en cuenta las causas dispuestas en el art. 200 CC y la jurisprudencia que interpreta los preceptos relativos a la incapacidad¹⁴.

A diferencia de lo que sucedía en el caso de que la incapacidad fuese una circunstancia de facto no reconocida judicialmente, basta con referenciar la

-
- 12 Cfr. CABRERA MERCADO, R. "El proceso de incapacidad", en AA.VV.: *Estudios de Derecho judicial*, núm. 22: ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica, (coord. por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓN MARTÍN), 1999, pp. 207-230; LETE DEL RIO, J.M.: "El proceso de incapacidad", *Actualidad civil*, núm. 4, 2001, pp. 1475-1510; RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V.: "La incapacidad y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida", en AA.VV.: *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ y M. PEREÑA VICENTE), vol. 2, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 373-392; TORRES GARCÍA, T.F.: "Discapacidad e incapacidad", en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 437-460.
- 13 Como señala la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), "la incapacidad, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia, no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 289 del Código Civil; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad (...). No se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación".
- 14 Cfr. DE SALAS MURILLO, S.: "Artículo 200. Causas de incapacidad", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO, A. LEGERÉN-MOLINA y M. JUAN PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1000-1004; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C.: "Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacidad judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacidad a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* (CCJC), núm. 82, 2010, pp. 317-350.

sentencia de incapacitación para dejar sin efecto todos los actos y negocios jurídicos que una persona incapacitada haya podido realizar fuera de los límites establecidos por el juez.

Como se puede observar, la incapacitación judicial implica mayores garantías y una menor necesidad de actividad probatoria¹⁵. Ello permite clarificar, con mayor celeridad, la validez y vigencia de los actos y negocios jurídicos llevados a cabo por una persona incapaz lo que, a la postre, supone un plus de protección en cuanto sus derechos y legítimos intereses se refiere¹⁶.

Así, en una primera categorización puede distinguirse entre persona incapaz y persona incapacitada. La diferencia es sutil, pero de gran trascendencia. La distinción entre una persona incapaz y una persona incapacitada estriba en que la primera es una mera cuestión fáctica y la segunda, por su parte, tiene una trascendencia fáctico-jurídica.

Así, una persona incapacitada es siempre incapaz porque carece de las aptitudes de querer y entender y el juez, mediante una resolución judicial, así lo reconoce. En cambio, un sujeto incapaz no siempre se encuentra incapacitado; es decir, pueden darse casos de personas cuya incapacidad no ha sido reconocida en sede judicial: son los conocidos como incapaces naturales o de hecho¹⁷.

Cabe recalcar que para declarar la incapacidad de una persona se requiere una disfunción desde el punto de vista intelectual, causado por razones psíquicas

15 Como se ha recogido en las SSTs 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901) y 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), "la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). [Es un] traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda".

16 Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana (AJI)*, núm. 10, 2019, pp. 224-269; TORRES GARCÍA, T.F.: "Efectos de la incapacitación", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física*, vol. 2, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, 123-171.

17 Como señala ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas", *Actualidad civil*, núm. 19, septiembre, 2007, p. 2229, "(...) podemos encontrarnos con situaciones de diversa índole. Incapaces que pro distintas circunstancias no han sido incapacitados judicialmente, es decir, los denominados incapaces naturales o de hecho, o aquéllos en los que concurriendo los requisitos del art. 200 del Código Civil (enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico e imposibilidad de autogobernarse), mediante sentencia judicial, se haya declarado su incapacidad. Pero 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 (en adelante, LPPPD) con esta finalidad, introduce un nuevo concepto, cual es el de discapacidad que ya se empleaba en el ámbito laboral". Sobre el concepto y alcance de los incapaces naturales o de hecho, cfr. EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por los incapaces naturales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 30 y ss.; SEISDEDOS MUIÑO, A.: *Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales: a propósito de los artículos 118.1 1º del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil*, *Actualidad civil*, núm. 1, 1999, pp. 261-270.

(padecer la enfermedad de Alzheimer) o físicas (presentar parálisis cerebral por un accidente); es decir, pueden presentarse otras problemáticas de salud que no inciden en la capacidad de obrar de una persona como, por ejemplo, alteraciones sensoriales.

Por tanto, la incapacitación constituye un concepto de naturaleza civil que implica el reconocimiento judicial de la incapacidad de una persona de querer y entender y, por tanto, de tomar decisiones que afecten a su esfera personal y/o patrimonial¹⁸. El incapaz de hecho o natural tendrá también la consideración de incapacitado si se materializa un procedimiento de estas características, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.

Incapaz e incapacitado¹⁹. Junto a estas dos categorías, profundamente interrelacionadas y de marcado perfil civil, nos podemos encontrar con la discapacidad cuyo concepto puede plantear alguna dificultad, dada la existencia de diferentes normativas reguladoras de esta cuestión²⁰.

El procedimiento de declaración de una discapacidad tiene, al contrario del procedimiento de incapacitación, naturaleza administrativa. El concepto de discapacidad es administrativo. La conclusión de uno y otro procedimiento conlleva el reconocimiento de una situación en el ámbito civil, por un lado, y en el ámbito administrativo, por otro.

Ello supone que puede darse, sin que sea del todo infrecuente, que una persona se le reconozca, administrativamente, una discapacidad y se le deniegue, civilmente, una incapacidad (por ejemplo, una persona con problemas severos

18 Cfr. O'CALLAGHAN, X.: "La declaración de incapacidad", en AA.VV.: *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y ss.; ROVIRA SUEIRO, M.E.: *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia capacidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 27 y ss.

19 Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales", en AA.VV.: *Derecho de las minorías y grupos diferenciados*, 199, pp. 103-124; ROMERO COLOMA, M.A.: "Incapacitados judicialmente e incapaces: problemática jurídica", *Revista jurídica del notariado*, núm. 69, 2009, pp. 363-406.

20 Como señala ESCRIBANO TORTAJADA, P. "La anulabilidad", cit. pp. 2229, "las personas con discapacidad son aquéllas que, según el art. 2 de la citada Ley [Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad] poseen un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, o un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, minusvalía que deberá ser reconocida por el órgano competente, según los parámetros establecidos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Es decir, son personas con un grado de minusvalía muy elevado, los más graves, por decirlo de algún modo". Por su parte, en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada en el año 2008 por España, se considera personas con discapacidad a "aquéllas 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". Más recientemente, en 2013, en el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad se dispuso "la discapacidad es una 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 las demás".

de movilidad). Pese a la recurrente confusión terminológica, el matiz es más que relevante²¹.

Bien es cierto que, de algún modo, ambos conceptos van inexorablemente unidos porque, en un gran número de ocasiones, una de las situaciones incide notablemente en la otra²². Por consiguiente, las opciones son múltiples. Así, es posible encontrarse con un discapacitado incapacitado, un discapacitado incapaz o un discapacitado capaz²³.

A efectos civiles, la relevancia de esta clasificación gira en torno a la capacidad de obrar de la persona discapacitada cuya principal protección se traduce en la constitución del conocido como “patrimonio protegido”²⁴, concepto que, en todo caso, excede del objeto del presente estudio.

II. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISCAPACITADOS, INCAPACES E INCAPACITADOS.

I. Incapaz vs. incapacitado. Matices y teorías a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

El tema de la nulidad y la anulabilidad de los actos y negocios jurídicos de las personas discapacitadas, incapaces e incapacitadas ha generado siempre una gran controversia en la doctrina y en la jurisprudencia y ha sido objeto de estudio de diferentes autores interesados en aclarar toda la problemática que se cierne sobre esta cuestión²⁵.

21 Cfr. GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M.: “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del derecho civil”, en AA.VV.: *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea* (coord. por C. MOLINA FERNÁNDEZ, E. ALCAÍN MARTÍNEZ, M.T. ALAMEDA CASTILLO y J. GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA), Comares, Granada, 2006, pp. 95-158; RUBIO TORRANO, E.: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas en Derecho Civil y en materia tributaria”, *Aranzadi civil-mercantil: revista doctrinal*, vol. I, núm. 11, marzo, 2013, pp. 35-39.

22 Cfr. CORDERO CUTILLAS, L.: “La discapacidad e incapacitación judicial en el derecho civil: ¿conceptos sinónimos?”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 55-56, 2005.

23 “La introducción en el CC de este concepto amplía el abanico de posibilidades que se presentaba hasta el momento, porque ahora además, podemos encontrarnos con personas discapacitadas que no han sido incapacitadas judicialmente con personas discapacitadas que han incurrido en un proceso de incapacitación, con discapacitados capaces y con discapacitados incapaces”. Cfr. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “La anulabilidad”, cit. pp. 2229.

24 Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, cfr. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, pp. 113-180; MARTÍN ROMERO, J.A. “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 60, 2006, pp. 105-160.

25 Cfr. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “La anulabilidad”, cit. pp. 2228 y ss.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: “Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de los conceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

A este respecto cabe distinguir dos grandes grupos de supuestos. Por un lado, aquellos actos y negocios jurídicos llevados a cabo por personas incapacitadas judicialmente. De otro, aquellos actos y negocios jurídicos materializados por personas incapaces de hecho o naturales.

El art. 1.263.2° CC²⁶ establece que “no pueden prestar consentimiento los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados en la resolución judicial”. Por tanto, sobre los incapacitados existe un régimen normativo más claro: si no pueden prestar consentimiento, sus actos y negocios jurídicos adolecerán de nulidad, conforme a las previsiones establecidas en los arts. 1.261 y 1.263 CC. En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

Respecto de la figura del sujeto con diversidad funcional, como en la actualidad comienza a denominarse a las personas discapacitadas, cabe recordar que la validez y eficacia de sus actos y negocios jurídicos dependerá de si su discapacidad incide en su capacidad de obrar. Sobre este punto se ahondará con mayor profundidad en líneas posteriores.

En cambio, sobre los actos y negocios jurídicos de los incapaces no incapacitados no se puede establecer una regla general puesto que dependerá, en gran medida, de los pormenores del caso concreto. La ausencia de regulación específica dificulta enormemente el estudio de esta materia.

Consecuentemente, por analogía con el art. 1.263.2° CC no parece descabellado pensar que los actos y negocios jurídicos de una persona incapaz no declarada judicialmente sean también nulos, puesto que no han podido prestar consentimiento alguno.

No hay diferencia de fondo entre una incapacidad natural o de hecho y una incapacitación judicial, por lo menos, en cuanto a aptitud de querer y entender se refiere. La disimilitud entre los incapaces naturales y los incapacitados radica en una mera cuestión de reconocimiento judicial. Por consiguiente, que no exista una incapacitación en sede judicial no implica que todos los actos de una persona incapaz no incapacitada judicialmente sean válidos.

26 Cfr. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Artículo 1263. Incapacidad para consentir”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, pp. 638-641.

Este razonamiento es el abrazado por un sector mayoritario de la doctrina²⁷ y por el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos²⁸. Sin embargo, esta idea tampoco puede generalizarse ya que pueden existir intervalos lúcidos en los que la persona tiene las aptitudes necesarias para prestar su consentimiento en determinados negocios jurídicos²⁹.

Asimismo, pueden darse supuestos en los que la persona recupera su capacidad de obrar, bien porque su incapacidad era transitoria bien porque ésta era reversible. Así, en estos supuestos es perfectamente defendible la coexistencia de los regímenes de nulidad y anulabilidad³⁰.

En casos de incapacidad transitoria (por ejemplo, un episodio de amnesia global transitoria) cabría la anulabilidad. La persona incapaz puede decidir, toda vez recobrada la plena capacidad de obrar, acudir a un procedimiento judicial para anular aquellos actos y negocios jurídicos que hayan supuesto un perjuicio para sus intereses y derechos.

Por el contrario, si la incapacidad es permanente (por ejemplo, una enfermedad de Alzheimer en estado avanzado) cabría hablar de nulidad puesto que, en ningún momento, puede recuperar su capacidad de obrar por la irreversibilidad de la circunstancia que motiva su incapacidad.

La nulidad de pleno derecho para los actos y negocios de personas con incapacidad permanente supone una mayor protección del incapaz. Si se optara por defender la anulabilidad para todos los actos y negocios de una persona

27 Cfr. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 456 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Común y Foral*, tomo III, Reus, Madrid, 1983, pp. 507 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 279 y ss.

28 Cfr. SSTs 30 junio 1944 (RJ 1944, 948), 21 marzo 1952 (RJ 1952, 504), 27 marzo 1963 (RJ 1963, 2121), 5 julio 1966 (RJ 1966/3671), 4 abril 1984 (RJ 1984/1926), 1 febrero 1986 (RJ 1986/408), 4 de mayo 1998 (RJ 1998, 3230), 19 noviembre 2004 (RJ 2004, 6910) y 17 marzo 2016 (RJ 2016, 846), entre otras.

En esta última se señala que "[no] es preciso que exista una declaración judicial de incapacidad para que el acto sea nulo si el sujeto que lo realiza carece de la capacidad natural para llevarlo a cabo. Por tanto, como indica la STS de 19-II-2004, debe partirse de la distinción entre incapacidad natural -a consecuencia de que un sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer al acto que realiza-, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado (...). Sin embargo, el hecho de que una persona no haya sido judicialmente incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, porque esa carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (como indica la STS de 4-4-1984 la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable)".

29 Cfr. DURÁN RIVACOBA, R.: "El matrimonio en intervalo lúcido", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1251-1272; ROMERO COLOMA, A.M. "Testamento e intervalos lúcidos" en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012, pp. 281-294.

30 Cfr. TORRALBA SORIANO, V.: "La llamada incapacidad natural", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Luis Martín Ballester* (coord. por R. de ÁNGEL YAGÜEZ), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1983, pp. 569 y ss.

incapaz³¹ la interposición de la acción de nulidad en un plazo de caducidad de cuatro años se hace materialmente imposible.

2. Tratamiento jurídico de la controvertida figura de la persona discapacitada o con diversidad funcional.

En los últimos tiempos ha emergido, con fuerza y determinación, una corriente en favor de la protección jurídica de los conocidos como grupos vulnerables³². Las reformas legislativas más recientes van encaminadas a defender los derechos e intereses de colectivos que, por diferentes razones, se pueden encontrar en una situación de desamparo o desigualdad.

Entre esos grupos, cabe destacar la figura del discapacitado o persona con diversidad funcional³³. La discapacidad no tiene por qué implicar ni una incapacidad natural o de hecho, ni una incapacitación judicial. Son conceptos ciertamente cercanos, pero en absoluto sinónimos. Pertenecen a distintas órbitas y son procedimentalmente diferentes, algo que ya se expuso de forma reiterada en líneas anteriores del presente estudio.

Así, la cuestión a delimitar es si los actos y negocios jurídicos de las personas discapacitadas pueden incurrir en un supuesto de nulidad o anulabilidad. Entre otras cosas, resulta necesario determinar si la teoría a este respecto sobre los incapaces e incapacitados es aplicable también a los discapacitados.

A priori, no existe obstáculo ni argumento contrario a esta idea. Máxime si se tiene en cuenta que es perfectamente posible que el reconocimiento de una discapacidad no tenga consecuencias en la capacidad de obrar de un determinado sujeto.

31 Algunos autores, como DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 190 y ss., defienden la anulabilidad porque “no se comprende bien por qué razón habrían de otorgarse una acción de diversa naturaleza y mayor alcance a los enfermos y disminuidos psíquicos no incapacitados judicialmente, sin olvidar que preconizar una nulidad de carácter absoluto significa permitir que el contrato pueda ser atacado por la otra parte contratante, para lo que no hay argumentos jurídicos de peso”.

En la misma línea cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “De la nulidad de los contratos. Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (coord. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, pp. 286 y ss.; ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “La anulabilidad”, cit. p. 2231; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 190 y ss.

32 Cfr. PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “Autonomía y discriminación de colectivos vulnerables: nuevos límites a la contratación privada en relación con el rechazo a contratar por motivos discriminatorios”, en AA.VV. *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (coord. por M.M. HERAS HERNÁNDEZ, M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 541-553.

33 Cfr. CORTES MARGALLO, B.: “Derecho Civil y protección del discapacitado”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 15, 2003, pp. 175-178; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N.: “Autonomía y protección de las personas con discapacidad”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2017, pp. 127-152; PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “Protección jurídica de las personas con discapacidad y dependencia: la defensa de los derechos de las personas con discapacidad psíquica”, en AA.VV.: *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad* (coord. por M. VALVIDARES SUÁREZ), Ediciones Universidad de Oviedo, 2016, pp. 39-62.

La problemática no se plantea, evidentemente, respecto de los discapacitados incapacitados judicialmente. En este caso, la propia sentencia de incapacitación detalla en qué actos y negocios el declarado incapacitado tiene aptitudes volitivas y cognoscitivas suficientes.

Más dificultades podemos encontrar en relación con los discapacitados no incapacitados judicialmente, aunque la solución es idéntica a la planteada en conexión con los incapaces de hecho o naturales. Si bien, cabe señalar que, en primer lugar, debe valorarse si la discapacidad en cuestión afecta a la capacidad de obrar.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que la discapacidad, por su propia naturaleza, puede tener incidencia en la capacidad natural de querer y entender debe considerarse si su repercusión en la capacidad volitiva y cognoscitiva es permanente, reversible o puede presentar cuadros en los que se encuentra intacta.

Pueden existir discapacidades que incidan en la capacidad de obrar de forma transitoria o reversible (sirva, a modo de ejemplo, un trastorno bipolar que alterna episodios depresivos, normales y maníacos). Los actos y negocios jurídicos de estas personas discapacitadas deben regirse por las reglas de la anulabilidad. Esto le permitirá impugnar todo aquel perjuicio provocado durante sus fases anormales, probando la correspondiente pérdida de voluntad.

En cambio, para los actos y negocios jurídicos de las personas cuya discapacidad es permanente y no presenta fases de recuperación el régimen aplicable debe ser el de la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento. Se produce pues cuando el sujeto carece autogobierno y es incapaz para prestar su consentimiento negocial.

Defender la nulidad para estos casos supone un mayor amparo para los intereses de la persona discapacitada no incapacitada judicialmente. Si se defendiera la vía de la anulabilidad los representantes legales no podrían alegarla –porque no ha sido incapacitado judicialmente– y porque la persona, por motivos obvios, no podría instarla.

3. Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. El Derecho Civil ante nuevas realidades.

No sería correcto concluir este análisis sin hacer, por breve que resulte, una referencia al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, propuesto el 21 de septiembre de 2018. Este anteproyecto supone una importante revolución respecto de figuras tan

arraigadas en nuestro ordenamiento como la modificación judicial de la capacidad de obrar o la tutela, entre otras.

En la exposición de motivos se señala que “con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, fundamentalmente en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”³⁴.

Una gran mayoría de las reformas recogidas en el anteproyecto pueden suponer un sustancial cambio, entre otras normas, del CC³⁵. De ellas, cabe destacar las referidas a la incapacitación y a la tutela. Así, se suprime toda regulación respecto de la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar para regular en el título XI las medidas de apoyo a la discapacidad³⁶.

En este sentido, se procede a la eliminación de las causas de modificación de la capacidad de obrar vigentes en el actual art. 200 CC y de la tutela como se ha concebido has la actualidad. Esta institución, de innegable aplicabilidad práctica y muy arraigada en nuestro ordenamiento como medida de protección de las personas incapacitadas, vería muy mermado su campo de actuación³⁷.

34 Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Modificación”, cit. pp. 270.

35 Se verían afectados preceptos relativos a la nacionalidad (arts. 9.6, 10.8, 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2), a la separación y al divorcio y a los efectos comunes derivados de dichas situaciones (arts. 81, 82.2, 91, 94 y 96), a la filiación (arts. 112, 121, 124, 125 y 137), a la patria potestad (arts. 156 y 171), a la tutela (arts. 199 a 237), curatela (arts. 266 a 292), defensor judicial (arts. 293 a 296) y guarda de hecho (art. 261 a 265), a la mayoría edad y emancipación (arts. 238 a 247) y la prodigalidad (art. 298). Se añaden unas disposiciones comunes (arts. 299 a 300) y algún otro cambio en materia de sucesiones, contratos y posesión. Asimismo, las modificaciones afectarían también a la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

36 El art. 248 de dicho título señala que “constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad. Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Sobre esta cuestión, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Modificación”, cit. pp. 272, indica que tal y como se recoge en la exposición de motivos, “no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de ‘incapacidad’ e ‘incapacitación’ por otros más precisos y respetuosos, sino de 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, derecho que ha de ser respetado. Parece ser que, por ello, se han suprimido en la Ley de reforma las causas que daban lugar a la modificación judicial de la capacidad de obrar (recogidas en el art. 200 CC)”.

37 Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La protección de personas con discapacidad: se acabó la tutela”, *Familia y Sucesiones ICAV*, núm 6, abril, 2019, pp. 22-25.

Junto con ella, también desaparecería la patria potestad prorrogada y rehabilitada en detrimento de la curatela. El Anteproyecto quiere potenciar la curatela y, en menor medida, la guarda de hecho como los principales medios de defensa jurídica de los intereses y derechos de las personas con discapacidad³⁸. En esencia, la reforma mantiene las funciones del curador intactas³⁹.

Sin embargo, plantea que, de forma muy excepcional y en aquellos casos cuya gravedad así lo recomiende, se puedan ampliar y tengan un carácter más general. Supone, como resulta bastante evidente, una especie de absorción de la tutela en favor de la curatela en consonancia con el espíritu de la reforma: dotar a las personas discapacitadas de un superior grado de autonomía y preservar su capacidad de decisión.

El Anteproyecto supone, en caso de que llegue a materializarse, una intensa transformación en la protección del discapacitado, algo que ha sido objeto de múltiples y recientes estudios doctrinales⁴⁰. A mi modo de ver, la reforma en ciernes esconde una finalidad muy legítima y positiva, como es la de reforzar la independencia de las personas con discapacidad para la toma de decisiones relativas a su esfera personal o patrimonial⁴¹.

No obstante, cabe señalar que, dada la muy inestable situación política actual en la que los consensos se han convertido en un ideal inalcanzable, resulta sumamente complejo que reformas tan ambiciosas puedan acometerse en un

38 Cfr. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M. "La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación", *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

39 La reforma no solo plantea cambios desde el punto de vista procesal o procedimental. Como muy bien resumen ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación", cit. pp. 272-273, "se establece que el procedimiento de provisión de apoyos se realice a través de una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo (...), se realizan las necesarias adaptaciones terminológicas en (...) la Ley de Enjuiciamiento Civil. (...) La primera modificación relevante (...) establece que el proceso judicial solo procede cuando, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. (...) Se da solución al problema derivado del cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos., que se remite al Juez de la nueva residencia, siempre que no se haya celebrado aún la vista. Asimismo, entre otras, se reforman otros preceptos en los que se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento [sic], o de cualquier sujeto con interés legítimo, y se reordenan las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos, posibilitándose que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente el propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él prefiera mantener reservados".

40 Cfr. CUENCA GÓMEZ, P.: "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad," *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 38, 2019, pp. 82-101; MARGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp.199-225; MARTÍNEZ GÁLVEZ, A.C.: "Instituciones tutelares y de apoyo en el Anteproyecto de Ley que Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019; PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 5-28.

41 Cfr. PARRA LUCÁN, M.A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en A.A.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 183-232.

corto plazo de tiempo. Es, por tanto, posible que este Anteproyecto quede en una mera propuesta.

Supone, en todo caso, un importante cambio de paradigma. Es un nuevo paso en favor de la protección de las personas con diversidad funcional cuyo tratamiento jurídico ha ido y debe seguir evolucionando, de forma paulatina, en favor del reconocimiento de sus derechos en todas las parcelas de nuestro ordenamiento jurídico⁴².

42 Cfr. ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: "Hacia la actualización del Derecho civil conforme a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Apuntes para su reforma", en AA.VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. ANDREU MARTÍNEZ, A. LECIÑENA IBARRA, J. MARTÍNEZ MOYA, J.A. COBACHO GÓMEZ y F. LEGAZ CERVANTES), Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 165-200; GARCÍA CANTERO, G.: "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", en AA.VV.: *Los mecanismos*, cit. pp. 41-56; GARCÍA RUBIO, M.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. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 173-197; GOÑI HUARTE, C.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S. XXI: una visión desde el derecho* (coord. por E. ALBA FERRE y A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 191-204.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 456 y ss.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M. "La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación", *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: "Hacia la actualización del Derecho civil conforme a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Apuntes para su reforma", en AA.VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. ANDREU MARTÍNEZ, A. LECIÑENA IBARRA, J. MARTÍNEZ MOYA, J.A. COBACHO GÓMEZ y F. LEGAZ CERVANTES), Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 165-200.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (AJI), núm. 10, 2019, pp. 224-269.

BUIGUES OLIVER, G.: "Algunas consideraciones acerca de la capacidad jurídica de la mujer en Roma: ¿era posible que el marido ejerciera la tutela?", en AA.VV.: *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. I, Universitat de Valencia, Valencia, 1989, pp. 169-180.

CABRERA MERCADO, R. "El proceso de incapacitación, en AA.VV.: *Estudios de Derecho judicial*, núm. 22: ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica, (coord. por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓN MARTÍN), 1999, pp. 207-230.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Común y Foral*, t. III, Reus, Madrid, 1983, pp. 507 y ss.

CORDERO CUTILLAS, L.: "La discapacidad e incapacitación judicial en el derecho civil: ¿conceptos sinónimos?", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 55-56, 2005.

CORTES MARGALLO, B.: "Derecho Civil y protección del discapacitado", *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 15, 2003, pp. 175-178.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N. "Autonomía y protección de las personas con discapacidad", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2017, pp. 127-152.

CUENCA GÓMEZ, P.: "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 38, 2019, pp. 82-101.

DE CASTRO CID, B. "Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar", en AA.VV.: *Manual de teoría del Derecho*, Universitas, Madrid, 2004, pp. 213-228.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 279 y ss.

DE SALAS MURILLO, S.: "Artículo 200. Causas de incapacitación", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, ANTONIO LEGERÉN-MOLINA y MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1000-1004.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La protección de personas con discapacidad: se acabó la tutela", *Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 6, abril, 2019, pp. 22-25.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "De la nulidad de los contratos. Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (coord. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, pp. 286 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 190 y ss.

DURÁN RIVACOBIA, R.: "El matrimonio en intervalo lúcido", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1251-1272.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas", *Actualidad civil*, núm. 19, septiembre, 2007, p. 2228-2235.

EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por los incapaces naturales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 30 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 23, I, 2011, pp. 53-81.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales", en AA.VV.: *Derecho de las minorías y grupos diferenciados*, 199, pp. 103-124.

FORTUNAT STAGL, J.: "La concepción gayana de persona y la capacidad jurídica parcial de los esclavos", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 30, 2018.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado", en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, pp. 113-180.

GARCÍA CANTERO, G.: "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. por S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.

GARCÍA RUBIO, M.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. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 173-197.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 190 y ss.

GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M.: "Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del derecho civil", en AA.VV.: *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea* (coord. por C. MOLINA FERNÁNDEZ, E. ALCAÍN MARTÍNEZ, M.T. ALAMEDA CASTILLO Y J. GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA), Comares, Granada, 2006, pp. 95-158.

GOÑI HUARTE, C.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S. XXI: una visión desde el derecho* (coord. por E. ALBA FERRÉ Y A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 191-204.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Incapacidad de obrar. Presunción de capacidad mediante no se acredite la incapacidad", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 16, 1988, pp. 209-220.

GULLÓN BALLESTER, A.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", en AA.VV.: *Estudios de derecho judicial*, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial (coord. por P. GONZÁLEZ POVEDA Y J.M. PICÓ MARTÍN), núm. 22 (ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica), Madrid, 1999, pp. 11-22.

HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C.F.: "Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español", *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 497-516.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor* (coord. por M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibric Ediciones, Málaga, 2009, pp. 7-18.

LETE DEL RÍO, J.M.: "El proceso de incapacitación", *Actualidad civil*, núm. 4, 2001, pp. 1475-1510.

MARGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp.199-225.

MARTÍN PÉREZ, A.: "Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penedés* (coord. por F.P. BLASCO GASCÓ), vol. 2, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1469-1485.

MARTÍN ROMERO, J.A. "Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado", *Revista jurídica del notariado*, núm. 60, 2006, pp. 105-160.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Artículo 322. Capacidad del mayor de edad", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO, A. LEGERÉN-MOLINA y M.J. PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1333-1335.

- "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.

MARTÍNEZ DÍEZ, R. "La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", en AA.VV.: *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-44.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, A.C.: "Instituciones tutelares y de apoyo en el Anteproyecto de Ley que Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019.

NIETO MARTÍNEZ, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 3 (julio-septiembre), 2016, pp. 1-47.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: "Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de los conceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

O'CALLAGHAN, X.: "La declaración de incapacidad", en AA.VV.: *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y ss.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: "Autonomía y discriminación de colectivos vulnerables: nuevos límites a la contratación privada en relación con el rechazo a contratar por motivos discriminatorios", en AA.VV.: *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (coord. por M.M. HERAS HERNÁNDEZ, M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 541-553.

- "Protección jurídica de las personas con discapacidad y dependencia: la defensa de los derechos de las personas con discapacidad psíquica", en AA.VV.: *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad* (coord. por M. VALVIDARES SUÁREZ), Ediciones Universidad de Oviedo, 2016, pp. 39-62.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 183-232.

PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad. Las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C.: "Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con,

discapacidad, ratificada por España", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil (CCJC)*, núm. 82, 2010, pp. 317-350.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V.: "La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida", en AA.VV.: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ y M. PEREÑA VICENTE), vol. 2, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 373-392.

ROMERO COLOMA, A.M.: "Testamento e intervalos lúcidos", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012, pp. 281-294.

- "Incapacitados judicialmente e incapaces: problemática jurídica" en *Revista jurídica del notariado*, núm. 69, 2009, pp. 363-406.

ROVIRA SUEIRO, M.E.: *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia capacidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 27 y ss.

RUBIO TORRANO, E.: "Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas en Derecho Civil y en materia tributaria", *Aranzadi civil-mercantil: revista doctrinal*, vol. I, núm. 11, marzo, 2013, pp. 35-39.

SEISDEDOS MUÑO, A.: Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales: a propósito de los artículos 118.1 1ª del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil, *Actualidad civil*, núm. 1, 1999, pp. 261-270.

TEMPRANO VÁZQUEZ, C.: "La presunción de capacidad de los discapacitados judicialmente. Flexibilización de la presunción de capacidad para realizar actos mortis causa frente a los actos inter vivos", *Diario La Ley*, núm. 9267, 2018.

TORRALBA SORIANO, V.: "La llamada incapacidad natural", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Luis Martín Ballester* (coord. por R. DE ÁNGEL YAGÜEZ), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1983, pp. 569 y ss.

TORRES GARCÍA, T.F.: "Discapacidad e incapacitación", en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 437-460.

- "Efectos de la incapacitación", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física*, vol. 2, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, 123-171.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: "Artículo 1263. Incapacidad para consentir", en AA.VV. *Código civil comentado*, pp. 638-641.



MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
ARGUMENTOS A FAVOR DE LA NECESIDAD DEL DICTAMEN
MÉDICO VERSUS SU CARÁCTER EXCEPCIONAL Y SUBSIDIARIO
TRAS LA REFORMA DEL ART. 56 DEL CÓDIGO CIVIL

*MARRIAGE OF PEOPLE WITH DISABILITIES: ARGUMENTS PLEASE THE
NEED OF THE VERSUS MEDICAL DICTAMEN YOUR EXCEPTIONAL AND
SUBSIDIARY CHARACTER AFTER THE REFORM OF ARTICLE 56 OF THE
CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 84-115

Amelia
SÁNCHEZ
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El reconocimiento del matrimonio como acto personalísimo y, sentado el derecho a contraerlo como proclama nuestra Constitución en consonancia con los demás instrumentos internacionales ratificados por España, así como el principio “favor matrimonii” que se desprende de estas normas, no permite una privación “in genere” de la capacidad para contraerlo, sino que ésta debe predicarse abstracción hecha de la modificación judicial de la capacidad del contrayente o contrayentes en el procedimiento pertinente, como viene reconociendo la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, de un lado, y la doctrina de la DGRN, de otro.

Sentado lo anterior, las particularidades que presenta este negocio jurídico bilateral de Derecho de Familia aconsejan prestar una atención pormenorizada al requisito subjetivo de la capacidad para contraerlo, condición imprescindible para la válida celebración de este, que es el que mayor problema suscita cuando el contrayente (o contrayentes) presenta una discapacidad y/o está incapacitada.

En este punto, adquiere virtualidad operatoria la exigencia de dictamen médico por el Encargado de tramitar el expediente matrimonial prevista por el art. 56 CC, cuya reciente reforma, que todavía no ha entrado en vigor, ha optado por atribuir a aquél, como mecanismo de control previo de aquella capacidad, un carácter excepcional y subsidiario cuando se trata de personas con una discapacidad “grave” (apartado segundo), como si su exigencia supusiera un obstáculo que procura limitar la posibilidad de contraer matrimonio por aquéllas. Si bien es verdad que el legislador ha pretendido con ello buscar la máxima concordancia en este punto con los arts. 12.3 y 23.1 de la Convención de 2006, esta reforma merece unas consideraciones críticas que serán objeto de atención en las próximas líneas.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; capacidad para celebrarlo; discapacidad, dictamen médico.

ABSTRACT: The recognition of marriage as a very personal act and, sitting on the right to contract it as proclaimed by our Constitution in line with the other international instruments ratified by Spain, as well as the principle “favor matrimonii” that is if it does not permit an “in-generation” deprivation of the ability to contract it, but that it must be preached abstraction made of the judicial modification of the capacity of the contractor or contenders in the relevant proceedings, as it comes recognizing the recent jurisprudence of the Supreme Court, on the one hand, and the DGRN doctrine, on the other.

In this go, the particularities presented by this bilateral legal business of Family Law, advise to pay detailed attention to the subjective requirement of the ability to contract it, an essential condition for the valid celebration which is the biggest problem when the contractor (or contractors) has a disability and/or is incapacitated.

At this point, the requirement for a medical opinion by the Person responsible for processing the marriage file provided for in Article 56 of the Civil Code, the recent reform of which has not yet entered into force, has chosen to assign to him, as a mechanism for the pre-control of that capacity, an exceptional and subsidiary nature in the case of persons with a “serious” disability (second paragraph), as if their requirement were an obstacle that seeks to limit the possibility of contracting marriage for those. While it is true that the legislature has thus sought to seek maximum agreement at this point with the arts. 12.3 and 23.1 of the 2006 Convention, this reform deserves critical considerations that will be the subject of attention in the coming lines.

KEY WORDS: Marriage; ability to celebrate; disability; medical opinion.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y NACIONAL.- I. Instrumentos internacionales ratificados por España: Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 12), y Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 23).- 2. Ordenamiento jurídico español: Constitución Española (artículo 32) y Código Civil (artículo 44).- III. EL MATRIMONIO COMO ACTO PERSONALÍSIMO.- 1. Inexistencia de privación “in genere” de la capacidad para contraer matrimonio.- 2. Consecuencias: Las personas con discapacidad pueden contraer matrimonio. Supuestos.- IV. REQUISITOS SUBJETIVOS DEL MATRIMONIO: LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.- 1. Consideraciones previas. 2. Capacidad matrimonial.- V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRAERLO. ESPECIAL REFERENCIA AL DICTAMEN MÉDICO.- 1. El dictamen médico del artículo 56.2º del Código Civil.- A) Funciones.- B) Algunas conclusiones al respecto.- VI. LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 56.2º DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. Consideraciones previas: De la reforma de 1981 a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015.- 2. La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: carácter excepcional y subsidiario del dictamen médico. Reflexiones críticas.- A) El primer inciso del artículo 56.2º. del Código Civil: Los apoyos para la exteriorización de la voluntad del contrayente (o contrayentes).- B) El segundo inciso del artículo 56.2º. del Código Civil: El carácter excepcional y subsidiario del dictamen médico.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El reconocimiento del matrimonio como acto personalísimo y, sentado el derecho a contraerlo como proclama nuestra Constitución en consonancia con los demás instrumentos internacionales ratificados por España, así como el principio “favor matrimonii”, no permite una privación “in genere” de la capacidad para contraerlo, sino que ésta debe predicarse abstracción hecha de la modificación judicial de la capacidad del contrayente o contrayentes en el procedimiento pertinente, como viene reconociendo la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, de un lado, y la doctrina de la DGRN, de otro, desde los años noventa hasta nuestros días.

Sentado lo anterior, las particularidades que presenta este negocio jurídico bilateral de Derecho de Familia aconsejan prestar una atención pormenorizada al requisito subjetivo de la capacidad para contraerlo, condición imprescindible para la válida celebración de este que es el que mayor problema suscita cuando el contrayente (o contrayentes) presenta una discapacidad y/o está incapacitada.

• **Amelia Sánchez Gómez**

Profesora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: amesanch@pdi.ucm.es

En este punto, adquiere virtualidad operatoria la exigencia de dictamen médico por el Encargado de tramitar el expediente matrimonial prevista por el art. 56 CC, cuya reciente reforma, que todavía no ha entrado en vigor, ha optado por atribuir a aquél, como mecanismo de control previo de aquella capacidad, un carácter excepcional y subsidiario cuando se trata de personas con una discapacidad “grave” (apartado segundo), como si su exigencia supusiera un obstáculo que procura limitar la posibilidad de contraer matrimonio por aquéllas. Si bien es verdad que el legislador ha pretendido con ello buscar la máxima concordancia en este punto con los arts. 12.3 y 23.I de la Convención de 2006, esta reforma merece unas consideraciones críticas que serán objeto de atención en las próximas líneas.

Abstracción hecha de las razones que han impulsado al legislador a proceder de este modo y, pese a que pudiera parecer que el dictamen médico es un elemento que limita el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad con la nueva redacción del segundo párrafo del art. 56 CC, adelantamos que nuestra postura se muestra favorable a la exigencia del mismo, así como de otras cautelas, no tenidas en cuenta por el legislador, cuya finalidad no es otra que la de corroborar la existencia de un requisito fundamental para la validez del matrimonio.

II. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

I. Instrumentos internacionales ratificados por España: Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 12), y Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 23).

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad del art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad¹ de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España², y los necesarios apoyos para su ejercicio que ésta proclama, así como las necesarias salvaguardias para impedir abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos³, está unido con el disfrute de otros muchos derechos humanos, entre ellos, el derecho a casarse y fundar una familia que

1 Desde ahora la Convención de Nueva York.

2 El 23 de noviembre de 2007. Instrumento de ratificación publicado en el BOE 21 abril 2008, en vigor desde el 3 de mayo del mismo año.

3 Apartado 4.

reconoce su art. 23⁴, entre otros instrumentos internacionales⁵, como el art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁶.

Situados en la Convención de Nueva York, su artículo 23 debe ponerse en relación con el artículo 1 del mismo texto internacional por cuanto formula el propósito, recuérdese, 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”⁷. Por ello, el principio de no discriminación por razón de la discapacidad tiene una aplicación concreta en la celebración del matrimonio por estas personas, desde dos puntos de vista. De un lado, imposibilitando cualquier restricción del acceso al matrimonio en base a la condición de persona con discapacidad psíquica y, de otro, imponiendo la exigencia de adoptar las “medidas legales, sustantivas y procesales que sean precisas y suficientes para poner fin a cualquier tipo de discriminación en el acceso al matrimonio”⁸ que, en otro caso, constituiría una vulneración de su dignidad.

- 4 Expresa que: “Los Estados Partes tomarán medidas efectivas pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con los demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio para casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento pleno y libre de los futuros cónyuges”
- 5 Otros instrumentos internacionales reconocen este derecho. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como documento orientativo, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966 que, como tratado internacional fue ratificado por España el 13 de abril de 1977; o el artículo 9 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).
- 6 Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor en 1953, firmado por España en 1977 y ratificado en octubre de 1979. Expresa que:
“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Este precepto merece una atención particular por la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora TEDH), que deberá ser tenida en cuenta por el legislador nacional. Sin ánimo de exhaustividad, cabe sostener que el derecho a contraer matrimonio regulado en las legislaciones nacionales no puede estar sometido a limitaciones o prohibiciones que restrinjan dicho derecho hasta el punto de perjudicar su esencia, ni imponer prohibiciones a una persona o determinados grupos de personas, entre otros postulados. Sobre el contenido esencial de este derecho consagrado en el 12 de dicho Convenio, *vid.* la doctrina que se propone:
Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, enero-junio 2018, pp. 59-61; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Matrimonio civil y sistema matrimonial”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 466-467, o DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Capítulo II. De los requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 648-649.
- 7 Sin obviar, además, los principios generales que sienta en su artículo 3.a) de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.
- 8 *Id.* HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: “Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: Apoyos y salvaguardias proyectados”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida (Oportunidades, riesgos y salvaguardias)* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y coord. por G. DÍAZ PARDO y M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 221-222. En el mismo sentido, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, *cit.*, p.61.

Dicho precepto contiene una mención muy genérica del mismo, pues solo se refiere a la obligación de los Estados partes de asegurar que se reconozca el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad siempre que tengan la edad precisa⁹ sobre la base del consentimiento¹⁰. Por ello, dicha declaración deberá completarse con los requisitos de nuestro Derecho sobre capacidad (impedimentos y dispensa)¹¹, consentimiento y forma que establece para la válida celebración del matrimonio para todas las personas, sin que respecto a éstas se puedan ordenar, como ha quedado dicho, limitaciones o prohibiciones que sean desproporcionadas o arbitrarias¹².

2. Ordenamiento jurídico español: Constitución Española (artículo 32) y Código Civil (artículo 44).

El artículo 32.1 de la CE proclama en consonancia con buena parte de los textos constitucionales del siglo XX, el reconocimiento del derecho de carácter social¹³, no fundamental¹⁴, derivado de la dignidad del ser humano por cuya virtud el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. De ahí, su vinculación con los principios de igualdad y libertad. El “ius connubii” es, además, un derecho “individual, subjetivo, inherente a la naturaleza humana y como tal es un derecho universal e irrenunciable, perpetuo”¹⁵ o, a mayor precisión, “imprescriptible en su ejercicio”¹⁶ y “erga omnes”¹⁷.

De ahí, también, que el art. 44 CC¹⁸, en desarrollo de lo dispuesto en dicha norma constitucional sea el primer precepto de los destinados a regular los requisitos del matrimonio, pues del mismo se desprenden dos de sus caracteres. En primer lugar, es un derecho no una obligación, consecuencia, del principio de libertad matrimonial. Y, en segundo lugar, sólo cabe admitirse un matrimonio válido cuando se respeten las disposiciones del Código Civil que lo regulan¹⁹.

Vid., además, Preámbulo de la Convención de Nueva York (apartado h), art. 3 en sus apartados a) (respeto a la dignidad inherente) y b) (la no discriminación).

9 “Personas con discapacidad en edad”, reza el precepto.

10 “Consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

11 Donde está incluida la edad.

12 Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p.61.

13 Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Capítulo II. De los requisitos”, cit., p. 648.

14 Por ello, merecedor de la garantía que le brinda el art. 53.1 de la norma constitucional. De ahí, que vincule a los poderes públicos y exista reserva de ley en la regulación de su contenido que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial.

15 GONZÁLEZ MORÁN, L.: “El derecho civil ante el matrimonio de los deficientes mentales”, en AA.VV.: *Matrimonio y deficiencia mental* (ed. por J. GAFO y J.R. AMOR), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid y Córdoba, 1997, p.149.

16 Cfr. HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M.: “Igualdad jurídica,” cit., p. 222.

17 Vid. nota número 15.

18 “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”

19 Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 44 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, (coord. por R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO), 3^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra),

Precisamente en este texto legal debemos situar el estudio de los requisitos del matrimonio.

Efectivamente, sentado el derecho a contraer matrimonio que, obviamente, pertenece a las personas con discapacidad, cuestión distinta es determinar si, en estos casos, los mecanismos que nuestro Código Civil prevé para constatar en cada caso la aptitud de quienes desean contraerlo, se adecúan o no a los principios de la Convención de Nueva York, lo que obligará a detenernos, especialmente, en el art. 56.2° CC y las sucesivas reformas que ha sufrido desde su promulgación hasta la última operada en 2017 que, como es sabido, todavía no está en vigor²⁰.

III. EL MATRIMONIO COMO ACTO PERSONALÍSIMO.

I. Inexistencia de privación “in genere” de la capacidad para contraer matrimonio.

En primer lugar²¹, el matrimonio se presenta como acto personalísimo cuyo ejercicio solo puede efectuarse por los propios interesados en celebrar dicho acto sin que sea admisible cualquier tipo de sustitución, complemento o asistencia o, en términos del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad²², cualquier medida de apoyo de las instauradas²³ por el pre-legislador en un proceso de provisión de apoyos²⁴.

2009, p. 165.

20 Hasta el 30 de junio de 2020, con la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, como dispone la Disposición Final Primera de la Ley 5/2018, de 11 junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

21 Vid., entre otros, ABAD ARENAS, E.: “La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, número 2, pp. 224-225; ÁLVAREZ LATA, N.: “Ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 15, 2001, pp. 21, 24 o 35, a pesar de que la sentencia comentada justifica la legitimación del tutor para el ejercicio de una acción de separación legal; ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE A.: “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, p. 34; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: Una comparación de las experiencias jurídicas española e italiana”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 10, febrero 2019, pp. 498-569; DE SALAS MURILLO, S.: “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, 2010, fasc. II, p. 689; ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. por M. CUENA CASAS, L. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMENECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 156-157; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 62; HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: “Igualdad jurídica”, cit., pp. 218-219; o LÓPEZ FRÍAS, Mª. J.: “El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos”, *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre 1999, p. 309.

22 De 21 de septiembre de 2018, que cuenta con el dictamen favorable del Consejo de Estado (11 abril 2019). Desde ahora APL.

23 Guarda de hecho, curatela y tutela. Vid. art. 249 del APL.

24 Pese a que alguna sentencia, como la STS 4 noviembre 2015 (RAJ 2015, 5138), negara el derecho a contraer matrimonio, entre otros, exigiendo, paradójicamente y de manera confusa la necesaria intervención del curador para completar su discapacidad, pero sin “anular su autonomía personal”.

En consonancia con lo anterior, recuérdese, que para el legislador español el matrimonio como acto personalísimo, está informado por el principio “pro capacitate”²⁵ de modo que, la posibilidad de contraerlo se disocia de la concurrencia o no de la plena capacidad de obrar y de la propia existencia de discapacidad. Ello sin olvidar el principio “favor matrimonii” referido *supra*.

2. Consecuencias: Las personas con discapacidad pueden contraer matrimonio. Supuestos.

Si aplicamos estas premisas al ámbito que nos ocupa, podemos sostener que las personas con discapacidad pueden contraer matrimonio al margen de que hayan sido sometidas a tutela o curatela tras el pertinente proceso de modificación judicial de su capacidad²⁶. Insistimos, pues, que este acto queda excluido de la representación legal en caso de que aquéllas estén sometidas a tutela; o de la necesaria autorización de su curador si estuviera sometido a curatela en virtud de una sentencia de incapacitación²⁷.

Igualmente, según la prevista modificación de la legislación actual, la sentencia que ponga fin a un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo no puede privar del ejercicio de un derecho de carácter personalísimo como el que nos ocupa²⁸. El procedimiento de modificación de la capacidad o determinación de apoyo “solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia, pero no a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos”²⁹. De ahí, que “todos los actos distintos de aquellos para los que la autoridad judicial ha previsto

25 Arts. 199 y 322 Código Civil.

26 Es verdad que dicha incapacitación, acaso pudiera considerarse un indicio de falta de capacidad para contraer matrimonio. Vid, al respecto, VENTURA VENTURA, J.M.: “Comentario al artículo 56 del Código Civil”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), vol. I, 2ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 399; y recientemente, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo (RAJ 2018, 1478)”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 27, enero 2019, pp. 407-408.

27 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., p. 527; GASPAS LERA, S.: “Autonomía privada de los mayores de edad con discapacidad intelectual”, en AA.VV.: *La autonomía privada en el Derecho Civil* (dir. por A. PARRA LUCÁN), Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, p. 165; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en AA.VV.: *Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 85-88 y, de la misma autora, “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 65. Vid. la RDGRN 30 junio 2005 (RAJ 2006, 7457). No ocurre así en el Derecho italiano que impide celebrar matrimonio a quien esté incapacitado judicialmente. Vid. nota núm. 77.

28 El art. 267 del APL expresa en su último inciso que “En ningún caso podrá incluir la sentencia (de curatela) la mera prohibición de derechos”, lo que corrobora también su Disposición transitoria primera que declara que “A partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto”.

29 Vid. PAU, 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), Estudios, p. 25.

asistencia o representación, puede realizarlos la persona con discapacidad por sí solo”³⁰.

Por ello, debe ponerse en valor, en aras con los postulados de la Convención de Nueva York, que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se haya manifestado contraria a este parecer, como ya viniera haciendo desde antiguo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado³¹ al resolver los recursos interpuestos contra los autos de los Jueces Encargados del Registro Civil que no autorizaron el matrimonio³².

Es necesario significar, en primer lugar, que nuestro ordenamiento parte de una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil³³ que solo puede cesar en virtud de una sentencia judicial de incapacitación. Es decir, no contempla expresamente la privación “in genere” de la capacidad para contraer matrimonio, como refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las SSTs de 8 de marzo de 2015³⁴, o la de 15 de marzo de 2018³⁵.

En segundo lugar, la discapacidad intelectual “per se” no determina la falta de capacidad para prestar válido consentimiento matrimonial y, con ello, la nulidad del matrimonio³⁶. Por lo tanto, será preciso determinar si la persona que desea celebrar matrimonio presenta aptitud necesaria para consentir, eso es, la capacidad natural de entender y comprender el alcance del acto que pretende llevar a cabo de acuerdo con lo previsto en el art. 56.2° CC como uno de los requisitos subjetivos o personales³⁷ del matrimonio que reviste carácter esencial. Dicho precepto, además, debe ponerse en relación con los artículos 45 y 73.º del mismo cuerpo legal, puesto que dando cumplimiento a lo previsto en aquél y quedando constatada la capacidad para consentir de los contrayentes, se evitará la posterior nulidad del vínculo por falta de aquélla³⁸. En sentido contrario, la falta de dicha capacidad podrá determinar, en su caso, la posterior nulidad del vínculo matrimonial. A este extremo dedicaremos el siguiente apartado.

30 Ídem nota anterior.

31 Desde ahora, DGRN.

32 En efecto, dicha doctrina ha sido proclive, desde los años noventa hasta nuestros días, a admitir que el contrayente incapacitado judicialmente, afectado por anomalías o deficiencias psíquicas pueda contraer matrimonio si recae en el expediente previo el oportuno dictamen médico y a la vista de él, el Encargado se “cerciore de la inexistencia de ese obstáculo legal en la audiencia personal, reservada y por separado [(RDGRN 27 julio 1993, (RAJ 1993, 6361); 24 marzo 1994 (RAJ 1994, 3191); 30 junio 2005 (RJ 2006, 7457), o 18 septiembre 2008 (RJ 2009, 443117)].

33 Vid, entre otras, RRDGRN 24 marzo 1994 (RAJ 1994, 3191); 23 octubre 1996 (RAJ 1997, 4483); 18 octubre 1999, (RAJ 1999, 10145); 29 enero 2004 (RAJ 2004, 2790); 18 septiembre 2008 (RAJ 2009, 443117) o 2 septiembre 2013 (RAJ 2014, 210774).

34 (RAJ 2017, 4760).

35 STS 15 de marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) (F.D. 3º, apartado 7º).

36 Ídem nota anterior. En el mismo sentido, vid. la RDGRN 18 septiembre 2008 (RAJ 2009, 443117), F.D. 4º.

37 Siguiendo la sistemática de SERRANO GÓMEZ, E.: “Capítulo 5. La celebración”, cit., pp. 566 y 571.

38 Vid., por todos, VENTURA VENTURA, J.M.: “Comentario al artículo 56”, cit., pp. 397-398.

IV. REQUISITOS SUBJETIVOS DEL MATRIMONIO: LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

I. Consideraciones previas.

En este lugar, recordaremos en primer lugar las particularidades jurídicas del matrimonio y la importancia de la voluntad para, en segundo lugar y, en íntima relación, adentrarnos en el análisis de la capacidad que exige nuestro ordenamiento para la válida celebración del matrimonio.

2. Capacidad matrimonial.

El matrimonio como negocio jurídico bilateral de derecho de familia descansa en el acuerdo de voluntades de los futuros contrayentes³⁹. Nos interesa, entre sus requisitos⁴⁰, el relativo a dicha voluntad para contraerlo que requiere la comprensión o entendimiento⁴¹, esto es, la suficiente capacidad de entender y querer, así como sus efectos⁴², que debe concurrir en el momento de prestar el consentimiento.

Es sabido, también que, como tal acto voluntario y libre⁴³, requiere la prestación personal del consentimiento, esto es, por los propios contrayentes sin admitirse ningún tipo de delegación ni sustitución de dicha voluntad matrimonial⁴⁴.

Asimismo, el consentimiento matrimonial que deben prestar los futuros contrayentes sobre la base de aquella voluntad requiere de una aptitud que no debe identificarse con la capacidad de obrar exigida para la prestación de válido consentimiento con vistas a la celebración de un contrato⁴⁵. En efecto, el grado de exigencia de la capacidad para prestar válido consentimiento en el matrimonio es menor.

39 Sus efectos jurídicos vienen predispuestos por la ley. Es un negocio de duración indefinida salvo la posibilidad de desvincularse del mismo mediante el divorcio, genera deberes para los cónyuges, su incumplimiento por uno de los cónyuges no posibilita acudir a los remedios típicos del Código Civil (art. 1.124), sus causas de nulidad no son tampoco las generales de los artículos 1.300 y siguientes, sino las propias de los artículos 73 y siguientes del mismo texto legal, entre otros. Vid. MARÍN LÓPEZ, J.M.: "Tema III. El matrimonio", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2015, pp. 39-40.

40 Vid. arts. 46, 47 del Código Civil (impedimentos matrimoniales) y 48 (su dispensa), que no contienen ninguna previsión específica para las personas con discapacidad. Respecto a la forma, regulada en los arts. 49 y siguientes del Código Civil, tampoco contemplan ninguna previsión particular para estas personas.

41 "Capacidad psíquica y mental suficiente", en palabras de SERRANO GÓMEZ, E.: "Capítulo 5. La celebración", cit., p. 572.

42 En concreto, asumir los deberes jurídicos que comporta (artículos 67 y 68 del Código Civil).

43 La STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) destaca, en referencia al matrimonio, que "como en cualquier otro negocio jurídico se exige una real, válida y voluntad no aquejada de vicios invalidantes (...)" (F.D. 3º).

44 Vid., por todos, HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: "Igualdad jurídica", cit., p. 219.

45 Artículo 1.263.2º del Código Civil frente a los arts. 56 y 171.4º del mismo cuerpo legal.

A mayor precisión, sobre el alcance de la capacidad natural de entender y querer el vínculo matrimonial, coincidimos con la doctrina⁴⁶ en entender que “a diferencia del testamento, que es un negocio que se agota, desde el punto de vista de la capacidad del autor, en su otorgamiento (...), en el matrimonio no sólo ha de analizarse la capacidad natural actual de entender y querer lo que significa el vínculo matrimonial, sino también la aptitud para asumir el status conyugal, que presenta una proyección de futuro”.

En relación con lo anterior, la aptitud psíquica y mental de los contrayentes debe verificarse en el momento o durante de la tramitación de dicho expediente matrimonial y también sería conveniente que se comprobara en el momento de celebración del matrimonio, pese al silencio de la normativa al respecto⁴⁷. Al margen de esta cuestión, la doctrina considera que las deficiencias psíquicas transitorias que se produzcan en momentos puntuales no necesariamente invalidan el consentimiento, siempre que éste se emita en un momento de plenitud mental del contrayente. O incluso si, constatada la capacidad inicialmente, la enfermedad se diagnostica después de celebrado el matrimonio, no habría inconveniente en mantener su validez siempre que, en su caso, se pruebe que cuando se emitió dicho consentimiento dicha capacidad existía⁴⁸. En consecuencia, no sería relevante que hubiera existido antes dicha capacidad, por ejemplo, en virtud de un poder otorgado a un tercero para contraer matrimonio, pues lo determinante es que exista en el momento de dicha tramitación o, incluso, que hubiera estado afectada la persona por una enfermedad antes dicha tramitación⁴⁹. Todavía más, acreditada la existencia de capacidad natural para contraer matrimonio, si posteriormente se tiene conocimiento de la discapacidad psíquica de uno de los contrayentes, el instructor podría solicitar en ese momento el dictamen médico⁵⁰.

La concurrencia de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos son objeto de control, como se ha constatado, normalmente con carácter previo a su celebración⁵¹, a través de la tramitación del expediente al que hace referencia el art. 56.1º CC que se regula con detalle en la legislación del Registro Civil⁵².

46 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 56”, en cit., p. 719.

47 En este sentido, SERRANO GÓMEZ, E.: “Capítulo 5. La celebración”, cit., p. 574 y, más recientemente, MARTÍN AZCANO, E.: “La aptitud matrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”, *La Ley Derecho de Familia*, n° 19, julio-septiembre 2018, pp. 6 -7. Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 56”, cit., p. 719, refiere dicha valoración al momento de tramitación del expediente.

48 Vid. SERRANO GÓMEZ, E.: “Capítulo 5. La celebración”, cit., p. 574.

49 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 56”, cit., p. 717.

50 Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 68, quien cita al respecto las RDGRN 17 diciembre 1993 (RAJ 1994, 564), o 20 enero 1995 (RAJ 1995, 1606).

51 Y también con posterioridad a dicha celebración, en el momento de la práctica de la inscripción en el Registro Civil. Vid. art. 65 del Código Civil.

52 Arts. 238 y ss. RRC.

La siguiente cuestión que se plantea, sentado lo anterior, es cómo constatar o verificar que, en el caso de existencia de una discapacidad psíquica mental o intelectual, el contrayente (o ambos contrayentes) posee la capacidad suficiente desde el punto de vista cognitivo y volitivo para contraer matrimonio⁵³, lo que nos sitúa en el estudio del régimen jurídico del matrimonio de las personas con discapacidad y, en particular, en el apartado segundo del referido precepto.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRAERLO. ESPECIAL REFERENCIA AL DICTAMEN MÉDICO.

I. El dictamen médico del artículo 56.2º del Código Civil.

Cuando se aborda el régimen jurídico del matrimonio de las personas con discapacidad, adquiere plena virtualidad el art. 56 CC en su apartado segundo por cuanto diseña la manera de proceder por parte del Encargado del Registro Civil si, durante la tramitación del expediente matrimonial constata la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica en alguno de ellos (o en los dos), y tiene duda sobre la aptitud para prestar válido consentimiento. En esta hipótesis se establece el mecanismo para verificar la existencia de la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, esto es, la "capacidad de discernimiento suficiente para entender y asumir conscientemente la comunidad de vida en que el matrimonio consiste"⁵⁴. Obsérvese, que la propia expresión del precepto permite afirmar que dicha apreciación o juicio sobre la capacidad matrimonial debe de hacerse de manera particularizada para cada caso, esto es, se trata de una apreciación "in concreto" o verificación "ad casum"⁵⁵.

El principal instrumento para aquella verificación es el dictamen médico a que hace referencia el mencionado precepto⁵⁶. Veamos las funciones que cumple.

A) Funciones.

En primer lugar, el dictamen médico se convierte en un instrumento fundamental para verificar la capacidad natural y suficiente del contrayente afectado por discapacidad, más que catalogar de manera exacta la discapacidad

53 SAP de Madrid 15 marzo 2013 (JUR/2013/158526).

54 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al artículo 56", cit., p. 716.

55 Vid., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera", cit., pp. 87-88; y de la misma autora, "Matrimonio y discapacidad", cit., pp. 63 y 75, nota núm. 51.

56 "Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

que la persona presenta⁵⁷. En este sentido, despliega toda su virtualidad en el momento del control inicial de la capacidad para consentir válidamente⁵⁸ que se efectúa durante la tramitación del expediente matrimonial.

Está dirigido a verificar cuando existen dudas fundadas, si aquélla concurre a efectos de que dicho consentimiento sea válido y con ello el negocio celebrado, pero en ningún caso procura limitar la posibilidad de contraer matrimonio. Como expresa la STS de 15 de marzo de 2018 “se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad”⁵⁹.

De ahí que la exigencia de dictamen médico no sea un requisito esencial para la celebración del matrimonio por las personas con discapacidad⁶⁰, lo que es requisito esencial es la existencia de capacidad natural suficiente de entender y querer dicho acto. En consecuencia, no hay duda en la actualidad de que la omisión “per se” del mismo no afecta a la validez del matrimonio contraído siempre que el consentimiento de los contrayentes afectados por discapacidad sea libre y consciente⁶¹.

Por lo dicho, quien impugne la validez de un matrimonio contraído⁶² con o sin dictamen médico previo, tendrá que probar la falta de capacidad natural para celebrarlo en ese momento, lo que nos situaría, en el “control ex post de la capacidad para consentir”⁶³. Y en este punto, es conveniente destacar que de la jurisprudencia no muy numerosa del Tribunal Supremo⁶⁴, y de los pronunciamientos

57 Cfr. ROMERO COLOMA, A. M^a: “La reforma del artículo 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales)”, *Revista CEFLEGAL.CEF*, núm. 207 (abril 2018), disponible en www.ceflegal.com, p. 45.

58 Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 70.

59 (RAJ 2018, 1478). En el mismo sentido, la STS 29 abril 2015 (RAJ 2015, 2208).

60 En efecto, podrá ser exigido para verificar la existencia de aptitud para prestar válido consentimiento matrimonial en algunos casos (normalmente de cierta entidad), en que el contrayente o contrayentes presenten dicha discapacidad. Como afirma la STS de 15 de marzo de 2018, se “trata de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo” (FD. Tercero).

61 Vid., entre otros, ABAD ARENAS, E.: “La discapacidad”, cit., p. 225; y ROMERO COLOMA, A. M^a: “La reforma”, cit., p. 49.

62 Art. 73.1º. del Código Civil.

63 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 73.

64 La STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) es un claro ejemplo de lo dicho, aunque conviene advertir que cuenta con un voto particular. Dicho pronunciamiento estima el recurso de casación interpuesto por la esposa, doña Dulce, contra la sentencia que estimó la nulidad de su matrimonio ejercitada la correspondiente acción por sus hijas. Dicho matrimonio se celebró en la República Popular China en enero de 2010 por don Álvaro enfermo de alzhéimer y se aduce su falta de capacidad para emitir el consentimiento. Antes de dicho matrimonio, en mayo de 2009, el contrayente interpuso demanda de divorcio contra la madre de las demandantes, dictando el juez sentencia de divorcio con fecha de 5 de octubre del mismo año. Dicho matrimonio se celebró estando pendiente un proceso de incapacitación que promovió su hija en 2008 y que concluyó con sentencia estimatoria de la demanda el 14 de junio de 2010 por la que se restringe su capacidad para realizar cualquier acto de gobierno sobre su persona y bienes, derechos e intereses de relevancia jurídica, para el ejercicio del derecho de sufragio y otorgar testamento. Se establece también en ella su sometimiento a la tutela de su hija. D. Álvaro recurrió en apelación dicha sentencia para que se nombrara curadora a su esposa. Se desestima dicho recurso. Fallece cinco años después, en 2015, sin que hasta ese momento se ejercitara acción para la declaración de nulidad. En el testamento que

de las Audiencias Provinciales ⁶⁵, se desprende un criterio restrictivo a la hora de declarar la procedencia de nulidad del matrimonio⁶⁶, por su carácter excepcional frente a las acciones de separación o divorcio, por la rigurosa prueba que de acuerdo con el art. 217 LEC corresponde a quien la pretende, porque colisiona con el principio “favor matrimonii” y porque, en definitiva, el “Código Civil no exige para la validez del matrimonio que los contrayentes se encuentren en un goce óptimo de sus facultades intelectuales o mentales, bastando al efecto que tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren”⁶⁷. De ahí, que Tribunales actúen con especial prudencia respecto de los elementos fácticos y el resultado probatorio ofrecido

otorgó en 2010 deja a sus hijas la legítima y nombra heredera a doña Dulce. Es entonces cuando sus hijas ejercitan la acción de nulidad. Se estima en primera instancia junto con la mala fe de su esposa demandada. Recurrida en apelación por ésta, se desestima. Frente a esta sentencia, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que es desestimado, mientras que el de casación es estimado.

Resulta llamativo que el informe médico-forense elaborado durante la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad que no prevalece para determinar la falta de capacidad matrimonial (no se exigió sin embargo dictamen médico por el Cónsul en la tramitación del expediente matrimonial), dictamina que no puede mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas como su edad o fecha de nacimiento, que no puede coger el bolígrafo para escribir una frase, poniendo su nombre de forma ilegible, entre otros extremos. Sin embargo, para el Alto Tribunal (F.D. 4º) no ha “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración de derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio “favor matrimonii”.

En este sentido, un argumento de peso que sirve al Tribunal Supremo para mantener la validez del matrimonio es, probablemente, que, durante la tramitación del juicio de incapacidad, don Álvaro había presentado demanda de divorcio contra su anterior mujer que se estimó, ante lo cual aduce el Alto Tribunal que “la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio”.

Sin embargo, a nuestro entender y compartiendo el parecer de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., p. 531, y “Validez del matrimonio” cit., p. 406, el Tribunal ha buscado la justicia del caso concreto, máxime cuando se ha ejercitado la demanda de nulidad una vez fallecido el contrayente sin que durante los cinco años desde la celebración del matrimonio, ni la tutora (una de sus hijas), ni el Juez, ni el Ministerio Fiscal consideraran que el contrayente estuviera sometido a una situación contraria a su interés, además de que se respetó su voluntad manifestada de residir en su casa con su esposa (F.D. 4º). En el mismo sentido, *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit. pp. 74 y 75, en particular, la nota núm. 51 de su trabajo.

65 En este sentido, la SAP de Madrid 15 marzo de 2013 (JUR 2013, 158526) que desestima la nulidad de un matrimonio celebrado por contrayente incapacitado para gobernar sus bienes cuatro meses antes de casarse nombrando curadora a una de sus hijas a causa de los problemas que le producía la enfermedad de Parkinson. Dicha sentencia después de contraer matrimonio se modifica quedando sujeto a tutela por la incapacidad para regir su persona y bienes.

66 *Id.* las SSTs 18 septiembre 1989 (RAJ 1989, 6318), 29 abril 2015 (RAJ 2015, 2208) que declara la improcedencia de nulidad del matrimonio por falta de consentimiento al no quedar acreditada, o 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) en el mismo sentido. Por su parte, la STS 14 julio 2004 (RJ 2004, 4297) determina la procedencia de la nulidad del matrimonio.

En la jurisprudencia menor, *vid.* las SSAP de Barcelona 21 febrero 2001 (AC 2002, 406); Álava 31 diciembre 2001 (RAJ 2002, 1320); Burgos 28 enero de 2002 (AC 2002, 787); Madrid 15 marzo 2013 (RAJ 2013, 158526); Barcelona 10 marzo de 2016 (JUR 2016, 99740); las Islas Baleares 18 junio 2014 (AC 2014, 1140); o Palencia 20 marzo 2018 (JUR 2018, 144678) que, entre otras, determinan la falta de nulidad, más numerosas que las que la estiman.

Por su parte, las SSAP de Sevilla 28 junio 2000 (JUR 2000, 284516); Murcia 27 febrero 2002 (RAJ 2002, 126479); Valencia 21 septiembre 2016 (JUR 2016, 247157); o Palencia 20 marzo 2018 (JUR 2018, 144678), acuerdan la nulidad del matrimonio.

67 SAP de Madrid 21 septiembre 2016 (JUR 2016, 247157).

a su ponderación para concluir estimando la procedencia de la nulidad del matrimonio⁶⁸.

En todo caso, sentado que la exigencia del dictamen médico no es un obstáculo para la celebración del matrimonio, hay que significar que cuando sea requerido durante la tramitación del expediente matrimonial, no comporta discriminación alguna respecto a las personas que no padecen dicha discapacidad. Expresado, en otros términos, no es discriminatorio para quienes la padecen cuando sea exigido en la tramitación del expediente, puesto que es un medio para constatar, cuando existen dudas, si la persona que pretende celebrarlo posee la capacidad necesaria a fin de que sea válido.

Además, a la vista de la jurisprudencia y doctrina de la DGRN, su exigencia suele estar justificada en casos en que la discapacidad psíquica de uno de los contrayentes reviste cierta gravedad⁶⁹.

Por ello, insistimos y suscribimos la opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, en el sentido de que la petición de este por el Encargado de instruir el expediente, lejos de ser discriminatoria o una “injerencia desproporcionada o arbitraria”⁷⁰ no entra en confrontación con los artículos 12 y 23 de la Convención de Nueva York.

68 En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 73.

69 La exigencia de dictamen médico, durante la tramitación del expediente matrimonial presenta virtualidad operatoria en la práctica cuando pretenden contraer matrimonio personas con trastornos degenerativos asociados a su edad. En este sentido, *vid.*, sin ánimo de exhaustividad, la RDGRN 29 enero 2004 (RAJ 2004, 2790) en un supuesto de deficiencias psíquicas con grave deterioro de la capacidad cognitiva del contrayente; la de 23 octubre 2004 (RAJ 2005, 1079) en otro caso de pretendido matrimonio por uno de los contrayentes que padece demencia senil avanzada. O la de 29 octubre 2014 (RAJ 2015, 266357), en un caso de trastorno degenerativo grave a causa de la hemiplejía derecha que le impide comunicarse al contrayente de 80 años, siendo la única posibilidad de hacerlo a través de un gesto. El dictamen médico en los casos expresados resulta ser desfavorable, lo que resulta plenamente justificado por la gravedad de las deficiencias sufridas. De ahí, que resulten coherentes las actuaciones del Encargado del Registro Civil que deniega su autorización, de una parte, y del Centro Directivo, de otra, que desestima el recurso interpuesto contra el auto de aquél.

Asimismo, son objeto de atención por el Centro Directivo los recursos interpuestos contra el auto dictado por el Juez en caso de personas que padecen discapacidades de tipo psíquico no asociadas a la edad. Así ocurre en la RDGRN 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295), en un caso de oligofrenia crónica de la contrayente con una edad mental de unos catorce años. O en un supuesto de trastorno de personalidad, por ejemplo, como ocurre en de 30 junio 2005 (RAJ 2006, 7457), que desestima el recurso interpuesto por los padres de quien pretende contraer matrimonio, contra el auto del Juez Encargado del Registro Civil, que concede autorización para su celebración, previo dictamen médico favorable, aunque está incapacitada judicialmente, pues no ha quedado probada su falta de capacidad natural a pesar de los trastornos de la personalidad que padece; o en el supuesto de una discapacidad psíquica de un 37% la de 18 septiembre 2008 (RAJ 2009, 443117).

En estos casos, es habitual que la DGRN se pronuncie a favor de la celebración del matrimonio pese a que sean los padres del interesado/a en contraer matrimonio quienes interpongan el recurso contra el auto del Juez Encargado del Registro Civil que lo autoriza, reiterando la “inexistencia de incompatibilidad forzosa entre capacidad natural para contraer matrimonio e incapacitación judicial del contrayente”.

Vid., además, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 524-525, y “Validez del matrimonio”, cit., pp. 402-406, quien se refiere a las enfermedades que excluyen la posibilidad de prestar un auténtico consentimiento matrimonial que pueden ser como refiere transitorias o duraderas, en el sentido estas últimas de “deficiencias intelectuales graves”. Resulta de interés también la referencia exhaustiva que contiene en sendos trabajos a algunas resoluciones de la DGRN, sentencias del TS y de algunas Audiencias Provinciales que se han pronunciado sobre la validez o nulidad del matrimonio.

70 Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 83.

En segundo lugar, el dictamen médico cumple otra función no menos importante dirigida a prevenir la influencia indebida de personas cercanas al entorno de las que presentan discapacidad y a las que proporcionan los cuidados y atención necesarios. No es extraño que algunas con pocos escrúpulos pretendan contraer matrimonio con las personas aquejadas por estas deficiencias para obtener algún tipo de ventaja o provecho económico. En este contexto, el dictamen se erige en una cautela acorde con los principios de promoción y reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad de la Convención de Nueva York, en consonancia también con el artículo 12.4 de dicho instrumento internacional respecto a la obligación de los Estados partes de establecer salvaguardias adecuadas y efectivas para evitar abusos. Es decir, para detectar y, en su caso, evitar un posible abuso⁷¹. En esta hipótesis el dictamen médico, lejos de ser baladí, se vuelve a erigir en un instrumento de gran utilidad⁷².

Como expresa la doctrina con buen criterio, “se aprecia un control de la influencia debida y de la simulación que impiden la celebración del matrimonio”⁷³. De resultas, “el elemento de extranjería más la fragilidad de la persona con discapacidad son antecedentes determinantes que exigen un particular celo en el instructor del expediente”⁷⁴.

B) Algunas conclusiones.

De la lectura atenta de las resoluciones de la DGRN⁷⁵, se puede afirmar que el planteamiento general de este organismo es el de mantener “ab initio” y con carácter general una postura favorable a la celebración del matrimonio por las personas que padecen discapacidades de cierta gravedad, incluso en el caso de que estén incapacitadas, pues las deficiencias o anomalías psíquicas solo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial. Para llegar a una conclusión certera en el sentido expuesto, el dictamen médico se erige en un instrumento de innegable trascendencia y utilidad puesto que propicia un examen, caso por caso, en determinados supuestos, de la aptitud actual-en el momento de que se trata- para prestar válido consentimiento si existen dudas sobre la existencia de aquélla.

71 En el mismo sentido se expresa con buen criterio, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 83.

72 Vid., sin ánimo de exhaustividad, las RRDGRN 17 diciembre 1993 (RAJ 1994, 564); 20 enero 1995 (RAJ 1995, 1606); 11 diciembre 1996 (RAJ 1997, 7377); 19 octubre 2011 (RAJ 2012, 301427), o 2 septiembre 2013 (RAJ 2014, 210774).

73 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 71.

74 Ídem nota anterior.

75 Ya desde finales de los años ochenta y en los noventa. Vid. las RRDGRN 1 diciembre 1987 (RAJ 1987, 9716); 9 octubre 1993 (RAJ, 1993, 7969); o 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295).

Para concluir este apartado, estamos en condiciones de aseverar que el dictamen médico al que se refiere el art. 56.2° CC es un instrumento de control de la existencia de la capacidad necesaria y suficiente para contraer matrimonio y, en su caso, para evitar abusos o manipulaciones indebidas, especialmente, cuando se trata de matrimonio contraídos por personas de edad avanzada o de matrimonios que pretenden celebrar personas extranjeras en estos supuestos. Instrumento de control, pues, destinado a verificar dicha capacidad de manera singularizada en cada caso.

Además, estas funciones le dotan de un carácter imprescindible que, lejos de resultar limitativo del “ius connubii” y de la presunción de capacidad de la persona para contraerlo o, incluso, discriminatorio por padecer ciertas discapacidades, especialmente cuando revisten cierta gravedad, procura constatar la existencia de un requisito subjetivo esencial para su validez.

Finalmente, se observa una tendencia favorecedora y nada limitativa o excluyente a la celebración del matrimonio tanto por la DGRN en los recursos que resuelve contra los autos que autorizan o deniegan la celebración del matrimonio en el control previo de la capacidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como en las sentencias de las Audiencias Provinciales cuando tienen que pronunciarse sobre una posible nulidad del mismo, tras el ejercicio de la acción ex art. 73.1° CC, ya en una fase de control posterior de dicha capacidad.

VI. LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 56.2° DEL CÓDIGO CIVIL.

I. Consideraciones previas: De la reforma de 1981 a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015.

Desde la reforma del Código Civil por la Ley de 7 de julio de 1981⁷⁶, la celebración del matrimonio sigue precisando, por lo que se refiere a la capacidad para prestar consentimiento matrimonial, la necesaria aptitud para la emisión del consentimiento con conocimiento de causa y voluntad, dejando de estar incluida en las prohibiciones o incapacidades del antiguo art. 83, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Italiano en el que es requisito para contraer matrimonio la plena salud mental del contrayente⁷⁷. En nuestro ámbito, los arts. 46 y 47 CC

76 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.

77 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 506-508 y 548-550. En efecto, refiere el autor en su brillante trabajo el “impedimento de incapacitación” del Código Civil Italiano (arts. 85 y 120 CC it.) inexistente en nuestro Derecho. Por el contrario, en el Derecho italiano, se considera un requisito de capacidad la inexistencia de un estado de incapacitación judicial de los contrayentes, lo que es objeto de crítica en dicho ámbito, como constata con detalle el autor. Difiere también, como expone el autor, la consecuencia del régimen jurídico del matrimonio contraído por quien no se hallaba en plenitud de sus facultades mentales o por el incapacitado, que en aquel ámbito es anulable, lo que como señala certeramente, “produce cierta perplejidad”.

no contemplan la falta de capacidad natural como prohibición o incapacidad para contraer matrimonio como regla general en sede de impedimentos, sino que pasa a ser contemplada en la tramitación del expediente matrimonial del artículo 56, de suerte que la existencia de deficiencias o anomalías psíquicas de alguno de los contrayentes o, mejor dicho “la apariencia de dichas anomalías o deficiencias”⁷⁸, obliga a que el instructor del expediente matrimonial exija dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento del contrayente afectado por dicha deficiencia.

Con aquella reforma, la regla pasa a ser la de la capacidad general para contraer matrimonio y la excepción la falta de dicha capacidad cuando así se constate en dicho expediente matrimonial. En consecuencia, el matrimonio puede ser contraído, ya desde la reforma de 1981, al margen de que el afectado por dicha discapacidad estuviera incapacitado o no, o con un procedimiento judicial pendiente, siempre que posea aquella aptitud. Instaura nuestro Código con aquella reforma un régimen jurídico proclive al matrimonio de las personas con discapacidad, en consonancia con el respeto de las personas con discapacidad, el reconocimiento del “*ius connubii*” por la CE y el principio “*favor matrimonii*”⁷⁹. Todavía más, las líneas maestras de aquella reforma son respetuosas y encajan con los principios de la Convención de Nueva York.

Desde la reforma de 1981, va a ser en el año 2015, casi treinta cinco años después, cuando el legislador acomete la modificación del art. 56 CC, en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria⁸⁰. En concreto, su Disposición final primera que introdujo algunas modificaciones que afectan a la determinación de la concurrencia de los requisitos para contraer matrimonio y su celebración, así como la nueva regulación del acta o expediente previo a la celebración del matrimonio, encomendando su tramitación con carácter novedoso al secretario judicial o Notario, además del Encargado del Registro Civil, entre otros⁸¹.

Interesa en relación con la primera cuestión objeto de reforma referida, el apartado segundo de dicho artículo⁸² a cuyo tenor: “Si alguno de los contrayentes

Vid. también, la referencia que contiene al Derecho portugués el autor en su trabajo (p. 520, nota núm. 80) y su crítica, que compartimos, por ser contraria al principio de libre desarrollo de la personalidad. El art. 1602, letra b), de su Código civil establece como impedimento que anula el matrimonio la “*dementia notoria*, incluso durante los intervalos lúcidos, y la incapacitación o inhabilitación por anomalías psíquicas”.

78 *Vid.* MARIN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 56 “, cit., p. 177.

79 *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 64.

80 Desde ahora LJV.

81 *Vid.* Disposición transitoria cuarta.2 y final vigésima primera, apartado tercero de la LJV. Hasta el 30 de junio de 2020, el control de la capacidad de los contrayentes se realizará exclusivamente en el expediente previo tramitado ante el Registro Civil, también cuando el matrimonio se celebre ante Notario o Secretario Judicial. *Cfr.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., p. 521.

82 Después de que su apartado primero declare de manera casi idéntica, a como lo hiciera el precepto en su redacción anterior, salvo por la ampliación de la competencia para su tramitación, que: “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del

estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Cabe añadir, respecto a esta reforma proyectada por la LJV, cuya entrada en vigor prevista para el 30 de junio de 2017⁸³ no llegó a producirse, unas breves observaciones.

En primer lugar, desde el punto de vista subjetivo, especifica los sujetos que tienen que exigir dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento, lo que en línea de principio debe ser acogido positivamente, aunque sin concretar qué tipo de especialista corresponde emitirlo, lo que, sin embargo, debe ser objeto de una crítica negativa⁸⁴.

En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo, la norma amplió probablemente por error y falta de rigor⁸⁵, los supuestos en que aquéllos deben exigir dicho dictamen. En efecto, el inconveniente surgió porque el legislador de 2015 pretendió, con buen propósito, adaptar la terminología de este precepto a la contenida en el art. 1 de la Convención de Nueva York⁸⁶. Con esta intención sustituyó la expresión de “deficiencias o anomalías psíquicas” por la de “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, causando el efecto no deseado y acaso discriminatorio, de ampliar la exigencia de dictamen médico a los casos de personas que presenten deficiencias sensoriales, lo que no pudo ser acogido positivamente⁸⁷ puesto que estas personas, en línea de principio, no presentan dudas⁸⁸ sobre su aptitud para prestar consentimiento matrimonial por causa de dicha deficiencia. El resultado fue entonces que la reforma prevista, lejos de favorecer la eliminación del dictamen médico en la tramitación del expediente matrimonial y exigirlo en casos excepcionales⁸⁹ como parece ser más acorde con

Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con los previsto en este Código”.

83 Disposición final vigésima primera, apartado tercero.

84 Como bien expresa ROMERO COLOMA, A. M^a.: “La reforma”, cit., p. 45, sería deseable que se exigiera su emisión por un médico especializado en Psiquiatría o Neurología, puesto que por su formación son los más indicados para redactar un dictamen de este tipo.

85 Vid., por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., p. 522 y “Validez del matrimonio”, cit., p. 401, quien lo califica de “absurdo” y “contrario” al art. 23.1 a) de la Convención de Nueva York.

86 Que define a las personas con discapacidad como aquellas que “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales”

87 Por el propio movimiento asociativo de discapacidad que consideraba discriminatoria la exigencia del dictamen médico para contraer matrimonio.

88 Como ocurriera con la redacción del precepto de acuerdo con la reforma de 1981 que no los mencionaba.

89 En los que la deficiencia pudiere afectar de forma sustancial a la prestación del consentimiento.

la Convención de Nueva York, lo imponía injustificadamente para este grupo de personas⁹⁰.

Con este planteamiento, la reforma proyectada en vez de concordar con los principios de la Convención de Nueva York favorable a la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad como venía manteniendo ya nuestro Código civil desde la reforma de 1981, resultaría contraria a dicho espíritu y a nuestra CE.

Ante este panorama desconcertante, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, se vio obligada a dictar una Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, sobre la interpretación y aplicación del art. 56.2º CC, paliando este efecto no deseado con la nueva redacción del referido precepto y propugnando una interpretación restrictiva del mismo en línea con los artículos 12 y 23 de la Convención de Nueva York. En definitiva, quiso dejar sentado que la exigencia del dictamen médico se debía "entender limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión". A pesar del buen propósito expresado con esta Resolución, el legislador aprovechando que todavía no había entrado en vigor formuló una nueva redacción del segundo inciso del artículo que nos ocupa.

2. La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: carácter excepcional y subsidiario del dictamen médico. Reflexiones críticas.

En efecto, la clarificación del precepto referido realizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado proponiendo una interpretación estricta del mismo y limitada a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma sustancial a la capacidad para prestar el consentimiento, probablemente no resultó ser suficiente para atender a las demandas de la sociedad civil, en particular, el movimiento asociativo de la discapacidad que reclamaba un régimen favorecedor de la celebración de los matrimonios de las personas con discapacidad⁹¹, como si hasta entonces no existiera, añadimos nosotros.

Lo anterior, junto con la exigencia de adecuación plena de dicho precepto a la Convención de Nueva York aprovechando que la modificación del art. 56 CC no había entrado en vigor, propició la última, hasta hoy, reforma de dicho precepto,

⁹⁰ Junto con las que presentan por ejemplo deficiencias físicas. Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", cit., p.77. En el mismo sentido, recientemente, HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: "Igualdad jurídica", cit., pp. 225.

⁹¹ Así CERMI, la CNSE, la COCEMFE, o la ONCE, entre otras.

por la Ley 4/2017, de 28 de junio⁹², de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que, como es sabido, no ha entrado en vigor todavía. En efecto, dicha ley además de reformar el art. 56 estableció una nueva moratoria de un año de la Ley de Registro Civil⁹³ que no fue la última pues Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas⁹⁴, volvió a posponer dicha entrada en vigor hasta el 30 de junio de 2020.

Toda esta referencia a los avatares legislativos del art. 56 CC y su entrada en vigor condicionada a la Ley del Registro Civil, para significar que sigue vigente el precepto con la redacción que le dio la reforma de 1981.

El propósito de las siguientes líneas es formular algunas reflexiones para determinar si el cambio proyectado va a suponer un régimen legal favorecedor del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad como dispone el Preámbulo de la Ley 4/2017, de 28 de junio, en consonancia con los postulados de la Convención de Nueva York, respecto a su redacción vigente. Este planteamiento supondría, acaso, partir de la premisa de que nuestro sistema vigente no ha favorecido hasta el momento presente el ejercicio de este derecho a las personas con discapacidad. Adelantamos que este no es nuestro parecer.

A) El primer inciso del artículo 56.2º. del Código Civil: Los apoyos para la exteriorización de la voluntad del contrayente (o contrayentes).

Es menester destacar que en la primera parte del art. 56.2º.⁹⁵ podría entenderse que son sujetos pasivos de la norma *las personas con discapacidad* en general, merecedoras de determinados apoyos, como veremos, sin hacer mención alguna a si tienen su capacidad modificada o no⁹⁶, huyendo de la connotación negativa del sistema de incapacitación vigente y más próximo al nuevo sistema de apoyos de la Convención de Nueva York⁹⁷. Es posible que el legislador haya pensado al redactar este inciso primero en las personas que sufren discapacidades de tipo sensorial o físico⁹⁸, como invidentes o sordos cuya capacidad volitiva y cognitiva

92 Artículo Único. Dos.

93 Al 30 de junio de 2018 en su Artículo único (Cuatro).

94 Disposición final décima.

95 “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes”.

96 Como hace el referido precepto en la redacción dada por la reforma de 1981.

97 De todas formas, sería innecesario incidir en este aspecto, pues es sabido que desde el año 1981 una persona incapacitada judicialmente puede contraer matrimonio si queda acreditada su capacidad natural de entender y querer el acto concreto.

98 “Discapacidades no incapacitantes”, al entender de HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M.: “Igualdad jurídica”, cit., p. 227.

respecto al matrimonio no plantea duda alguna⁹⁹, pero ha cometido el error de no especificarlo como hubiera sido deseable¹⁰⁰. Es obvio que en determinados casos precisarán apoyos necesarios y suficientes para la emisión, interpretación y recepción del consentimiento, esto es, para la exteriorización de la voluntad matrimonial que ya está formada y en tal sentido es libre y voluntaria. A nuestro parecer, el legislador, influido por el cambio de paradigma de la Convención de Nueva York y las demandas de la sociedad civil, hace hincapié de manera poco precisa en la posibilidad de provisión de *apoyos* que deberán recabar quienes tramiten el acta o expediente matrimonial¹⁰¹.

Repárese, que el artículo no especifica cuáles van a ser dichos apoyos pues tan solo se limita a expresar de manera genérica que serán “humanos, técnicos y materiales”¹⁰², lo que permite entender que dicha mención debe ser objeto de una interpretación amplia¹⁰³. Más allá de esta referencia, se echa en falta una concreción y especificación de los citados apoyos, quién debe facilitarlos, o la forma de llevarlos a cabo¹⁰⁴.

En consecuencia, de lo hasta aquí comentado, el primer inciso del reformado art. 56 no aporta a nuestro entender nada nuevo respecto a la redacción de 1981, pues es obvio que las personas que presenten dichas deficiencias sensoriales o físicas y pretendan contraer matrimonio, han utilizado y seguirán utilizando medios para exteriorizar su voluntad matrimonial cuando su deficiencia lo impida. Sin ir más lejos, será determinante, aunque no lo menciona el precepto, el apoyo que les puedan brindar las personas que las acompañan de manera habitual y que por su cercanía (familiares, amigos, guardadores de hecho o, en su caso, curador) mejor se comunican con ellos y los entienden¹⁰⁵, sin perjuicio, obviamente, de otros más específicos que en su caso puedan necesitar que son a los que parece referirse el legislador de manera poco afortunada por lo apuntado.

99 Los que sufren “deficiencias sensoriales” del proyectado 56.2°. del Código Civil que no entró en vigor.

100 Para una adecuada interpretación de todo el apartado segundo del precepto que nos ocupa.

101 Esta previsión, como reza el Preámbulo de la Ley 4/2017, de 28 de junio, pretende dar cobertura plena a la exigencia prevista en el artículo 12.3 de la Convención de Nueva York a fin de que los Estados partes adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; y también a lo dispuesto en el art. 23 del mismo texto internacional.

102 Vid. HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M.: “Igualdad jurídica”, cit., p. 231.

103 En línea con el APL, cuyo preámbulo (III), acoge una noción amplia de apoyo y destacamos aquí, la ayuda técnica en la comunicación de las declaraciones de voluntad a la que se refiere.

104 Pues no serán suficientes los que puedan prestar las entidades sociales de naturaleza privada como asociaciones y fundaciones entre cuyos fines se encuentre la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Cuestiono aquí, compartiendo la opinión de ROMERO COLOMA, A. M^a.: “La reforma”, cit., p. 62, si la Administración cuenta con los medios e instrumentos necesarios para ello. Todo ello, ha permitido que la misma autora sugiera que dicha previsión contiene una “mera entelequia legal” que pone de manifiesto que esta redacción es fruto de una reforma precipitada.

105 En el mismo sentido, HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M.: “Igualdad jurídica”, cit., p. 231.

En segundo lugar, respecto a la finalidad de esos apoyos humanos, técnicos y materiales, el precepto refiere que faciliten la “emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes”. Así, tendrían cabida en esta primera hipótesis los casos en que aquellas personas necesitan apoyo técnico para la exteriorización de su consentimiento que, sin embargo, no presentan problemas en la aptitud o capacidad natural para comprender y querer el matrimonio. Esto es, la voluntad respecto a la celebración del matrimonio por dichas personas se ha formado correctamente pues no hay dudas sobre la concurrencia de capacidad para entender y querer el matrimonio. Solo necesitan ayuda o apoyo para ser exteriorizada.

B) El segundo inciso del artículo 56.2° del Código Civil: El carácter excepcional y subsidiario del dictamen médico.

Situados en la segunda parte del precepto que nos ocupa¹⁰⁶, nuestra reflexión se centra en la necesidad del dictamen médico que contempla, en particular, la limitación que ha introducido el legislador respecto a su exigencia pues le atribuye un carácter excepcional para el supuesto de que “una condición de salud de modo evidente, categórico y sustancial”¹⁰⁷ que padezca la persona, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial. Además de ser excepcional, el requerimiento del dictamen médico presenta un carácter subsidiario, pues será preciso “pese a las medidas de apoyo”. Al respecto, apuntar, aunque no es objeto de estudio en este lugar, que el planteamiento de este precepto proclive a la eliminación del dictamen médico no se cohonesto bien, con lo previsto en el art. 52.2° CC en la nueva redacción dada por la LJV de 2015 para los supuestos de celebración de matrimonio en peligro de muerte derivado de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, para los que, por el contrario, el legislador ha incorporado la exigencia del dictamen médico “sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación” siempre que sea posible¹⁰⁸.

106 “Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

107 Que ha sustituido la mención de “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales” que contenía el mismo tras la reforma de 2015.

108 “El matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de la enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65”.

Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., p. 528, quien pone de manifiesto, con buen criterio, esta discordancia.

Vid. la RDGRN 17 febrero 2010 (JUR 2011, 102449) que, en un supuesto de enfermedad terminal de la contrayente sometida a cuidados paliativos, considera pertinente la exigencia de dictamen médico pese a no ser necesaria la tramitación del expediente y estar prevista su exigencia en el expediente previo al matrimonio, puesto que está encaminado a constatar un requisito fundamental para la validez del matrimonio. Expresa el Centro Directivo (F.D. 2°):

Retomando el hilo argumental, en una primera aproximación, pudiera pensarse que el legislador está pensando, como destinatarios de la norma, en personas que presentan discapacidades de tipo psíquico o intelectual de una cierta gravedad¹⁰⁹ que, a priori, pueden dificultar al encargado de tramitar el acta o expediente matrimonial determinar si existe la aptitud necesaria y suficiente para contraer válido matrimonio.

Por lo que se refiere al supuesto de hecho que habilita la exigencia de dictamen médico, esto es, “la condición de salud que de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar consentimiento matrimonial”, hágase notar el desacierto del legislador al introducir un término demasiado amplio, poco adecuado y equívoco relativo a “una condición de salud” que determina la imposibilidad de prestar consentimiento matrimonial¹¹⁰. Efectivamente, esta referencia a la salud, como refiere GUILARTE MARTÍN-CALERO¹¹¹, además de ser ajena a la terminología de la Convención de Nueva York¹¹², no debe acogerse positivamente por algunas razones. Hablar de salud en este ámbito es “equívoco e inexacto”¹¹³ pues en estos casos, lo que hay es falta de salud o existencia de enfermedades o deficiencias. Además, como decíamos, el “carácter evidente, categórico y sustancial” que se predica de esa condición de salud, no hace más que introducir confusión pues no clarifica nada al respecto, introduce una amplitud injustificada y, con ello, rompe la regla de la excepcionalidad de la exigencia del dictamen médico¹¹⁴ que parece haber querido establecer el legislador. Por lo tanto, el desatino terminológico del legislador respecto al supuesto de hecho de la norma, poco adecuado al contexto,

“La misión de las personas facultadas para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte (cfr. art. 52 CC) es especialmente delicada porque las circunstancias subjetivas del contrayente pueden hacer dudar si está en condiciones psíquicas suficientes para prestar el consentimiento matrimonial, el cual es un requisito para la validez del matrimonio (cfr. arts. 45 y 73-1º CC). Por esto, los autorizantes de tales enlaces han de extremar el cuidado en la apreciación de la capacidad del afectado. Sin duda, los Jueces Encargados del Registro Civil, cuando la urgencia del caso lo permita, deberán recabar el oportuno dictamen médico, pues, aunque éste está previsto para el expediente previo al matrimonio (cfr. art. 56-II CC) y en este expediente debe emitir aquél el Médico Forense (cfr. art. 245-II RRC ...) concurren las mismas o más fuertes razones para que, si ello es posible, no haya de prescindirse de esta garantía en el matrimonio en peligro de muerte de un enfermo.

Obsérvese, que también en estos casos el dictamen médico, lejos de coartar la posibilidad de contraer matrimonio, está encaminado, como garantía, a constatar la existencia de la capacidad suficiente (condiciones psíquicas suficientes) para prestar consentimiento matrimonial, requisito imprescindible para su validez. Efectivamente, a nuestro entender, tanto el matrimonio en peligro de muerte por enfermedad o estado físico de uno de los contrayentes, como en el quien padece una discapacidad de tipo intelectual o psíquico grave, el dictamen médico puede ser instrumento de utilidad y garantía sobre la capacidad para la prestación del consentimiento matrimonial. Por ello, insistimos, no se justifica la previsión del legislador de 2015 para el art. 52.2º. CC (exigencia con carácter general) en el primer caso; y la del art. 56.2º, del mismo texto legal (exigencia excepcional y subsidiaria) en el segundo.

109 En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Capacidad para contraer”, cit., p. 523 y “Validez del matrimonio”, cit., p. 402; especialmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 79; y HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: “Igualdad jurídica”, cit., p. 227.

110 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 79 y 81.

111 Ídem nota anterior.

112 “Deficiencias” del art. I de la Convención de Nueva York.

113 Vid. nota núm. 109.

114 En sentido contrario, HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: “Igualdad jurídica”, cit., p. 234.

y excesivamente amplio, no se cohonesta bien con el carácter excepcional y subsidiario que le otorga en estos supuestos al dictamen médico¹¹⁵.

Respecto a la mención de “excepcional” que se atribuye al dictamen médico, no la acogemos positivamente pues el legislador vuelve a introducir confusión. En realidad, desde la reforma de 1981 dicho informe, como ha quedado corroborado, lejos de ser un obstáculo para la celebración del matrimonio, lo que pretende es verificar la existencia de capacidad natural de entender el matrimonio ante la apariencia, constancia o percepción de deficiencias psíquicas por la persona afectada, pero no impedir o limitar su celebración. Como recuerda la STS 15 marzo 2018¹¹⁶, “el dictamen se exige en vez de negar sin más capacidad”. De manera que la referencia a su carácter excepcional es innecesaria y confusa. Realmente lo que debe ser excepcional, insistimos, no es la exigencia de dictamen médico, sino la limitación o prohibición del derecho a contraer matrimonio¹¹⁷. El dictamen médico no es obstáculo para la celebración del matrimonio, ni su exigencia es discriminatoria para las personas que padecen discapacidad, sino un instrumento de utilidad que propicia, como ha quedado dicho, un examen, en los casos en que existe duda sobre la aptitud para celebrar matrimonio, para corroborar la existencia de la capacidad natural del contrayente (o contrayentes) como requisito esencial para la validez del matrimonio. Y esta interpretación debe entenderse operativa desde la reforma de 1981. De hecho, ha sido una constante en la doctrina y no necesariamente, la más reciente, afirmar que “en caso de duda parece procedente salvar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio”¹¹⁸.

Por ello, aunque a primera vista pudiera parecer que el legislador de 2017 ha avanzado en este punto respecto al de 1981 procurando con esta nueva redacción del artículo 56 un ejercicio más igualitario del derecho a contraer matrimonio y, por ende, menos discriminatorio¹¹⁹, disintimos de este parecer¹²⁰.

Sobre este aspecto, además, nuestra jurisprudencia y la doctrina de la DGRN¹²¹, no merece reproche alguno por cuanto viene dando prioridad al principio “favor matrimonii” y de “ius connubii” siempre que la persona posea aptitud para contraer matrimonio, aunque esté incapacitada, pendiente de un proceso de

115 Pues solo en este caso excepcional, delimitado de una manera sorprendentemente amplia por el legislador, “se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

116 (RAJ 1478).

117 Como expresa con buen criterio GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y Discapacidad”, cit., pp. 81 y 92.

118 Vid., VENTURA VENTURA, J.M.: “Comentarios a los artículos 51, 56 y 57 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil II* (coord. por J. RAMS ALBESA y R. MORENO FLÓREZ), Vol. Iº, Libro Primero (Títulos I a IV), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 561-562.

119 Como lo sugiere HERAS HERNÁNDEZ, Mª.: “Igualdad jurídica”, cit., pp. 227, 232-233.

120 Así parece manifestarlo HERAS HERNÁNDEZ, Mª. M.: “Igualdad jurídica”, cit., pp. 232-233.

121 Vid. nota núm. 69.

incapacitación o padezca una discapacidad intelectual, también cuando se alcanza una edad avanzada.

En segundo lugar, el precepto dota al dictamen médico de un carácter “subsidiario” para el caso de que dicha condición de salud pueda impedir al futuro contrayente prestar consentimiento matrimonial y ello “ pese a las medidas de apoyo”. En este punto se introduce mayor confusión aún, pues no queda claro a qué medidas de apoyo se refiere el legislador; si a las del anterior inciso¹²², o a otras distintas. No parece congruente argüir que el legislador de 2017 esté pensando, en este segundo inciso del precepto, en las dirigidas a facilitar la exteriorización de la voluntad del contrayente del primer inciso para los que solo poseen deficiencias de tipo sensorial o físico.

Ante esta redacción poco clarificadora a nuestro juicio, solo nos queda pensar que el legislador, movido por la exigencia a los Estados parte de la Convención de Nueva York, de proporcionar las medidas de apoyo “proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona” del artículo 12.4. de la Convención de Nueva York, pretende dejar en un segundo plano la exigencia del dictamen médico dando la impresión con esta redacción precipitada y poco afortunada de que dicho dictamen médico, por cuanto es contradictorio o discriminatorio con los principios de la Convención de Nueva York, debe reducirse drásticamente porque su exigencia entorpece el derecho a contraer matrimonio de estas personas y aquí está el error. No se trata de que la exigencia del dictamen médico deba de ser excepcional por ser algo “perturbador”, sino que lo debe ser excepcional es una limitación injustificada del derecho a contraer matrimonio¹²³.

Todavía más, tampoco ha tenido en cuenta el legislador de 2017 que puede haber otros instrumentos de gran valor que, en estos casos especialmente graves de discapacidad a los que parece referirse el segundo inciso, ayuden a verificar la existencia o no de dicha capacidad, siempre para favorecer la celebración de un matrimonio válido. Efectivamente, aunque pudiera parecer contradictorio con los principios de la Convención de Nueva York, este mecanismo de control de la capacidad a través del dictamen médico acaso debería completarse con otras cautelas más acordes con el modelo social de discapacidad¹²⁴.

122 Que parece estar dirigido a las personas que presentan discapacidad de tipo sensorial o físico, es decir, no grave desde el punto de vista psíquico o intelectual y que, por ende, necesitan apoyos para la exteriorización del consentimiento. Esto es, respecto a éstas, no existe duda alguna sobre la existencia de la capacidad natural de entender y querer el matrimonio.

123 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 81.

124 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., pp. 84. En este sentido, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, ha incorporado otras pruebas junto con el dictamen médico para constatar en la tramitación del expediente matrimonial la incidencia que tiene la discapacidad en la prestación del consentimiento matrimonial y, de resultas, si la persona que pretende contraer matrimonio posee la aptitud necesaria para llevar a cabo este acto.

Su art. 212-6.1 afirma en relación con *El consentimiento matrimonial*, que:

VII. CONCLUSIONES.

La reforma prevista del art. 56.2° CC no supone un avance hacia un tratamiento jurídico más igualitario del matrimonio de las personas con discapacidad. Ya la redacción del precepto operada por el legislador de 1981 y la utilización e interpretación que del mismo se han hecho (fundamentalmente en lo atinente a la exigencia del dictamen médico) muestra una tendencia favorable a la celebración del matrimonio por las personas con discapacidad. Así lo corrobora también tanto la doctrina de la DGRN en el control inicial de la capacidad para consentir en los recursos que resuelve, como del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales en el control posterior de esta a través de la acción de nulidad.

En efecto, a la vista de las funciones que cumple el dictamen médico, en particular, la que se refiere al control inicial de la capacidad para consentir, estamos en condiciones de afirmar que es un medio para verificar la existencia de un requisito para la validez del matrimonio que no pretende privar de la celebración de este acto personalísimo, ni es por ello discriminatorio respecto a las personas que no padecen dicha discapacidad.

Por ello, no queda justificado el tratamiento que se le ha dado tras la reforma de 2017 con vistas a una utilización excepcional y subsidiaria respecto a las medidas de apoyo proporcionadas, tampoco clarificadas ni concretadas por el legislador, como si su exigencia fuera un elemento perturbador o negativo para que las personas con discapacidad psíquica o mental puedan acceder al matrimonio.

La consideración negativa que parece estar presente en el legislador de 2017 a la vista del tratamiento que ha recibido la exigencia de dicho informe médico en el art. 56 CC, no está justificada máxime cuando, además, el legislador de 2015 ha incorporado su exigencia como regla general en el art. 52.2° CC en el caso de matrimonio en peligro de muerte por enfermedad o estado físico, lo que pone de manifiesto una vez más la incoherencia o discordancia del legislador.

1. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

2. Si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por trastornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial exigirá un dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

3 (...).

La autora propuso en dicha Propuesta una enmienda de adición que fue admitida y pasó a formar parte como segundo inciso de dicho precepto a tenor del cual:

“Si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por trastornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial se asegurará de su aptitud para prestar el consentimiento mediante las pruebas que considere oportunas, tales como la entrevista personal, la audiencia del entorno más próximo, el informe social y el dictamen médico” (la cursiva es nuestra).

Por su parte, la futura entrada en vigor del art. 58.5° de la LRC, deja abierta la posibilidad, aunque no con carácter preceptivo, de que los funcionarios encargados de tramitar el acta o expediente matrimonial soliciten los “informes pertinentes” para acreditar, entre otros extremos, la capacidad de los contrayentes para apreciar la validez del consentimiento y la veracidad del matrimonio.

El legislador ha actuado, quizá presionado por los movimientos asociativos que representan los intereses de las personas con discapacidad, con cierta precipitación y falta de rigor al trazar la nueva dicción del párrafo segundo del art. 56 CC, intentando superar la desafortunada redacción dada inicialmente a dicho precepto en el año 2015 con la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. A buen seguro, hubiera sido suficiente eliminar la mención a las “deficiencias sensoriales”, mantener la referencia al dictamen médico de la primera propuesta de 2015 para las deficiencias mentales y sensoriales (pues su exigencia se limita a los casos en que es necesario para comprobar la concurrencia del requisito subjetivo de capacidad para contraerlo) y adecuar la redacción del precepto a la nueva competencia para tramitar el acta o expediente matrimonial cuando entre en vigor la Ley de Registro Civil.

Estimamos, además, que en aras de lograr una mayor protección de las personas con discapacidad en línea con lo previsto en la Convención de Nueva York, el sendero más acertado hubiera sido que la persona encargada de tramitar el acta o expediente matrimonial, además de la exigencia del dictamen médico cuando fuere necesario, estuviera obligada a la utilización de otras cautelas de naturaleza diversa más adecuadas con el modelo social de la discapacidad, cuya utilización, insistimos, preceptiva, serviría para evitar cualquier género de duda sobre la existencia o no de la capacidad natural.

El recurso a estos mecanismos contribuiría, a buen seguro, a una mayor protección de las personas con discapacidad que desean contraer matrimonio evitando, además, abusos o manipulaciones por partes de quienes pretenden obtener algún tipo de ventaja patrimonial aprovechando su discapacidad, sobre todo cuando se trata de discapacidades asociadas a la edad avanzada.

BIBLIOGRAFÍA.

ABAD ARENAS, E.: "La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, número 2, pp. 215-236.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, pp. 8-39.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp.11-65.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: Una comparación de las experiencias jurídicas española e italiana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, febrero 2019, pp. 498-569.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo (RAJ 2018, 1478)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 398-408.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Matrimonio civil y sistema matrimonial", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 441-554.

DE SALAS MURILLO, S.: "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, 2010, fasc. II, p. 677-717.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. por M. Cuenca Casas, L. ANGUIA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMENECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 137-159.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Capítulo II. De los requisitos del matrimonio", en *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 648-676.

GASPAR LERA, S.: "Autonomía privada de los mayores de edad con discapacidad intelectual", en *La autonomía privada en el Derecho Civil* (dir. por A. PARRA LUCÁN), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 156-171.

GONZÁLEZ MORÁN, L.: "El derecho civil ante el matrimonio de los deficientes mentales", en *Matrimonio y deficiencia mental* (ed. por J. GAFO y J.R. AMOR), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid y Córdoba, 1997.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera", en *Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 59-107.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 32, enero-junio 2018, pp. 55-94.

HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M.: "Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: Apoyos y salvaguardias proyectados", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida (Oportunidades, riesgos y salvaguardias)* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y coord. por G. DÍAZ PARDO y M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 213-243.

LÓPEZ FRÍAS, M^a. J.: "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre 1999, pp. 309-320.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Comentario al artículo 44 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO), 3^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 165.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Tema III. El matrimonio", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2015, pp. 39-40.

MARTÍN AZCANO, E. M^a.: "La aptitud matrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 19, julio-septiembre 2018, pp. 1-23.

PAU, 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), Estudios, pp. 5-28.

PUIG FERRIOL, L.: "Comentario al artículo 56 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 291-293.

RAMS ALBESA, J.: en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, Familia, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.

ROMERO COLOMA, A.M.: "La reforma del artículo 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales", *Revista CEFLEGAL*, www.ceflegal.com, núm. 207 (abril 2018), pp. 39-62.

SERRANO GÓMEZ, E.: "Capítulo 5. La celebración del matrimonio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Volumen I, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 555-646.

VENTURA VENTURA, J.M.: "Comentarios a los artículos 51, 56 y 57 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por J. RAMS ALBESA y R. MORENO FLÓREZ), tomo II, vol. 1º, Libro Primero (Títulos I a IV), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 535-564.

VENTURA VENTURA, J.M.: "Comentario al artículo 56 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), vol. I, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 399.



LA INSERCIÓN DEL NOTORIO ARRAIGO EN LA REGULACIÓN
MATRIMONIAL DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

*THE INTRODUCTION OF THE CONCEPT OF SIGNIFICANT INGRAINING
IN MATRIMONIAL REGULATION OF THE SPANISH CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 116-137

Diego TORRES
SOSPEDRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El objeto del presente trabajo estriba en la presentación de unas reflexiones en torno a lo que ha supuesto la introducción del concepto notorio arraigo en España en el Código Civil español tras los cambios introducidos por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de matrimonio en forma religiosa.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Voluntaria; matrimonio religioso; notorio arraigo en España; cooperación.

ABSTRACT: *The purpose of this work is present some reflections on what the introduction of the concept of significant ingraining in Spain; has meant in the Spanish Civil Code following the changes introduced by the Law of Voluntary Jurisdiction in matters of marriage in a religious form.*

KEY WORDS: *CVoluntary Jurisdiction; Religious Marriage; significant ingraining; cooperation.*

SUMARIO.- I. EL MATRIMONIO EN FORMA RELIGIOSA EN ESPAÑA TRAS LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.- I. Modificaciones en la regulación jurídica del matrimonio de los Acuerdos de cooperación de 1992.- 2. Matrimonio de las confesiones con notorio arraigo en España.- II. NOTORIO ARRAIGO EN ESPAÑA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y REGULACIÓN.- III. IMPLICACIONES DE LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE “NOTORIO ARRAIGO” EN EL CÓDIGO CIVIL.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. EL MATRIMONIO EN FORMA RELIGIOSA EN ESPAÑA TRAS LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA¹.

El sistema matrimonial aparece en nuestro ordenamiento enmarcado por normas de significación y alcance diverso², a saber, la Constitución española de 1978³ (en adelante CE), que supuso un giro copernicano en materia religiosa, concretamente en sus artículos 1, 9, 14, 16 y 32 y posee indudablemente un papel esencial en la configuración del actual sistema matrimonial⁴. Además encontramos el Acuerdo sobre Asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979⁵ (en adelante AAJ), específicamente su artículo VI y la disposición

¹ Sobre la incidencia concreta de dicha norma en materia matrimonial existe abundante bibliografía: TORRES SOSPEDRA, D.: “Ley de la Jurisdicción Voluntaria vs. Acuerdos de cooperación: la adopción de la vía unilateral respecto del matrimonio de las minorías religiosas en España”, *Revista Española de Derecho Canónico* (REDC), 2019, vol. 76, núm. 186, pp. 331-359; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, M^a L.: “Las reformas introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en los matrimonios de confesiones religiosas distintas de la católica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2018, vol. 34, pp. 357-381; NAVARRO VALLS, R., y PANIZO ROMO DE ARCE, A.: “El matrimonio religioso en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Sociedad, Derecho y factor religioso. Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez* (coord. M. MORENO ANTÓN), Comares, Granada, 2017, pp. 465-478; LEAL ADORNA, M.: “Los matrimonios religiosos no canónicos a la luz de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2016, núm. 41; PANIZO ROMO DE ARCE, A.: “Jurisdicción Voluntaria y matrimonio religioso en España”, *Revista de Derecho Privado*, 2016, pp. 3-25; POLO SABAU, J. R.: “El nuevo régimen jurídico de las formas religiosas de celebración matrimonial en el Derecho español”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, núm. 20, p. 1-31; PONS-ESTEL, C.: “Novedades legislativas en torno a la eficacia civil del matrimonio religioso en España”, *Revista de Derecho Civil*, 2016, vol. II, núm. 2, pp. 171-186; BERENGUER ALBALADEJO, M^a C.: “Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el registro civil de acuerdo con las reformas operadas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Derecho Privado y Constitución*, 2015, núm. 29, pp. 83-131; RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: “Régimen jurídico actual del reconocimiento civil e inscripción en el registro de los matrimonios no católicos”, *Estudios eclesiásticos*, 2015, vol. 90, núm. 355, pp. 821-879.

² AGUILAR ROS, P.: “El matrimonio religioso”, en AA.VV.: *Derecho y factor religioso* (coord. J. M. PORRAS RAMÍREZ), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 227 y ss.

³ En BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁴ Ver Instrucción DGRN de 26 de diciembre de 1978, en BOE núm. 312, de 30 de diciembre.

⁵ En BOE núm. 300, de 15 de diciembre.

adicional segunda; la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980⁶ (en adelante LOLR) en sus artículos 2, 5 y 7; el Código Civil con las modificaciones operadas por la Ley 30 de 7 de julio de 1981⁷ y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁸ (en adelante LJV); por último, las Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992⁹, por las que se aprueban los Acuerdos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI) y con la Comisión Islámica de España (CIE), teniendo en cuenta, además, las modificaciones operadas en sus respectivos artículos 7, que seguidamente veremos, por la citada LJV.

Sin entrar en mayores disquisiciones en relación a la tortuosa¹⁰ regulación de la materia matrimonial, podemos afirmar, siguiendo a OLMOS ORTEGA, que nos encontramos ante un sistema facultativo de carácter mixto, en el que se reconocen dos tipos de matrimonio, el civil y el canónico, además de distintas formas de matrimonio civil en forma religiosa¹¹.

El matrimonio religioso, específicamente, sienta sus bases sobre el derecho fundamental al matrimonio consagrado en el art. 32 de la CE así como sobre los principios de libertad e igualdad religiosa, laicidad del Estado¹² y cooperación con las confesiones, de los arts. 14 y 16 del mismo texto constitucional.

Su regulación más concreta la encontramos en el art. 49 CC que prevé la posibilidad de que cualquier español pueda contraer matrimonio dentro o fuera de España ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código, o en la forma religiosa legalmente prevista; en lo dispuesto por el art. 59 CC que señala que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos que la Confesión haya acordado con el Estado, o en su defecto, en los términos autorizados por la legislación del Estado

6 En BOE núm. 177, de 24 de julio.

7 En BOE núm. 172, de 20 de julio.

8 En BOE núm. 158, de 3 de julio. Entró en vigor el 23 de julio de 2015, pero no en su totalidad, postergándose la entrada en vigor de ciertas normas hasta el 30 de junio de 2017.

9 Todas en BOE núm. 272, de 12 de noviembre.

10 Entiende RAMÍREZ NAVALÓN, R.: "Estudio comparativo del art. 7 de los Acuerdos con la FEREDE, FCI y CIE", *Revista Española de Derecho Canónico* (REDC), 1997, vol. 54, núm. 142, p. 161, que "la mayoría de las normas del sistema matrimonial son programáticas, complejas y en muchos casos ambiguas".

11 OLMOS ORTEGA, M. E.: "El matrimonio religioso no canónico en el ordenamiento civil español", en A.A.VV.: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (XI): estudios matrimoniales en homenaje al Rvdo Sr. D. Malaquías Zayas Cuerpo* (coord. F. AZNAR GIL), Servicio de Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1994, p. 330. No comparte esta visión dualista POLO SABAU, J. R.: "El nuevo régimen", cit., p. 8, ni REGUEIRO GARCÍA, M.T.: "El matrimonio en los Acuerdos con las confesiones", *Laicidad y libertades*, 2014, núm. 14, p. 97.

12 Interesante reflexión la que podemos encontrar en torno al principio de laicidad en GARCÍA RUIZ, Y.: "¿Qué laicidad queremos?", *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: 'liber discipulorum': en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández* (coord. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ y otros), Civitas, Madrid, 2014, pp. 107-131.

y en el art. 60 CC, en su redacción dada por la Ley 30 de 7 de julio de 1981, modificado por la LJV.

Como se observa, el matrimonio religioso acatólico viene dado por razón de lo pactado entre el Estado y las confesiones religiosas o, en ausencia de pacto, por lo que autorice la legislación unilateral del Estado.

La opción pacticia, que tiene como máximos y únicos exponentes los Acuerdos del Estado español con FEREDE, FCJ Y CIE de 1992 ya referenciados, trae causa en el principio de cooperación, establecido en el art. 16.3 CE y que tiene su reflejo en el art. 7.1 LOLR. Dicho precepto de la norma orgánica prescribe que, para ser sujeto apto para la firma de Acuerdos con el Estado, será necesario el reconocimiento del “notorio arraigo en España” de la entidad religiosa, a la luz de su ámbito y número de creyentes, previa adquisición de personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas¹³.

La segunda vía, la unilateral¹⁴, no había sido recorrida hasta que en 2015 la LJV modificara el artículo 60 CC añadiendo al mismo que “igualmente se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España”.

Con esta autorización por parte de la legislación del Estado se amplió el panorama de opciones si bien no dejaron estos “nuevos” matrimonios religiosos meras modalidades religiosas del matrimonio civil¹⁵.

13 Art. 5.1 LOLR. Sobre la adquisición de la misma OLMOS ORTEGA, M. E.: “Personalidad jurídica civil de las entidades religiosas y Registro de Entidades Religiosas”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2009, núm. 19. Al respecto GARCÍA RUIZ, Y.: “Entidades religiosas en España: dimensión jurídica y colectiva de la religiosidad”, en AA.VV.: *Entidades eclesíásticas y derecho de los estados: Actas del II Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Almería 9-11 de noviembre de 2005* (coord. M. MARTÍN GARCÍA), Comares, Granada, 2006, pp. 461-467.

14 La exploración de esta segunda vía había constituido una reiterada demanda de algunos sectores de la doctrina científica, pudiendo citar, entre otros, a autores como OLMOS ORTEGA, M. E.: “El futuro de los Acuerdos entre el Estado Español y las confesiones religiosas: los Acuerdos de 1992”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2005, núm. 7, p. 6 y 9. Por otro lado, resulta interesante la reflexión de OLLERO TASSARA, A.: *España: ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Civitas, Navarra, 2005, p. 145, donde comenta que cabe la posibilidad de que la vía más adecuada para la regulación ordinaria de las cuestiones religiosas fuera la normativa de carácter unilateral del Estado, llevando a cabo, además, una valoración no completamente positiva de la experiencia pacticia contemporánea española con las confesiones minoritarias. Apuesta por una regulación unilateral de dichas cuestiones, siempre precedida de la negociación informal con los sujetos confesionales. Completa esta reflexión trayendo a colación a MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994, pp. 174, 182 y 183, en las que expone la idea de que puede resultar que la vía pacticia o de regulación bilateral sea preferida por las confesiones religiosas, en detrimento de la opción unilateral de regulación.

15 OLMOS ORTEGA, M. E.: “El matrimonio religioso”, cit., p.331, los califica como una suerte de “matrimonio civil con ropaje religioso. Por su parte REGUEIRO GARCÍA, M.T.: “El matrimonio en los Acuerdos”, cit., p. 96 lo califica como “matrimonio sustancialmente civil y formalmente religioso”.

Pese a todo lo anterior y a que, ciertamente la redacción legal no ha devenido demasiado afortunada, nada se ha modificado en cuanto a la eficacia del matrimonio canónico o matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico en esta modificación de la legislación matrimonial española, quedando inalterada¹⁶ su posición. El régimen legal de este tipo de matrimonio queda indemne, estando su eficacia subordinada a los mismos condicionantes que antes de la entrada en vigor de la LJV.

Entendemos con OLMOS ORTEGA¹⁷ que no se puede equiparar “normas del Derecho canónico” a “formas religiosas previstas”, ya que cuando se habla de “normas” se está refiriendo a que es el Derecho canónico el que regula no solo lo relativo a la celebración, sino también el consentimiento, la capacidad de los que van a contraer, etc.. y es que “formas” se refiere únicamente al mero ritual de prestación del consentimiento.

En definitiva, la LJV no solo trajo consigo la apertura de la vía unilateral del art. 59 CC sino que incluso modificó el régimen pacticio de los acuerdos con FEREDE, FCJ y CIE de 1992 en virtud de las Disposiciones finales quinta, sexta y séptima, que entraron en vigor el 30 de junio de 2017, si bien es cierto que la novedad más significativa deviene del reconocimiento en el nuevo artículo 60 CC¹⁸, modificado por la Disposición Final Primera de la citada norma, de una serie de nuevas formas de matrimonio religioso, mediante la introducción del requisito de “notorio arraigo en España” sin necesidad de Acuerdo de cooperación¹⁹.

1. Modificaciones en la regulación jurídica del matrimonio de los Acuerdos de cooperación de 1992.

El art. 60.I CC en su actual redacción, con referencia a estos ritos matrimoniales pactados en los Acuerdos, expone que “el matrimonio celebrado según las normas

16 Por muchos, LEAL ADORNA, M.: “Los matrimonios religiosos”, cit., p. 5.

17 OLMOS ORTEGA, M. E.: “El matrimonio canónico en el Código Civil de 1981”, *Revista española de Derecho canónico* (REDC), 1983, vol. 39, núm. 112, p. 50.

18 Entiende POLO SABAU, J. R.: “El nuevo régimen”, cit., p. 12., con relación al nuevo art. 60 CC que “desde ahora, ha de ser concebido como la normal central vertebradora del sistema matrimonial en la legislación civil”, opinión respecto a la que pueden formularse algunas reservas.

19 Con ocasión del “notorio arraigo en España” podemos hablar actualmente de la existencia de dos tipos de minorías; las arraigadas, con referencia a aquellas que han obtenido la declaración de “notorio arraigo en España”, y las no arraigadas, para el caso de aquellas que no han obtenido esa declaración. Esta diferenciación ya fue introducida en 2003 por OLMOS ORTEGA, M. E.: “El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana”, *Multiculturalismo y movimientos migratorios* (dir. M.L., JORDÁN VILLACAMPA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 189. Por otro lado, no podemos compartir de opinión de PONS-ESTEL, C.: “Novedades legislativas”, cit., p. 184, cuando afirma que, tras la reforma operada por la LJV, “las diferencias entre las confesiones que tienen Acuerdo y las meramente inscritas es cada vez mayor”, puesto que las diferencias continúan siendo las mismas. Con la reforma, el *status* del que disfrutaban las confesiones con Acuerdo, parece encontrarse a una distancia menor al prescindirse de la necesidad de Acuerdo. Hemos de tener en cuenta que la obtención de la declaración de “notorio arraigo”, necesaria en este caso para el acceso a la eficacia civil de la forma matrimonial, era y es también requisito esencial a la hora de firmar Acuerdos con el Estado.

del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles”.

Dicha regulación pactada con la entrada en vigor de la norma en junio de 2017 han sufrido ligeras modificaciones. Y es que la constatación previa de la capacidad de los contrayentes, que hasta entonces podía constatare mediante expediente ante el encargado del Registro Civil, ahora además podrá verificarse mediante un acta notarial o un expediente tramitado por el Letrado de la Administración de Justicia. Esto ha obligado a modificar el contenido de los Acuerdos de cooperación.

Específicamente encontramos los arts. 7.2 del Acuerdo con los protestantes y del Acuerdo con los judíos, cuya nueva redacción trae causa en las disposiciones finales quinta y sexta, quedando de la siguiente manera:

“las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil”.

En esta nueva redacción podemos observar la adición del término “acta” y la ampliación de los sujetos ante los que puede tramitarse esta acta o expediente previo al matrimonio.

En cuanto al Acuerdo con los musulmanes, a la vista de sus especificidades propias, que se concretan desde los inicios en la posibilidad de tramitar el expediente de capacidad matrimonial antes de la inscripción del matrimonio, a diferencia de protestantes y judíos que tenían establecida como única posibilidad su tramitación antes de la celebración del matrimonio. Así las cosas, el art. 7.2 del Acuerdo queda modificado por la Disposición final séptima, quedando de la siguiente manera su tenor literal:

“las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la capacidad matrimonial. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicha acta o desde la fecha de la resolución correspondiente”.

En el mismo podemos encontrar, como en el caso de protestantes y judíos, la introducción del término “acta” y “resolución previa”, llevándose también a cabo una ampliación en cuanto a los sujetos antes los que esta acta o resolución previa puede tramitarse. Según LEAL ADORNA “la novedad más llamativa e importante es la referencia al carácter previo que ha de poseer el acta o resolución cuyas menciones se deberán incluir en la certificación expresiva de la celebración del matrimonio islámico”²⁰.

Dejando de lado la cuestión de la tramitación del expediente de capacidad matrimonial, la LJV también modifica el régimen acordado con las confesiones en materia de inscripción de los matrimonios, así, las ya citadas disposiciones finales quinta, sexta y séptima, también modifican los arts. 7.5 de los Acuerdos con protestantes y judíos, quedando de la siguiente manera el de los protestantes:

“una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta o expediente previo que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso”

Este art. 7.5 continúa diciendo que “Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto”.

Como es habitual, por lo que respecta al régimen pactado con musulmanes, encontramos diferencias respecto a protestantes y judíos, quedando de la siguiente manera el art. 7.3 del Acuerdo con esta confesión minoritaria tras la reforma:

“una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del

20 LEAL ADORNA, M.: “Los matrimonios religiosos”, cit., p. 15.

Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso.”

Con respecto a la certificación, el precepto modificado nos dice que “se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado I del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción.” Del mismo modo, termina prescribiendo la obligación del representante de la Comunidad Islámica de extender “en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad”. Entiende POLO SABAU²¹, que las especificidades propias en la regulación con respecto a los musulmanes carecen de especial trascendencia.

En suma, el cambio fundamental operado es que cualquier matrimonio religioso no canónico, si desea gozar de eficacia civil, deberá contar con un acta o expediente de carácter previo para la obtención del certificado de capacidad. Se elimina con ello una de las mayores diferencias dentro del régimen acordado entre el Estado y las confesiones religiosas minoritarias²² en materia matrimonial.

2. Matrimonio de las confesiones con notorio arraigo en España.

La principal novedad de la LJV, como ya comentábamos, deviene que, el legislador, haciendo uso de la inexplorada vía del art. 59 CC relativa a la autorización de las formas de matrimonio por la normativa unilateral del Estado, atribuye eficacia civil a los matrimonios de aquellas confesiones religiosas que hayan obtenido la declaración de “notorio arraigo en España”, ampliando con esto el abanico de formas de celebración del matrimonio en forma religiosa acatólica.

Por su parte, el art. 60 CC en su apartado segundo ha quedado redactado de la siguiente manera:

“Igualmente se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las Iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España...”

En suma, se otorga eficacia civil a los matrimonios celebrados por ministros de culto de confesiones religiosas que hayan obtenido la declaración de “notorio

21 POLO SABAU, J. R.: “El nuevo régimen”, cit., p. 16.

22 LEAL ADORNA, M.: “Los matrimonios religiosos”, cit., p. 26.

arraigo" en España y que no cuenten con acuerdo de cooperación, como son: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones), los Testigos de Jehová, las Comunidades Budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas, condicionado al cumplimiento de lo prescrito en el propio art. 60 CC, a saber:

1. La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil, y,

2. La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

Y para la obtención de los "plenos efectos civiles", será, como prescribe el apartado 3 del mismo artículo, necesaria la inscripción del matrimonio celebrado.

En este caso, se impone la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial, algo que ya podíamos ver para el matrimonio estrictamente civil o de las confesiones con acuerdo, con la excepción de los musulmanes. Esta fase previa a la celebración, en la que se han introducido con carácter general, ex art. 58 bis de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la figura del Notario y del Letrado de la Administración de Justicia, también es de aplicación a estas formas de celebración del matrimonio.

El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del RC o funcionario diplomático o consular Encargado del RC en esta fase previa expedirán dos copias con el juicio acreditativo de la capacidad de los que van a contraer, que éstos entregarán al ministro de culto ante el que manifestarán el consentimiento matrimonial²³. Este acta o resolución en el que conste el juicio de capacidad matrimonial tendrá una validez de 6 meses, con lo que deberá celebrarse el matrimonio dentro de ese periodo temporal concreto.

En cuanto al segundo de los requisitos del art. 60 CC, resulta innecesario, pero sugiere una interesante reflexión. La presencia del calificativo "libre" a la hora de referirse a la manifestación del consentimiento parece que no resulta fruto de la casualidad.

Este consentimiento "libre" habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante y dos testigos mayores de edad. Tras este momento, el propio oficiante

23 El art. 4 de la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, establece que "se expedirá por triplicado acta o resolución previa de capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al oficiante ante quien se vaya a celebrar el matrimonio". Señala también que "el consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del acta o resolución que contenga el juicio de capacidad matrimonial".

extenderá certificación en la que habrán de constar los mismos requisitos de la Disposición Transitoria Quinta de la LJV, donde también constará su acreditación como ministro de culto. Toda esta documentación habrá de ser remitida telemática al Encargado del RC en el plazo de 5 días.

La diligencia expresiva de la celebración constará en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad para contraer; una copia se entregará a los contrayentes y la otra quedará en posesión del oficiante o de la entidad religiosa de éste.

Por lo que respecta al “ministro de culto debidamente acreditado”²⁴ el art. 60 CC determina que esa condición será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de “notorio arraigo en España”.

La inscripción, fuente de los “plenos efectos civiles” como dijimos, es otro de los momentos objeto de la reforma pese a que resulta en puridad bastante similar al anterior a la misma, lo que nos lleva al art. 63 CC (modificado con causa en el apartado 14 de la Disposición Final Primera de la LJV):

“La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil”.

Dicho precepto termina señalando que:

“Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título”.

De esta configuración podemos ver claramente cómo estos matrimonio religiosos en forma religiosa acatólica se sitúan en la órbita del matrimonio llamado “estrictamente civil”, algo que nos lleva a considerar que, esta reforma, pese a ser una modificación importante del status establecido y un precedente en cuanto a la introducción o ampliación de las formas de matrimonio, no modifica ni un ápice la calificación del sistema matrimonial español como sistema facultativo mixto.

24 El art. 60.2 CC expone claramente que “la condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento”. A este respecto entiende OLMOS ORTEGA, M. E.: “Libertad religiosa y matrimonio”, *Estudios Eclesiásticos*, 2019, vol. 94, núm. 371, p. 892, que aquello que debe garantizar el certificado de ministro de culto es la dedicación de naturaleza estable de éste a las funciones de culto o de asistencia religiosa.

II. NOTORIO ARRAIGO EN ESPAÑA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y REGULACIÓN.

La expresión “notorio arraigo en España” aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en el art. 7.1 de la LOLR en los siguientes términos:

I. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

Aparece, como puede observarse, configurado como condición necesaria de la entidad religiosa para la firma de acuerdos de cooperación con el Estado; como un mecanismo de acceso a la cooperación, en sus inicios circunscrita en gran medida a la fórmula pacticia.

El citado concepto ha supuesto desde sus orígenes uno de los principales problemas interpretativos que ha tenido que afrontar, sin demasiado éxito, la doctrina eclesiasticista española²⁵. La especial complejidad de su interpretación ha sido acrecentada por la falta de un desarrollo normativo hasta 2015 con la entrada en vigor del Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España.²⁶

Hasta ese momento, el concepto de “notorio arraigo en España” fue calificado por la doctrina como un “concepto jurídico indeterminado”²⁷ ya que, no existían

25 Sobre el concepto de “notorio arraigo en España” podemos encontrar: TORRES SOSPEDRA, D.: “El arraigo digital de las confesiones religiosas”, *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital* (eds. J. M. VÁZQUEZ GARCÍA PEÑUELA y I. CANO RUIZ), Comares, Granada, 2019, pp. 507-518; GARCÍA GARCÍA, R.: “El notorio arraigo”, *Sociedad, Derecho y factor religioso* (coord. M^a. MORENO ANTÓN), Comares, Granada, 2017, pp. 259-268; PONS PORTELLA, M.: “La declaración del notorio arraigo de las Confesiones Religiosas en España tras el Real Decreto 593/2015, de 3 de Julio”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2016, vol. 41; OLMOS ORTEGA, M E.: “La declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España”, *Fedi, credenze, fanatismo* (coord. por G. DAMMACO y S. PETRILLI), Mimesis, Milano-Udine, 2016, pp. 217-227; LÓPEZ SIDRO, A.: “El notorio arraigo de las confesiones religiosas en España a partir del Real Decreto que regula su declaración”, *Ius Canonicum*, 2015, vol. 55, 110, pp. 621-633; FERNÁNDEZ CORONADO, A.: “Acuerdos con las confesiones y notorio arraigo. ¿Acuerdo de cooperación o norma legislativa?”, *Jornadas jurídicas sobre la Libertad Religiosa en España* (coord. J. FERREIRO GALGUERA) Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 451-461; FERNÁNDEZ CORONADO, A.: “Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo”, *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 2000, vol. 0, pp. 285-302; LEGUINA, J.: “Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: control administrativo y concepto de notorio arraigo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1984, vol. 44, pp. 683-692; VILLA, M.J.: “Reflexiones en torno al concepto de notorio arraigo en el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (ADEE), 1985, vol. 1, pp. 143-183.

26 En BOE, núm. 183, de 1 de agosto de 2015.

27 Por todos: PONS PORTELLA, M.: “La declaración del notorio”, cit., p. 6; OLMOS ORTEGA, M E.: “La declaración de notorio”, cit., p. 2018; MOTILLA DE LA CALLE, A.: “Ley Orgánica de Libertad Religiosa y Acuerdo con las confesiones: experiencia y sugerencias de iure condendo”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2009, vol. 19 p. 7. Con referencia a la indeterminación del concepto, con anterioridad al RD 593/2015, de 3 de julio, se refería en los siguientes términos LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: “Revisión de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, *Laicidad y libertades*, 2009, vol. 9, núm. 1, p. 240:

criterios objetivos claros a los que atenerse a la hora de valorar si un grupo religioso posea o no “notorio arraigo en España” pues la LOLR solo hace referencia a “[...] Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España.”

Ambos criterios, “ámbito” y “número de creyentes” centraron la discusión interpretativa de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia (en adelante CALR) que fue la que, con su praxis, caso por caso, ante cada nueva solicitud, fue desgranando los criterios delimitadores de esta figura. Y es que son dos criterios de difícil caracterización pues nada se dice de si, por ejemplo, el “ámbito” al que hace referencia es territorial, temporal, etc... ni, en cuanto al “número de creyentes”, si debemos atender a un criterio cuantitativo o cualitativo, etc...

La ausencia de unos criterios objetivos conducía, según algunos, a una manifiesta arbitrariedad en la concesión o no de la declaración de “notorio arraigo en España”²⁸. Existen autores, en cambio, que entienden que no se daba esta arbitrariedad denunciada. En cualquier caso, urgía la concreción normativa de dicho concepto²⁹, algo que ya se reclamó en una de las primeras ponencias al respecto de la CALR³⁰. Incluso algunos autores, como CAÑAMARES ARRIBAS³¹, apuntaron la necesidad de plantearse la conveniencia o no de mantener dicho concepto.

Dicha concreción pareció conseguirse o, al menos se intentó, con el citado RD 593/2015 en el que se establecieron una serie de requisitos que, según OLMOS ORTEGA³², suponen “mayor seguridad y certeza jurídica, tanto para las Entidades religiosas [...] que aplicando dichos criterios conocerán si pueden gozar o no de notorio arraigo, como para la Administración estatal encargada de su concesión”. Y ciertamente es así, pues con ello se aligera de responsabilidad al Estado a la hora del reconocimiento, tendiendo hacia un automatismo en el que, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos, previamente conocidos por el solicitante, el Estado se limite, pues poco más puede hacer, al reconocimiento de lo solicitado.

la “fórmula que utiliza la ley vigente –con referencia al requisito de “notorio arraigo” sustentada sobre la base de los parámetros “ámbito y número de creyentes”- no puede ser ni más indeterminada ni más indeterminable”.

28 MOTILLA DE LA CALLE, A.: “Ley Orgánica”, cit., p. 8.

29 Por todos, GARCÍA GARCÍA, R.: “Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España [BOE núm. 183, de I-VIII-2015]”, *Crónica de Legislación* (Julio-Diciembre 2015), *Ars Iuris Salmanticensis*, 2016, vol. 4, p. 260.

30 Ponencia CALR de 23 de junio de 1982.

31 CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma”, *Ius canonicum*, 2010, Vol. 50, núm. extra 100, p. 501.

32 OLMOS ORTEGA, M E.: “La declaración de notorio”, cit., p. 220.

Estos requisitos a los que hacemos referencia los encontramos en el art. 3 del RD 593/2015:

“1. Llevar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas treinta años, salvo que la entidad acredite un reconocimiento en el extranjero de, al menos, sesenta años de antigüedad y lleve inscrita en el citado Registro durante un periodo de quince años.

2. Acreditar su presencia en, al menos, diez comunidades autónomas y/o ciudades de Ceuta y Melilla.

3. Tener 100 inscripciones o anotaciones en el Registro de Entidades Religiosas, entre entes inscribibles y lugares de culto, o un número inferior cuando se trate de entidades o lugares de culto de especial relevancia por su actividad y número de miembros.

4. Contar con una estructura y representación adecuada y suficiente para su organización a los efectos de la declaración de notorio arraigo.

5. Acreditar su presencia y participación activa en la sociedad española”.

Compartimos la opinión de la autora antes citada en cuanto a que los requisitos 1, 2, y 3 resultan de carácter claramente objetivo y, por tanto, verificables, a diferencia de los requisitos 4 y 5, que, pese a presentarse como objetivos, pueden conducir a cierta ambigüedad o a una suerte de interpretación discrecional, que no por ello, a juicio de quien suscribe, necesariamente arbitraria.

Y es que, después de tanto tiempo esperando esta concreción no parece que estos resquicios de ambigüedad sean fruto del azar o descuido del redactor, sino, a mi parecer, una cláusula de salvaguarda ante un automatismo que, como hemos dicho, puede llegar a pervertir el sistema. De forma parecida, a mi modo de ver, lo entiende el Estado, que con ello pretende modular no solo la concesión del reconocimiento de “notorio arraigo” sino tutelar el acceso a todo lo que dicho reconocimiento administrativo conlleva para la Iglesia, Confesión o Comunidad que ve reconocida esta situación. Resulta el cada vez mayor abanico de consecuencias de carácter jurídico que se desprenden de su obtención lo que conduce a posicionar este “notorio arraigo en España” como estatus deseado y deseable³³, además de piedra angular de la cooperación.

33 RUANO ESPINA, L.: “La protección de la libertad religiosa ante una posible reforma de la LOLR”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2011, núm. 25, p. 26, hace referencia, ya en 2011, a un “estatuto jurídico determinado y especial” de las confesiones con “notorio arraigo en España”.

La primera de las consecuencias jurídicas que lleva aparejadas la obtención de la declaración es, como ya se había advertido, la posibilidad de firmar Acuerdos de cooperación con el Estado ex. art 7 LOLR.

La firma de estos Acuerdos, desde la óptica del Estado responde o puede responder a criterios de oportunidad política, no así, la declaración de “notorio arraigo en España” que responde a criterios netamente jurídicos. Una cosa es la obtención de la declaración por parte del Estado y otra la firma de Acuerdos; la primera habilita al sujeto para ser firmante de un Acuerdo, algo que no lleva aparejado el derecho al acuerdo ni la obligación por parte del Estado de negociar³⁴.

Si se dan estos instrumentos de cooperación, los Acuerdos, el propio art. 7.2 de la LOLR señala que se puede extender a las entidades firmantes del Acuerdo “los beneficios fiscales previstos en el Ordenamiento jurídico general para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico”.

Por otro lado, ostentar *de iure* la condición de entidad religiosa con “notorio arraigo en España” supone la presencia, ex. art. 8 LOLR, de la entidad en la CALR. Dicha presencia de carácter obligatorio deviene de suma importancia para la entidad religiosa al contar, gracias a ella, con una vía directa de comunicación, opinión y conocimiento de las cuestiones más relevantes y actuales en materias de su interés.

Además estas entidades con “notorio arraigo en España” son beneficiarias de la promoción de la libertad religiosa y de la cooperación económica que realiza la Fundación Pluralismo y Convivencia³⁵. Una cooperación que, pese a estarles reconocida en los Estatutos de dicha Fundación, en la práctica no les ha llegado más que a las federaciones que cuentan con Acuerdo de cooperación.

En estos momentos cuentan con la declaración de “notorio arraigo en España” las siguientes confesiones: Protestantismo y Judaísmo (1984), el Islam (1989), la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), los Testigos de Jehová (2006), la Federación de Entidades Budistas de España (2007) y, por último, la Iglesia Ortodoxa (2010), por lo que, de momento, no se le ha concedido la declaración de “notorio arraigo” a confesión alguna conforme a la nueva normativa.

34 En este sentido SAN 29 diciembre 1995 (recurso núm. 428/1994) (FJ 2°).

35 OLMOS ORTEGA, M. E.: “La nueva técnica de cooperación económica de la Fundación Pluralismo y Convivencia”, *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. RAMÍREZ NAVALÓN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-142.

Finalmente conviene apuntar que en la actualidad dicha declaración de “notorio arraigo en España” corresponde al Ministro de Justicia³⁶, previo informe preceptivo pero no vinculante de la CALR³⁷.

III. IMPLICACIONES DE LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE “NOTORIO ARRAIGO” EN EL CÓDIGO CIVIL.

La introducción en nuestro Código Civil de un concepto propio y genuino del Derecho Eclesiástico del Estado³⁸ como el de “notorio arraigo en España” ha traído consigo algunas consecuencias o, cuanto menos, suscita ideas y reflexiones en torno a distintas cuestiones medulares tales como la dependencia y necesaria conexión entre los distintos sectores dentro de nuestro ordenamiento jurídico o la importancia, muchas veces desdeñada, de la comunicación entre las diferentes disciplinas.

Más concretamente con su introducción se ha posibilitado, en una aparente facilitación más formal que de fondo, el acceso a la eficacia civil de aquellos matrimonios en forma religiosa de las entidades religiosas con “notorio arraigo” en nuestro país, pero sin acuerdo de cooperación, ampliándose notablemente el abanico de formas religiosas con eficacia civil.

Sin perjuicio de entender esto como positivo, entiendo que puede conllevar un menor margen de acción al Estado que, en algunas ocasiones, puede producir distorsiones en el sistema de reconocimiento y cooperación con los grupos religiosos.

Por otro lado, desde la hermenéutica propia de la ciencia eclesiasticista puede ser entendida esta asociación entre “notorio arraigo” y eficacia civil de la forma matrimonial como el primer paso en una nueva etapa en la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, y no solo como un acercamiento al deseado reconocimiento de los matrimonios de la totalidad de entidades religiosas con personalidad jurídica civil en nuestro país. Se suceden indicios que deben ser tenidos en consideración a la hora de analizar el modelo de cooperación estatal; el modelo pacticio o de regulación bilateral de las cuestiones religiosas parece haber quedado trasnochado, cuanto menos, inoperante en el seno de nuestra sociedad pluralista tan variada y compleja³⁹.

36 Art. 5.1 RD 593/2015.

37 Art. 4.7 RD 593/2015.

38 Entiende MOTILLA DE LA CALLE, A.: “Ley Orgánica”, cit., p. 6, que nos encontramos ante un “concepto clave en el Derecho Eclesiástico español”. En estos momentos dicha afirmación cobra todavía mayor sentido y actualidad.

39 A este respecto SUAREZ PERTIERRA, G.: *Gestión pública del hecho religioso* (2ª ed.), Dykinson, Madrid, 2017; MURILLO MUÑOZ, M.: “Gestión pública del hecho religioso: ¿para qué?”, *Libertad de conciencia, laicidad y*

En suma, podemos afirmar el concepto se ha emancipado de su función primigenia y se erige ahora como un elemento clave ya no solo en materia matrimonial o de cooperación sino que, extramuros del Derecho Eclesiástico del Estado, ha pasado a formar parte del Derecho general de nuestro ordenamiento.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Esta reforma, que traemos a colación con la perspectiva del tiempo, responde a las necesidades de nuestra sociedad pluralista, impulsada por la insistencia de una doctrina científica empeñada en hacer del Derecho una herramienta al servicio de su tiempo.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas son numerosos los trabajos publicados en torno a la reforma operada en nuestro ordenamiento, en materia matrimonial, por la tantas veces citada LJV. Sin duda la materia matrimonial, cuya regulación es rica y cuajada de matices, todavía suscita una despierta sensibilidad y constante preocupación en la doctrina.

Sin embargo, la introducción del difícilmente catalogable concepto de “notorio arraigo en España” en nuestro Código Civil parece haber pasado inadvertida más allá de formar parte del exótico anecdotario legal en el que muchas veces queda aparcado todo aquello que destiña algún ligero tinte religioso.

La posición adquirida por dicho concepto, en la médula del sistema matrimonial, coetánea a su intento de concreción objetiva obedece al deseo del legislador de desempolvarlo y hacer de él un instrumento al servicio de la libertad religiosa. Desempeñó el papel para el que fue concebido y, ahora, reaparece con fuerza como si de cooperación no se pudiera hablar sin mentar el término “notorio arraigo en España”.

Pese a todo, el devenir de los tiempos y la aplicación práctica de todo aquello que se ha referido con anterioridad será el que nos ofrezca una visión cabal de todo el entretejido legal expuesto y de la suerte del concepto sobre el que gira este trabajo

derecho: ‘*liber discipulorum*’: en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández (coord.. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ y otros), Civitas, Madrid, 2014, pp. 461-478; GARCÍA RUIZ, Y.: “El factor religioso en la Europa de las libertades”, *Cuadernos de integración europea*, 2007, núm. 7, pp. 3-18.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR ROS, P.: "El matrimonio religioso", en AA.VV.: *Derecho y factor religioso* (coord. Por J.M. PORRAS RAMÍREZ), Tecnos, Madrid, 2011.

BERENGUER ALBALADEJO, M^a C.: "Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el registro civil de acuerdo con las reformas operadas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Derecho Privado y Constitución*, 2015, núm. 29, pp. 83-131.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma", *Ius canonicum*, 2010, vol. 50, núm. extra 100, pp. 477-515.

FERNÁNDEZ CORONADO, A.: "Acuerdos con las confesiones y notorio arraigo. ¿Acuerdo de cooperación o norma legislativa?", *Jornadas jurídicas sobre la Libertad Religiosa en España* (coord. J. FERREIRO GALGUERA) Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 451-461.

FERNÁNDEZ CORONADO, A.: "Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo", *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 2000, vol. 0, pp. 285-302.

GARCÍA GARCÍA, R.: "El notorio arraigo", *Sociedad, Derecho y factor religioso* (coord. M^a. MORENO ANTÓN), Comares, Granada, 2017, pp. 259-268.

GARCÍA GARCÍA, R.: "Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España [BOE n.º 183, de I-VIII-2015]", *Crónica de Legislación* (Julio-Diciembre 2015) *Ars Iuris Salmanticensis*, 2016, vol. 4, pp. 256-260.

GARCÍA RUIZ, Y.: "¿Qué laicidad queremos?", *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: 'liber discipulorum' en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández* (coord. por A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ y otros), Civitas, Madrid, 2014, pp. 107-131.

GARCÍA RUIZ, Y.: "El factor religioso en la Europa de las libertades", *Cuadernos de integración europea*, 2007, núm. 7, pp. 3-18.

GARCÍA RUIZ, Y.: "Entidades religiosas en España: dimensión jurídica y colectiva de la religiosidad", en AA.VV.: *Entidades eclesásticas y derecho de los estados: Actas del II Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Almería 9-11 de noviembre de 2005* (coord. M. MARTÍN GARCÍA), Comares, Granada, 2006, pp. 461-467.

LEAL ADORNA, M.: "Los matrimonios religiosos no canónicos a la luz de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2016, núm. 41.

LEGUINA, J.: "Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: control administrativo y concepto de notorio arraigo", *Revista española de Derecho Administrativo*, 1984, vol. 44, pp. 683-692.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Revisión de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", *Laicidad y libertades*, 2009, vol. 9, núm. 1, pp. 191-250.

LÓPEZ SIDRO, A.: "El notorio arraigo de las confesiones religiosas en España a partir del Real Decreto que regula su declaración", *Ius Canonicum*, 2015, vol. 55, 110, pp. 621-633.

MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.

MOTILLA DE LA CALLE, A.: "Ley Orgánica de Libertad Religiosa y Acuerdo con las confesiones: experiencia y sugerencias de iure condendo", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2009, vol. 19.

MURILLO MUÑOZ, M.: "Gestión pública del hecho religioso: ¿para qué?", *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: 'liber discipulorum': en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández* (coord. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ y otros), Civitas, Madrid, 2014, pp. 461-478.

NAVARRO VALLS, R., y PANIZO ROMO DE ARCE, A.: "El matrimonio religioso en la Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Sociedad, Derecho y factor religioso. Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez* (coord. M. MORENO ANTÓN), Comares, Granada, 2017, pp. 465-478.

OLLERO TASSARA, A.: *España: ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Civitas, Navarra, 2005.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "Libertad religiosa y matrimonio", *Estudios Eclesiásticos*, 2019, vol. 94, núm. 371, pp. 883-923.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "La declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España", *Fedi, credenze, fanatismo* (coord. G. DAMMACO y S. PETRILLI), Mimesis, Milano-Udine, 2016, pp. 217-227.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "La nueva técnica de cooperación económica de la Fundación Pluralismo y Convivencia", *Régimen económico y patrimonial de las*

confesiones religiosas (coord. R. RAMÍREZ NAVALÓN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-142.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "Personalidad jurídica civil de las entidades religiosas y Registro de Entidades Religiosas", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2009, núm. 19.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "El futuro de los Acuerdos entre el Estado Español y las confesiones religiosas: los Acuerdos de 1992", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2005, núm. 7.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana", *Multiculturalismo y movimientos migratorios* (dir. por M.L. JORDÁN VILLACAMPA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 189.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "El matrimonio religioso no canónico en el ordenamiento civil español", en AA.VV.: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (XI): estudios matrimoniales en homenaje al Rvdo Sr. D. Malaquías Zayas Cuerpo* (coord. F. AZNAR GIL), Servicio de Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1994, pp. 307-336.

OLMOS ORTEGA, M. E.: "El matrimonio canónico en el Código Civil de 1981", *Revista española de Derecho canónico* (REDC), 1983, vol. 39, núm. 112, p. 50.

PANIZO ROMO DE ARCE, A.: "Jurisdicción Voluntaria y matrimonio religioso en España", *Revista de Derecho Privado*, 2016, pp. 3-25.

POLO SABAU, J. R.: "El nuevo régimen jurídico de las formas religiosas de celebración matrimonial en el Derecho español", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, núm. 20, p. 1-31.

PONS-ESTEL, C.: "Novedades legislativas en torno a la eficacia civil del matrimonio religioso en España", *Revista de Derecho Civil*, 2016, vol. II, núm. 2, pp. 171-186.

PONS PORTELLA, M.: "La declaración del notorio arraigo de las Confesiones Religiosas en España tras el Real Decreto 593/2015, de 3 de Julio", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), 2016, vol. 41.

RAMÍREZ NAVALÓN, R.: "Estudio comparativo del art. 7 de los Acuerdos con la FERED, FCI y CIE", *Revista Española de Derecho Canónico* (REDC), 1997, vol. 54, núm. 142, pp. 155-186.

REGUEIRO GARCÍA, M.T.: "El matrimonio en los Acuerdos con las confesiones", *Laicidad y libertades*, 2014, núm. 14, pp. 91-115.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "Régimen jurídico actual del reconocimiento civil e inscripción en el registro de los matrimonios no católicos", *Estudios eclesiásticos*, 2015, vol. 90, núm. 355, pp. 821-879.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, M^a L.: "Las reformas introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en los matrimonios de confesiones religiosas distintas de la católica", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2018, vol. 34, pp. 357-381.

RUANO ESPINA, L.: "La protección de la libertad religiosa ante una posible reforma de la LOLR", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2011, núm. 25.

SUAREZ PERTIERRA, G.: *Gestión pública del hecho religioso*, 2^a ed., Dykinson, Madrid, 2017.

TORRES SOSPEDRA, D.: "El arraigo digital de las confesiones religiosas", *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital*" (eds. J. M. VÁZQUEZ GARCÍA PEÑUELA y I. CANO RUIZ), Comares, Granada, 2019, pp. 507-518.

TORRES SOSPEDRA, D.: "Ley de la Jurisdicción Voluntaria vs. Acuerdos de cooperación: la adopción de la vía unilateral respecto del matrimonio de las minorías religiosas en España", *Revista Española de Derecho Canónico (REDC)*, 2019, vol. 76, núm. 186, pp. 331-359.

VILLA, M.J.: "Reflexiones en torno al concepto de notorio arraigo en el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)*, 1985, vol. 1, pp. 143-183.



GUARDA, CUSTODIA Y TUTELA DE LOS MENORES EN LOS CASOS DE PROGENITORES CON DISCAPACIDAD*

GUARD, CUSTODY AND GUARDIANSHIP OF MINORS IN THE CASES OF PARENTS WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 138-175

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado "Discapacidad y Familia" (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.



Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El propósito de este trabajo es analizar la incidencia que tiene la situación de discapacidad (física, mental, intelectual o sensorial) de alguno de los progenitores a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos en los procesos de ruptura parental. Así como también estudiar las actuaciones de la Administración en las situaciones de riesgo y desamparo del menor con padres con discapacidad, y cómo juega en todos estos casos el interés superior del menor como elemento de ponderación en las decisiones de nuestros tribunales. Todo ello a la luz de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Progenitores con discapacidad; interés superior del menor; guarda y custodia; riesgo; desamparo; patria potestad.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the impact of the disability (physical, mental, intellectual or sensory) of one of the parents when attributing the guard and custody of children in a process of parental breakdown. It also examines the actions that the Administration may adopt in situations of risk and helplessness of children with parents with disabilities, and how the best interests of the child plays as a weighting element in the decisions of our courts. All this in the light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the doctrine established by the European Court of Human Rights.*

KEY WORDS: *Parents with disabilities; best interest of the child; guard and custody; risk; helplessness; parental authority.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.-II. PADRES Y MADRES CON DISCAPACIDAD: EL RESPECTO A SU VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- III. LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL O DE RUPTURA DE LA PAREJA Y LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.- 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 2. Criterios seguidos por las Audiencias Provinciales.- IV. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES.- 1. Actuaciones en situaciones de riesgo y desamparo.- 2. El cambio en el estado de los progenitores y la revocación de la declaración de desamparo.- 3. La privación de la patria potestad como último recurso.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

El art. 23.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006 por Naciones Unidas, que desarrolla el principio de igualdad de las personas con discapacidad (art. 5 CDPD) en el ámbito del hogar y de la familia, insta a los Estados Partes, entre los que se encuentra España, a garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela y guarda de los hijos, si bien señala que “en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño”. Añade, además, que los Estados Partes “prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

Por otro lado, el art. 23.4 CDPD puntualiza que los niños y las niñas no podrán ser separados de sus padres contra su voluntad, y en ningún caso por el hecho de que el niño o sus padres tengan una discapacidad. Únicamente podrán ser separados “cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Las disposiciones del art. 23, como declaró el Presidente del Comité Especial encargado de preparar la Convención, son, en esencia, cláusulas de no discriminación. Con ellas se pretende que las personas con discapacidad se puedan

• **Virginia Múrtula Lafuente**

Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

regir en estas situaciones por los mismos valores, normas y costumbres aplicables en general al resto de la población y no por otras diferentes¹.

Pero ¿qué cabe entender por persona con discapacidad? Para responder a esta cuestión hay que partir de la propia Convención de Nueva York de 2006. En ella se consagra lo que se ha venido en denominar el modelo social de discapacidad, que no se corresponde con el modelo médico, tradicionalmente empleado para concebir la discapacidad tanto desde el ámbito del Derecho internacional como nacional. Así, a diferencia del modelo médico, el modelo social considera que la discapacidad de una persona no está originada por las deficiencias que tienen su causa en las propias limitaciones funcionales, psicológicas o sensoriales, sino en gran medida por las circunstancias sociales y personales que la rodean. Dicho de otro modo, para el modelo social no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que incapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presente a las personas con discapacidad².

Con todo, el modelo médico es el que suelen tomar en consideración nuestros tribunales a la hora de abordar las situaciones de discapacidad de alguno de los progenitores en los procesos de separación, divorcio o ruptura de la pareja, o bien de oposición a las medidas de desamparo declaradas sobre sus hijos, como tendremos ocasión de comprobar³.

En este sentido, la Fundación CERMI Mujeres, en su Informe de 2017, se hace eco de estudios en los que se demuestra que la justicia, en los procedimientos de divorcio y juicios de tutela, puede centrarse en la discapacidad de la madre

1 Como recoge BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 390.

2 Según explica CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, núm. 7, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp. 33-34.

El modelo social de discapacidad no ha estado exento de críticas en la medida en que, al omitir las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y reducirla a factores sociales como los determinantes de la misma, lo que hace es deformar la realidad. En este sentido, véase ÁLVAREZ LATA, N. / SEOANE, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 11-66; y ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, núm. 52, pp. 201 y ss.

3 Siguiendo los dictados de la Convención, el art. 4.1 del 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, que refunde y adapta diversas leyes españolas a la CDPD, considera que "(s)on personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Sin embargo, el peso de la tradición del modelo médico se hace notar en el apartado 2º del art. 4 del mismo texto legal, cuando afirma que, a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido (por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente) un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

y no en su comportamiento como progenitora, equiparando implícitamente la discapacidad de la mujer con la incompetencia para ejercer como progenitora⁴.

Este tipo de actuaciones puede entrar en contradicción tanto con lo dispuesto en la CDPD como con el nuevo marco de protección de los menores, que se ha visto reforzado de la mano de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015 del mismo título, que busca que los niños no sean separados de sus padres y que la declaración de desamparo sea el último recurso para la protección de los menores.

El siguiente trabajo trata de analizar la influencia de la discapacidad de alguno de los progenitores en la atribución de la guarda y custodia de sus hijos en los procesos de crisis matrimonial o de pareja, así como en las situaciones más graves de riesgo y desamparo, y cómo juega en todos estos casos el interés superior del menor como elemento de ponderación en las decisiones de nuestros tribunales⁵.

II. PADRES Y MADRES CON DISCAPACIDAD: EL RESPECTO A SU VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El Tribunal de Estrasburgo se ha convertido en el último remedio de algunos progenitores con discapacidad donde depositan su confianza para que, al menos formalmente, se les reconozca que han sido injustamente tratados en la guarda y custodia de sus hijos o en el régimen de visitas por parte de las autoridades de su país.

4 FUNDACIÓN CERMI MUJERES: *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2017*, Cinca, Madrid, 2018, p. 150.

5 Nótese que los casos a los que nos vamos a referir en este trabajo son los de progenitores con discapacidad que en principio no tienen su capacidad de obrar modificada judicialmente. No obstante, no está demás señalar aquí que cuando un cónyuge tenga su capacidad de obrar modificada judicialmente, estaría legitimado procesalmente su representante legal en el ejercicio de la acción de separación matrimonial [tal y como reconoció la STC 311/2000 18 diciembre (RTC 2000, 311)] y de divorcio [conforme a STS 21 septiembre 2011 (RJ 2011, 6575)], porque, como afirma el TS en esta última sentencia “la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo”. De ahí que, cuando la persona con capacidad judicialmente modificada no pueda ejercitar la acción de separación o divorcio por sí misma, podrá actuar su representante legal, aunque estemos ante un acto personalísimo, debiendo el tutor buscar siempre el interés del incapaz en el ejercicio de dicha acción y siendo imprescindible la autorización judicial para asegurarlo (como señala SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “El ejercicio de las acciones de separación y divorcio por los representantes legales en nombre de los incapacitados”, en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, coord. por J. García Medina), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 238).

Este Tribunal ha venido vinculando las cuestiones que afectan a la guarda y custodia de los menores con el derecho a la vida privada y familiar que recoge el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH), pues, como ha enfatizado, el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar; incluso si la relación entre los padres está rota (STEDH, Gran Sala, 13 julio 2000, caso Elsholz contra Alemania, apdo. 43 y SSTEDH 19 enero 2016 G.B. contra Lituania apdo. 87 y 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdo. 70)⁶. Con base en este precepto, el Tribunal de justicia de Estrasburgo ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que se atengan al principio de proporcionalidad y no se trate de una restricción desmesurada e intolerable que afecte a la esencia del derecho de que se trate. De tal manera que cuando las medidas en cuestión se refieren a los conflictos de los padres sobre sus hijos, al TEDH tan solo le corresponde revisar al amparo del Convenio si las decisiones que han tomado las autoridades nacionales en el ejercicio de su poder de apreciación atienden a los principios de conformidad con la ley y proporcionalidad de la medida.

En los asuntos relativos al derecho de visita o relación, el TEDH ha declarado que “el art. 8 incluye un derecho de los padres a tomar medidas al objeto de poder reunirse con su hijo, y una obligación de las autoridades internas de facilitar dicha reunión”. El deber de los tribunales nacionales en los casos en los que uno de los progenitores presente alguna discapacidad consiste precisamente en “dirigir la cuestión de las medidas a tomar para eliminar las barreras existentes y para facilitar el contacto entre el niño y el padre que no tiene la custodia” (STEDH 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdos. 74 y 95). Estas afirmaciones se realizaron precisamente en un caso donde el demandante, sordomudo, se quejaba al Tribunal de Estrasburgo de la negativa por parte de los tribunales de su país a su demanda de ampliación del régimen de visitas de su hijo, más allá de las dos horas semanales de contacto en presencia de la madre del niño, debido a que ella podía comunicarse tanto oralmente como por el lenguaje de signos con el menor. En opinión del TEDH, existió violación del art. 8 CEDH en la medida en que los tribunales internos podían haber ido ampliando gradualmente el contacto entre el padre y su hijo y hacerlo más diverso, pues un régimen de visitas tan restringido muy probablemente supondría con el paso del tiempo un riesgo de ruptura de la relación paterno-filial. Además, debían haber previsto medidas adicionales adaptadas a las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta la situación del demandante, para que este se pudiera relacionar con su hijo con libertad y sin la intermediación de la madre. La Corte se refiere aquí

6 STEDH, Gran Sala, 13 julio 2000, caso Elsholz contra Alemania (TEDH 2000, 152) y SSTEDH 19 enero 2016, caso G.B. contra Lituania (JUR 2016, 11828) y 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia (TEDH 2017, 7).

al art. 23.2 CDPD, que establece la obligación de los Estados Partes de prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos.

La injerencia de las autoridades nacionales en la vida familiar, restringiendo o excluyendo el derecho de visita entre padres e hijos, no iría, sin embargo, en contra del art. 8 CEDH y resultaría necesaria cuando consta acreditado que la enfermedad del padre (o en su caso de la madre) produce un daño en sus hijos (STEDH 10 mayo 2007, caso Skugor contra Alemania)⁷.

Cuando se trata de asuntos que tienen que ver con la intervención de los poderes públicos en el ejercicio de la patria potestad mediante la privación a los padres de la guarda de su prole, el Tribunal de Estrasburgo estima que existe una injerencia en la vida familiar que puede determinar una infracción del art. 8 CEDH, si no está prevista por la ley y no es necesaria (SSTEDH 26 febrero 2002 caso Kutzner contra Alemania y 21 junio 2007 caso Havelka y otros contra República Checa)⁸. En particular, viene afirmando que un menor no puede ser apartado de sus padres solo por motivos económicos y la falta de un alojamiento adecuado (SSTEDH 21 septiembre 2006, caso Moser contra Austria, 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España y 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva)⁹.

Asimismo, considera que el hecho de apartar a un menor de su madre en el momento del alumbramiento debe ser excepcional y por razones extraordinariamente imperiosas, pues es un paso traumático para la madre y priva al recién nacido de un contacto cercano con su madre biológica y de las ventajas de la lactancia materna (SSTEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega y 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdos. 116 y 130)¹⁰. En este último caso, la autoridad inglesa decidió separar al niño de su madre nada más nacer porque se dieron cuenta de que existía una sentencia anterior de condena por daños ocasionados a otro hijo y un informe en el que se decía que la madre padecía el síndrome de Munchausen por poder (MSBP), que consistía básicamente en fabricar o inducir una enfermedad en un hijo para poder llamar la atención. La rápida actuación de la autoridad nacional, sin dar oportunidad a los padres de demostrar la posible rehabilitación de la madre y otras alternativas a la medida adoptada, unido a la ausencia de representación legal de los padres durante los

7 STEDH 10 mayo 2007, caso Skugor contra Alemania (JUR 2007, 114598).

8 SSTEDH 26 de febrero 2002 caso Kutzner contra Alemania (JUR 2002, 90046) y 21 junio 2007 caso Havelka y otros contra República Checa (TEDH 2007, 42).

9 STEDH 21 septiembre 2006, caso Moser contra Austria (TEDH 2006, 50), 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España (TEDH 2013, 60) y 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva (JUR 2016, 63823).

10 SSTEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996, 31) y 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdo. 116 (JUR 2002, 181257).

procedimientos judiciales, les privó –a juicio del TEDH- de una defensa justa para la protección de sus intereses violando de esta forma el art. 8 CEDH.

En este sentido, y siguiendo con la intervención de los poderes públicos en la custodia de los hijos, el TEDH viene declarando que las consideraciones pertinentes que deben ser valoradas por la autoridad nacional para adoptar decisiones sobre su cuidado, deben incluir forzosamente las opiniones e intereses de los padres biológicos. De tal forma que existiría una violación del art. 8 CEDH, cuando hay una ausencia de asistencia letrada que permita a los padres prestar una defensa adecuada e interponer a su debido tiempo los recursos disponibles para ellos (STEDH 8 enero 2013, caso A.K. y L. contra Croacia, apdo. 63)¹¹; así como también cuando el tribunal no ordena una evaluación independiente sobre la capacidad del progenitor para cuidar a su hijo, ignora los informes favorables presentados por éste y no prevé una potencial asistencia o ayuda, basando su decisión en que el mero hecho de su discapacidad (STEDH 16 julio 2015, caso Mamchur contra Ucrania, apdo. 107 y 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia, apdos. 103,108 y 112)¹².

Frente a los anteriores casos, encontramos que de acuerdo con la Corte de Estrasburgo no habría una violación del art. 8 CEDH en la privación de la custodia de los hijos por parte de las autoridades nacionales cuando existen razones pertinentes y suficientemente justificadas para la protección de los intereses de los menores, fundadas en la incapacidad de uno de los progenitores para su cuidado, debido a una enfermedad mental o física o a un comportamiento violento o abusivo que puede poner en peligro la integridad del niño (STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia)¹³. Consiguientemente, cuando el progenitor encargado de la guarda del menor presenta trastornos de la personalidad y es incapaz para regir la situación compleja de su familia y de sus hijos, el acogimiento del menor sería una medida acorde al art. 8 CEDH. Estamos ante una medida temporal que deberá suspenderse en cuanto la situación se presta a ello y todo acto realizado por la administración deberá de estar de acuerdo con el fin último de volver a unir

11 STEDH 8 enero 2013, caso A.K. y L. contra Croacia (TEDH 2013, 5). Véase también aquí STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido (JUR 2002, 181257).

12 STEDH 16 julio 2015, caso Mamchur contra Ucrania (JUR 2015, 185811) y STEDH 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia (JUR 2016, 63823).

Así, en el caso Mamchur contra Ucrania, el demandante, que padecía una discapacidad física (solo podía caminar con muletas) y trabajaba con investigador principal en el Instituto de Microbiología Agrícola, vio cómo su suegra se hizo cargo de su hija tras la muerte de su mujer por cáncer, sin informarle de su paradero y solicitó su tutela (que le concedieron las autoridades ucranianas), alegando desasistencia del padre hacia la menor y discapacidad del mismo para cuidarla niña. En el asunto Kocherov y Sergeyeva contra Rusia, el padre, con discapacidad mental leve, había vivido prácticamente durante toda su vida en un hogar de acogida y allí había tenido una hija con otra interna (legamente incapacitada). Cuando reclamó la custodia de su hija, le fue denegada por las autoridades nacionales. El TEDH afirma en este caso que “la ausencia de habilidades y experiencia en la crianza de los niños, sean cuales sean las razones, difícilmente pueden considerarse motivo legítimo para restringir la autoridad de los padres, o mantener a un niño bajo el cuidado público” (apdo. 106).

13 STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia (JUR 2007, 225983).

al progenitor natural con su hijo, concediendo una importancia especial al interés superior del niño (SSTEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia apdos. 64-65, 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta, apdos. 149-150)¹⁴. Pudiendo existir una violación del art. 8 cuando las autoridades competentes no pongan todos los medios necesarios que razonablemente se podían exigir en estos casos para no comprometer de manera definitiva las posibilidades de que el menor vuelva con su madre o padre, tales como la restricción injustificada por la entidad pública del derecho de visita (SSTEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia apdo. 69, 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta, apdos. 149-150 y 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España, apdo. 92)¹⁵.

La resolución por parte del TEDH por vía art. 8 CEDH de todas las cuestiones que afectan a la guarda y custodia de los menores y al derecho de visitas, así como al desamparo y la privación de la patria potestad de los padres y/o madres con y sin discapacidad, cuando entiende que ha existido violación del derecho a la vida privada y familiar del demandante, lleva a que este Tribunal no considere necesario valorar la infracción del art. 14 CEDH (donde se recoge el principio de igualdad y no discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio), aunque en muchas ocasiones su aplicación es alegada por los progenitores con discapacidad en los asuntos planteados a su conocimiento.

III. LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL O DE RUPTURA DE LA PAREJA Y LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

En los últimos años estamos asistiendo a un cambio de paradigma en el régimen legal y jurisprudencial de guarda y custodia de los menores en los procesos de separación, divorcio o ruptura parental, pasando de la guarda y custodia atribuida de forma individual a la madre, a un régimen general y preferente de guarda compartida basada en la igualdad entre los progenitores y en las idénticas capacidades de ambos para desarrollar la función parental (art. 14 CE)¹⁶.

14 STEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia, apdo. 64 (TEDH 1999, 57), 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000, 391).

Véase también sobre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en la tutela de los menores STEDH, Gran Sala, 12 julio 2001, caso K y T contra Finlandia (TEDH 2001, 467) y STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdo. 134 (JUR 2002, 181257).

15 STEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia, apdo. 64 (TEDH 1999, 57), 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000, 391).

Véase también sobre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en la tutela de los menores STEDH, Gran Sala, 12 julio 2001, caso K y T contra Finlandia (TEDH 2001, 467) y STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdo. 134 (JUR 2002, 181257).

16 ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M.: *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex, Sevilla, 2016, p. 260. Como señala también GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *InDret* 3/2010, p. 9, durante mucho tiempo los tribunales han preferido otorgar la custodia a la madre de los hijos de corta edad, a no ser que se demostrara una concreta incapacidad (enfermedades, adicciones...), siguiendo el Principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño,

Como vamos a tener ocasión de desarrollar en las siguientes líneas, la capacidad o aptitud parental de los progenitores para procurar el bienestar de sus hijos y ofrecerles un entorno estable y adecuado, constituirá precisamente el criterio prioritario que seguirá el juez para decidir el modelo de guarda¹⁷. Y ello por cuanto ni el Código civil (art. 92.5 y 8 CC), ni ninguna de las normas actualmente vigentes en España que prevean la posibilidad de adoptar la custodia compartida, generaliza o prejuzga la clase de custodia que debe adoptar el órgano juzgador, sin tener en cuenta como criterio principal el interés de los menores¹⁸.

Entre las pautas preferentes que manejan los tribunales para otorgar la custodia, concretando así el interés superior del menor, se encuentran: el ser cuidador habitual del hijo, tener apoyo de la familia extensa, disponibilidad horaria, mayor idoneidad, favorecimiento del desarrollo integral del menor, edad y deseos manifestados por los hijos y mejor satisfacción de sus necesidades, frente a otras más secundarias como pueden ser las evaluaciones de la salud mental y las capacidades cognitivas de los progenitores, cuando estas no afectan al cuidado del niño y al cumplimiento de sus obligaciones parentales. A estos elementos habría que añadir otros, en orden a otorgar la custodia compartida, como la cercanía de los domicilios de los progenitores y la buena relación entre ellos (si bien el TS ha matizado mucho este último requisito, considerando que las posibles desavenencias de los padres no deben perjudicar de modo directo o indirecto a los hijos)¹⁹.

donde se dice que “salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”.

- 17 Sobre los modelos de guarda y custodia y la protección del interés del menor véase, RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 129 y ss.
- 18 Como hace el art. 9.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco y el art. 3.2 de la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres; y el art. 233-10.2: 2 CCCat. En cuanto a las normas de las que antes se decía por parte de la doctrina que establecían la guarda compartida con carácter general, como la Ley valencia 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (art. 5.2) y el Código de Derecho Foral de Aragón (art. 80.2), cabe señalar que la primera de ellas fue declarada inconstitucional (STC 192/2016, 16 noviembre) y la segunda ha sido modificada recientemente por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, para indicar expresamente que “el juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés”. Nótese, además, que el Código de Derecho Foral de Aragón [art. 80.2.d)] y la Ley Foral Navarra 3/2011 [art. 3.3.e)], hacen también referencia a “la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos”, así como el CCCat. [art. 233-11.b)] que también se refiere al criterio de la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad, como uno de los criterios a tener en cuenta por el juez para la atribución de la guarda de los menores.
- 19 Estos criterios fueron recogidos, en mayor o menor medida, en el art. 92 bis apdo. 3 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los casos de nulidad, separación y divorcio (de fecha 13 de enero de 2015), según el cual el Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación: “Deberá prestar especial atención en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

Excepcionalmente, el Juez podrá atribuir la guarda a un tercero (abuelos u otros familiares) o a una institución (art. 103.1.º CC), cuando hubiese incapacidad o imposibilidad de los padres para ejercer de forma continuada las funciones parentales (art. 154 CC)²⁰.

I. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La guarda y custodia compartida se perfila, como indicábamos en líneas anteriores, como un régimen general y preferente (salvo excepciones), según la última jurisprudencia del TS. De acuerdo con su Sala I.ª, es el modelo que más se aproxima al que existía antes de la ruptura matrimonial y garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que es también más beneficioso para los menores (SSTS 29 abril y 19 julio 2013 y 29 marzo 2016, entre otras)²¹. Si bien, como ha precisado el TS recientemente, la distribución de tiempos no tiene que conllevar un reparto igualitario, sino lo que se pretende es un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los padres (SSTS 13 noviembre 2018 y 17 enero 2019)²². De manera que cuando ambos progenitores reúnen las capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, procederá la custodia compartida (STS 2 julio 2014)²³.

La obligación de los padres es, no solo interesar este sistema de guarda compartida (ha de solicitarla al menos uno de ellos), sino también concretar la

20 Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 11 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4299), donde la madre presentaba enfermedad psíquica grave, con un grado de discapacidad del 89% de carácter físico y psíquico y mostraba características de personalidad patológica, a lo que se añadía un inadecuado cumplimiento de los deberes parentales por parte de ambos progenitores, por lo que el juzgado decide atribuir de forma provisional la guarda y custodia a la tía materna de los menores y finalmente se procedió a la declaración de desamparo, ante el desacuerdo de los padres sobre la familia extensa a la que había que confiar a sus hijos.

21 SSTS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269); 19 julio 2013 (RJ 2013, 5002) y 29 marzo 2016 (RJ 2016, 995). Con el régimen de guarda y custodia compartida, según viene declarando el TS: "a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia" (SSTS de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015, y de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015, entre otras).

22 SSTS 13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930) y 17 enero 2019 (RJ 2019, 98).

23 STS 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250).

En concreto, a través de distintas sentencias del TS se ha asentado una línea jurisprudencial que considera que para la atribución de la guarda compartida habrá que atender a los siguientes criterios: "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" [STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269)].

La razón de la exigencia de estos requisitos se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" [SSTS 11 febrero y 25 abril 2011 (RJ 2011, 2311 y 3711 respectivamente) y de 31 enero 2013 (RJ 2013, 927)].

forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a sus necesidades y a la disponibilidad de las partes, que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de pareja (STS 15 octubre 2014)²⁴.

Las condiciones de salud de los progenitores suelen tener importancia a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos, cuando les impiden asumir el cuidado de estos²⁵. En otras palabras, las discapacidades (mentales, intelectuales, físicas o sensoriales), tienen relevancia cuando inciden en el cuidado y atención de los menores y, por ende, en la protección de su interés superior, pues la existencia de cualquier discapacidad no excluye por sí misma la atribución de la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida²⁶.

Téngase en cuenta que el interés superior del menor, al que se hace referencia en las diversas normas tanto de ámbito autonómico como estatal (entre ellas el art. 92.8 CC sobre la guarda compartida cuando no hay acuerdo de las partes), es un concepto jurídico indeterminado que requiere una valoración y ponderación de las circunstancias concretas del caso, correspondiendo al Juez, en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto fáctico, sus datos y circunstancias²⁷.

Para su determinación, el Juez deberá acudir a los medios de prueba que le ofrece tanto la LEC como el CC, en particular, a la exploración de los propios menores (arts. 92. 2 y 6 CC, y arts. 770.4ª y 777. 5 LEC) y al informe del equipo psicosocial (art. 92.9 CC), que tras un examen y exploración de los padres y sus hijos, puede aconsejar lo más adecuado para la protección de estos últimos²⁸. Para

24 STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 4894).

25 A este respecto debemos tener en cuenta que hay estudios que ponen de relieve que no son lo mismo las discapacidades físicas o sensoriales que las mentales y que las mujeres con discapacidad mantienen las mismas aspiraciones que las otras mujeres, siendo capaces de atender y cuidar bien a sus hijos, aunque sea de manera no convencional, con buenas ideas, adecuada orientación y servicios de apoyo. Para un conocimiento más detallado del tema véase LÓPEZ GONZÁLEZ, M.: *Mujeres con discapacidad. Mitos y realidades en las relaciones de pareja y en la maternidad*, Narcea, Madrid, 2008, pp. 41 y ss.

26 En este sentido VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret*, 3/2012, p. 21, señala que la repercusión que la enfermedad de alguno de sus padres pueda tener en el menor dependerá de muchos factores, como: la gravedad, la naturaleza de la enfermedad y su incidencia en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece (no es lo mismo una esquizofrenia que un trastorno ansioso-depresivo); su evolución (si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos); la conciencia de la enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento; y el entorno familiar (apoyo de las personas cercanas, que faciliten un buen diagnóstico y que intervengan en caso de detectar alguna anomalía).

27 Como concreta ahora con mayor detalle el art. 2 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), tras la modificación operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a efectos de interpretación y aplicación en cada caso concreto del interés superior del menor, uno de los criterios a valorar será la protección a su desarrollo integral y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas [art. 2.2.a) LOPJM].

28 Así, el Juez, antes de adoptar cualquier decisión que afecte a los hijos y, sobre todo, antes de acordar el régimen de guarda y visitas de sus progenitores, deberá “oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial,

apreciar la capacidad de los progenitores en los casos en los que fuera cuestionada por uno de ellos o a resultados de las pruebas practicadas, es preciso que el Juez se apoye en un informe pericial psicológico²⁹. En este sentido, la DA 6.ª del Código Civil de Cataluña señala expresamente que: “Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales”³⁰.

El interés prevalente del menor es el argumento recurrente tanto para fundamentar las medidas que adoptan jueces y tribunales en caso de discapacidad de alguno de los progenitores, como para solicitar la guarda individual por parte de alguno de ellos³¹. Y ello por cuanto la jurisprudencia del TS es constante a la hora de afirmar que “el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre” (STS 21 y 22 julio 2011, entre otras muchas)³². De

o del propio menor” (art. 92. 2 y 6 CC). En este sentido el TS viene declarando que: “Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada” [STS 20 octubre 2014 (RJ 2014, 5613)].

- 29 Normalmente el informe psicosocial se compone de dos partes, una primera, elaborada por un trabajador social, que está dirigida a informar al tribunal sobre si ambos progenitores tienen una infraestructura personal, familiar y material suficiente para el ejercicio adecuado de la custodia. Y, otra segunda, realizada por un psicólogo que se dirige a analizar la idoneidad de los progenitores para asumir la custodia. Es precisamente este segundo informe el que resulta relevante en los casos de discapacidad de alguno de los progenitores y donde, al proponerse la prueba, ha de precisarse el objeto concreto sobre el que debe versar el informe y solicitar que, una vez elaborado, sean citados los profesionales para ser interrogados por el juez. Véase aquí PÉREZ MARTÍN, A.J.: “La prueba en los procedimientos de familia: Una visión práctica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 76/2017 (BIB 2017/13048).
- 30 Este tipo de informes (en particular del SATAF o Servei d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família), como reconoce la SAP Lleida, Secc. 2.ª, 17 enero 2019 (JUR 2019, 28329) “adquieren especial relevancia porque aportan información de gran interés sobre el núcleo familiar en sus diversos aspectos, y porque se emiten por los especialistas tras efectuar las correspondientes entrevistas con cada uno de los progenitores, los menores cuando así resulta procedente en atención a su edad y, en su caso, con la familia extensa, recabando información externa de los organismos o instituciones que de una u otra forma tienen relación con los miembros de la familia (colegios, centros sanitarios, servicios sociales, etc.), contrastando, analizando y valorando todos los datos obtenidos y emitiendo de forma razonada sus conclusiones, con la vista puesta en el prioritario interés de los hijos menores de edad”.
- 31 Véase el caso descrito en la STS 8 mayo 2015 (RJ 2015, 1731), donde las malas relaciones entre la familia paterna y la madre de la menor llevan al padre a plantear una demanda de modificación de medidas adoptadas en un precedente procedimiento de familia, con la finalidad de que se restringiera a una hora semanal las estancias entre la madre y la hija menor, cuya custodia tenía él atribuida, alegando intento de suicidio de la madre, trastorno bipolar e inteligencia límite. Finalmente, la sentencia de la AP revocó la del Juzgado y atribuyó a la madre la guarda de la menor, que ratificó el Supremo al considerar que el Tribunal había valorado de forma racional la prueba que constaba en autos, incluida la pericial.
- 32 SSTs 21 y 22 julio 2011 (RJ 2011, 5438 y 5676, respectivamente). Además de las SSTs 28 septiembre y 8 octubre 2009 (RJ 2009, 7257 y 4606), 27 abril 2012 (RJ 2012, 6105), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5894), y 21 junio 2017 (RJ 2017, 3026), que, entre otras, sirven de fundamento al TS para inadmitir los recursos de casación interpuestos en los casos que nos ocupan [como los AATS 27 marzo 2019 (JUR 2019, 142167), y de 17 julio 2019 (La Ley 103849/2019)].

Para mayor detalle sobre cómo juega el interés superior del menor en la jurisprudencia del TS véase, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

tal manera que solo una arbitrariedad de la decisión y un claro perjuicio para los intereses de los menores podría abrir la vía de la casación³³.

De los pronunciamientos vertidos por nuestro Tribunal Supremo, en cuanto a enfermedades mentales de alguno de los progenitores se refiere, cabe constatar la posibilidad de acordar la custodia compartida, incluso en casos más graves de enfermedad, cuando los informes muestran que el progenitor que la padece está capacitado para realizar sus funciones parentales y la enfermedad está tratada y lleva un seguimiento periódico por personal médico³⁴.

Valga como ejemplo el ATS 27 marzo 2019³⁵, que hace referencia a un caso de enfermedad mental grave (en concreto un trastorno bipolar) padecido por la madre y donde el padre solicita la custodia individual. El Juzgado de Primera Instancia concedió la custodia al padre, a pesar de apreciar que la madre era apta para el cuidado del niño al encontrarse ahora estabilizada y seguir el tratamiento prescrito, por considerar que esta opción daba "mayores garantías al bienestar del menor" y porque, al residir cada progenitor en una localidad distinta, la custodia compartida quedaba dificultada. La Audiencia Provincial otorgó, sin embargo, la custodia compartida, valorando la disponibilidad para organizar su trabajo del padre y que contaba con más tiempo libre. La madre, además, se encontraba estabilizada y la sentencia dispuso que debía presentar al Juzgado cada trimestre un informe del psiquiatra que le trataba sobre el seguimiento y control de su enfermedad. El padre recurrió en casación alegando que la sentencia recurrida vulneraba el interés superior del menor al establecer la custodia compartida en una situación como la que se encontraba la madre. El TS no admitió el recurso porque consideró que la Audiencia había resuelto en atención al interés superior del menor, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, sin hacer especial mención a la existencia del trastorno bipolar de la madre, ya que los informes de primera instancia habían dejado claro que esta podía hacerse cargo de su hijo.

Resulta obligado señalar, llegados a este punto, que muchas mujeres víctimas de violencia de género en ocasiones sufren estados de estrés post-traumático y diversas patologías asociadas a estas situaciones de violencia que son alegadas por el maltratador para solicitar la guarda de los hijos. Así, en el caso de la STS 9 marzo de 2016³⁶, la Sala 1.ª desestimó el recurso de casación interpuesto por el padre frente a las sentencias de ambas instancias que habían atribuido la guarda a la

33 ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.ª, 2 octubre 2017 (RJ 2017, 5511).

34 La OMS ha realizado una Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud, décima revisión (CIE-10) (disponible en: <http://ais.paho.org/classifications/Chapters/pdf/Volumel.pdf>), recogiendo los distintos trastornos mentales, como la esquizofrenia y otras psicosis, el trastorno afectivo bipolar o los trastornos de la personalidad; y otros, como la depresión, el estrés, la ansiedad, que pueden no revestir la gravedad de los anteriores.

35 ATS 27 marzo 2019 (JUR 2019, I421167).

36 STS 9 marzo de 2016 (RJ 2016, 842).

madre, a pesar de que padecía parkinson en estado leve y de presentar un cuadro ansio-depresivo. El Tribunal consideró, siguiendo el informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales, que ninguna de estas enfermedades impedía por ahora a la madre hacerse cargo del cuidado de sus hijos. Solo las malas relaciones entre ambos progenitores (el padre había sido absuelto de un procedimiento penal por violencia de género), es lo que abocaría al fracaso el sistema de guarda compartida³⁷.

En todo caso, hay que tener en cuenta que las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando “así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges” (art. 90.3 CC). Con ello el legislador ha dejado abierta la posibilidad de que lo acordado tras los procesos de separación o divorcio o los relativos a menores no esté destinado a perpetuarse, sino que pueda ser objeto de acomodo a las sucesivas realidades que se puedan presentar. En este sentido, la redacción vigente del art. 90.3 CC, operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, viene a recoger la postura jurisprudencial que da preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio “sustancial”, pero sí cierto (SSTS 24 mayo 2016 y 20 noviembre 2018)³⁸. De esta forma, la Sala I.^a del TS se muestra proclive a modificar el régimen monoparental acordado inicialmente hacia el sistema de custodia compartida, cuando se dan las circunstancias para ello, por cuanto no se puede petrificar la situación del menor desde el momento en que se acordó el sistema de guarda, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido, como la edad que tenía el hijo cuando se pactó el convenio regulador o si los progenitores han flexibilizado durante ese tiempo el sistema inicialmente establecido (STS 17 noviembre 2015, 26 junio 2015, 26 febrero de 2019)³⁹.

Precisamente esta línea jurisprudencial sirve de base a la STS 5 abril 2019⁴⁰ para casar la sentencia de la AP de Granada y confirmar la del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la pretensión de modificación de medidas definitivas

37 Como viene declarando nuestro Alto Tribunal: “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor [STS 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676)], como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores” [STS 29 noviembre 2013 (RJ 2013, 7449)]. Cfr. aquí MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 149 y ss.

38 SSTS 24 mayo 2016 (RJ 2016, 2284) y 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5376).

39 SSTS 17 noviembre 2015 (RJ 2015, 5392), 26 junio 2015 (RJ 2015, 2658) y 26 febrero 2019 (RJ 2019, 631).

40 STS 5 abril 2019 (RJ 2019, 1866).

del padre otorgándole la guarda y custodia de su hija, porque considera que la enfermedad mental que padece la madre, se proyecta en el interés de la menor.

2. Criterios seguidos por las Audiencias Provinciales.

Un examen de las resoluciones judiciales de las distintas Audiencias pone de relieve que los asuntos más frecuentes donde se plantean problemas sobre la custodia de los hijos en los casos de discapacidad de alguno de los progenitores, tienen que ver con enfermedades mentales y situaciones de alcoholismo y toxicomanías. Así, cuando uno de los padres padece alguna enfermedad mental grave (y derivadas de estas últimas problemas con el alcohol y las drogas) sin tratar y su evolución ha sido negativa, no procederá la custodia, ni individual ni compartida, de sus hijos a favor del mismo⁴¹; o bien procede suspender el régimen de visitas⁴²; siendo incluso causa de la modificación de las medidas que se establecieron en su día en la sentencia de separación o divorcio, cuando esta enfermedad afecta o puede afectar a los menores⁴³. Tampoco se atribuirá la custodia al progenitor, generalmente la madre, si se muestra reticente a probar que su estado de salud cuestionado no entraña peligros para el cuidado del hijo, negándose a ser reconocida por el médico forense⁴⁴; o cuando a su estado de discapacidad se une una situación problemática de su familia extensa⁴⁵; o bien al progenitor que presente un grado de discapacidad sensorial importante, cuando precise el concurso de una tercera persona para diversos aspectos de la vida⁴⁶.

Por el contrario, en los casos donde la discapacidad (física, mental o intelectual) no entraña especial gravedad, se sigue tratamiento y, en definitiva, no condiciona la vida ni la conducta de la persona afectada, ni limita tampoco sus capacidades parentales, se podrá acordar la custodia compartida en el proceso de separación

41 SSAP Barcelona, Secc. 18.ª, 12 abril 2007 (JUR 2007, 271536); AP Vizcaya, Secc. 4.ª, 5 diciembre 2008 (JUR 2009, 201420), AP Murcia, Secc. 5.ª, 19 enero 2010 (JUR 2010, 105968), AP Murcia, Secc. 4.ª, 13 diciembre 2012 (JUR 2013, 35097); AP Alicante, Secc. 4.ª, 4 abril 2014 (JUR 2014, 254363), y SAP Málaga, Secc. 6.ª, 19 julio 2016 (JUR 2016, 265972), entre otras.

42 SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 16 febrero 2010 (JUR 2010, 146589).

43 SAP de Asturias, Secc. 1.ª, 16 septiembre 2009 (JUR 2009, 437071).

44 SAP La Rioja, Secc. 1.ª, 7 octubre 2014 (JUR 2015, 5215), en este caso fue el padre quien no acudió a la entrevista de la psicóloga y la trabajadora social, y se negó igualmente a ser reconocido por el médico forense; y SAP Málaga, Secc. 6.ª, 13 julio 2017 (JUR 2018, 75481), en este pleito el juez se apoya en el informe pericial psicológico, que considera más adecuado a los intereses del menor la custodia paterna, cuando la madre se encuentra reticente a aportar documentación médica que acredite su estado de salud (padece una esquizofrenia no especificada, trastornos de la personalidad y depresión grave), y el padre es el que se ha venido ocupando del menor desde su nacimiento

45 SAP Cádiz, Secc. 2.ª, 24 octubre 2002 (JUR 2003, 70873).

46 SAP Asturias, Secc. 1.ª, 2 febrero 2018 (JUR 2018, 79567). El padre presentaba un grado de discapacidad reconocido de un 85% por estar casi absolutamente ciego, así como una enfermedad reumática crónica, precisando la ayuda de una tercera persona. La AP descartó la custodia compartida en estas circunstancias y atribuyó a la madre la custodia de la menor que aún no había cumplido once años.

o divorcio⁴⁷; así como en el procedimiento de modificación de medidas⁴⁸. Incluso cabe acordar la guarda individual cuando la enfermedad o discapacidad que padece el progenitor custodio no supone ninguna restricción para el ejercicio de las funciones parentales⁴⁹. Sin que proceda la modificación de medidas respecto de los hijos, cuando no se aportan pruebas (informes) que demuestren la posible incidencia de la discapacidad (enfermedad mental, alcoholismo, minusvalía, etc.) del progenitor custodio que justifique un cambio en la custodia⁵⁰. También se podrá establecer un régimen de visitas cuando, en el momento de adoptarse la medida, el progenitor no presenta síntomas activos de la enfermedad que puedan interferir en la relación con sus hijos, ni supongan un peligro físico o psíquico para estos⁵¹.

En resumidas cuentas, como recoge la SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 5 junio 2018⁵²: “Con carácter general la incidencia de una enfermedad o deficiencia en las capacidades parentales viene determinada fundamentalmente por los siguientes factores: gravedad y naturaleza de la enfermedad e incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece, teniendo en consideración que determinadas manifestaciones de la enfermedad pueden agravarse puntualmente coincidiendo con hechos traumáticos como puede ser la ruptura de la pareja; evolución de la enfermedad, si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que ha podido producir en la persona afectada, si hay deterioro, o por el contrario puede apreciarse una situación de estabilidad en el tiempo; conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el

47 SAP Badajoz, Secc. 3.ª, 11 diciembre 2018 (JUR 2019, 30717).

48 SAP Murcia, Secc. 4.ª, 21 abril 2014 (JUR 2014, 136198). La Audiencia apreció de las pruebas practicadas que en el caso de autos la madre no padecía un trastorno bipolar de ningún tipo, como alegaba el padre, sino “un trastorno depresivo recurrente, del que desde hace tres años está totalmente asintomática, con tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico de mantenimiento”, una epilepsia totalmente controlada con tratamiento farmacológico. Y añade que los informes médicos acreditan que el alcance de los padecimientos mentales que afectaban a la mujer no tienen ni la intensidad ni la magnitud como para no otorgar la guarda y custodia compartida. Véase, por el contrario, la SAP Murcia, Secc. 4.ª, de 2 marzo 2009 (JUR 2009, 287446) que ha presar de haber quedado acreditado que la madre está perfectamente controlada en su enfermedad, que lleva casi tres años asintomática y toma su medicación con regularidad, no cambia el régimen de custodia a favor del padre.

49 SAP Guadalajara, 13 octubre 1997 (AC 1997, 2018), SAP Málaga, Secc. 5.ª, 22 octubre 2002 (JUR 2003, 70824), SAP Islas Baleares, Secc. 5.ª, 18 mayo 2006 (JUR 2006, 187862), SAP Málaga, Secc. 6.ª, 24 abril 2013 (JUR 2013, 305151), SAP Murcia, Secc. 4.ª, 24 enero 2013 (JUR 2013, 90150), SAP Vizcaya, Secc. 4.ª, 8 febrero 2018 (JUR 2018, 175070), y SAP Lleida, Secc. 2.ª, 17 enero 2019 (JUR 2019, 28329), entre otras.

50 SSAP Málaga, Secc. 6.ª, 1 junio 2016 (JUR 2016, 266262), AP Barcelona, Secc. 12.ª, 11 diciembre 2018 (JUR 2018, 331822) y AP Barcelona, Secc. 12.ª, 17 enero 2019 (JUR 2019, 41431).

51 AAP Asturias, Secc. 7.ª, 26 julio 2010 (JUR 2010, 302326). La AP revocó aquí el auto del juzgado de instrucción que suspendía el régimen de visitas de un padre, como medida cautelar urgente, por el trastorno bipolar que padecía. Los magistrados de la Audiencia entendieron que esta enfermedad “no puede interferir en su relación con los hijos porque no supone peligro físico o psíquico para ellos”. Por el contrario, consideran que “la exploración practicada por el tribunal a la hija mayor, y el informe del equipo psicosocial, ponen de manifiesto que la relación de los menores con el padre es muy buena y se desarrolla con normalidad”. Consecuentemente, estiman que el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales beneficia “tanto al padre como a los hijos” y es acorde al interés de los menores.

52 SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 5 junio 2018 (La Ley 66886/2018).

tratamiento que asegura la evolución positiva; entorno familiar; apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen en caso de detectar alguna anomalía. En definitiva, se considera que lo esencial es la repercusión que dicha enfermedad tenga en el comportamiento de la persona y en sus capacidades parentales”.

IV. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES.

Hace poco nos conmovió la noticia de dos hermanos de tres años y cinco meses de edad que habían sido asesinados por su madre en Godella (Valencia). Los niños y sus padres vivían de ocupas en una casa en condiciones insalubres. Ella, diagnosticada de esquizofrenia, había padecido anteriores brotes psicóticos que habían requerido tratamiento. La situación preocupante en la que se encontraban los menores motivó que su abuela materna acudiera días antes a la Guardia civil y al centro médico de la localidad de su hija para poder evitar el peor de los desenlaces, ante el rechazo de su hija a tomar la medicación requerida⁵³. Aunque en este caso la reacción de la Administración fue tardía, afortunadamente no suele ser así.

La obligación de los poderes públicos de procurar la protección que precisen los menores de edad cuando sea necesario (art. 39 CE), incluyendo las situaciones donde uno o los dos progenitores padecen algún tipo de enfermedad mental como el caso arriba descrito, tiene que cohonestarse, por un lado, con el principio de preferencia de la propia familia natural proclamado en diversos textos internacionales⁵⁴ y nacionales [arts. 11.2 b) LOPJM y 172 ter 2 CC, además de las diversas leyes autonómicas de protección de menores]. Y, por otro, con el art. 23.2 y 4 CDPD, donde los Estados Partes se obligan a garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela y guarda de los menores, velando al máximo por el interés superior del niño y comprometiéndose a prestar la asistencia necesaria a las personas con discapacidad para el desempeño de su responsabilidades en la crianza de sus hijos,

53 Noticia disponible en: <https://www.lasprovincias.es/sucesos/noemi-abuela-ninos-20190316013040-ntvo.html>.

54 Entre las normas de carácter internacional a tener en cuenta se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1989), ratificada por España, donde consagra en su Preámbulo que la familia de origen es el medio natural para el crecimiento y desarrollo del menor y dispone en su art. 9.1 que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el interés del menor y añade en sus art. 18.1 y 27.2 que corresponde a los padres la responsabilidad primordial de la crianza, desarrollo y educación de sus hijos. Así como la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992), donde se destaca el papel fundamental de los padres en el desarrollo del niño, subrayando la responsabilidad conjunta de los mismos en el educación y desarrollo del menor y la obligación de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales (apdo. 12).

sin que en ningún caso se pueda separar a un menor de sus padres en razón de una discapacidad de ambos padres o de uno de ellos. Obligación esta última que ha sido incorporada al art. 18.2 pf. 2.º LOPJM por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

I. Actuaciones en situaciones de riesgo y desamparo.

La reforma realizada en la LOPJM por parte de la Ley 26/2015 ha supuesto una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo (art. 17) y de desamparo (art. 18), conceptos jurídicos indeterminados que, por vez primera, se definen en una normativa de rango estatal que básicamente incorpora, como contenido sustantivo, lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en estos últimos años. Las situaciones de riesgo se caracterizan, como señala ahora el art. 17.1 LOPJM con mucho más detalle respecto de su redacción anterior, por la existencia por diversas causas (“carencias o conflictos familiares, sociales o educativos”), de un perjuicio para el desarrollo personal, familiar, social, educativo o del bienestar del menor, que no alcanza la gravedad suficiente para justificar la separación de éste de su núcleo familiar y, por tanto, no requiere la asunción de la tutela automática de la Administración. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará también indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del menor de su entorno familiar (art. 17.1 LOPJM)⁵⁵.

En las situaciones declaradas de riesgo, la intervención de los poderes públicos se limita a intentar eliminar o reducir los factores de riesgo y la dificultad social en que el menor se encuentra, y a promover los elementos de protección del mismo y de su familia sin tener que separarlo de su entorno familiar, realizando un seguimiento de la evolución del menor a través de los servicios sociales locales, con el objetivo de que se cumpla el proyecto de intervención social y educativo familiar o convenio conjunto realizado por todas las partes implicadas (que deberá de constar en formatos accesibles), una vez valorada la situación de riesgo y con el objetivo de evitar la declaración de desamparo (art. 17.2, 3 y 4 LOPJM)⁵⁶.

55 Sobre la base de esta disposición 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. 9/2016 (BIB 2016/80298) p. 20, mantiene que solo podrá declararse la existencia de desamparo cuando, además de la pobreza de los progenitores, concurren otras causas justificativas, pues no se puede confundir el interés del menor con el bienestar material del menor.

56 Según señala SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 156, cabe también que el proyecto de actuación no sea consensuado con los padres y el menor, sino impuesto por la Administración mediante resolución administrativa. En cualquiera de ambos casos, siguiendo a la autora citada, el proyecto deberá incluir la delimitación de las causas que generan la situación de riesgo, los objetivos específicos de la intervención, la especificación de las medidas de apoyo familiar más idóneas para el supuesto concreto, la determinación del tiempo de intervención, el grado de

En este sentido, una de las novedades que se incorpora en la LOPJM como consecuencia de la Ley 26/2015, es la intervención por parte de la Administración pública competente en las situaciones de posible riesgo prenatal, como la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias tóxicas o alcohol, así como cualquier otra acción que pueda perjudicar el desarrollo normal o provocar enfermedades o anomalías al recién nacido y que se pudieran producir en situaciones de enfermedad mental de la madre (art. 17.9 LOPJM).

De la lectura del art. 17.9 LOPJM se deduce que el sistema allí dispuesto tiende a la prevención, a través de la intervención y seguimiento, en orden a evitar una posterior declaración de la situación de riesgo o, en los casos más graves, de desamparo del recién nacido. De tal manera que el bebé deberá continuar con la madre y con su familia de origen en el caso de que se haya seguido el proyecto indicado por la Administración y cumplido sus objetivos, continuando, en el caso de que fuera necesario, con los apoyos sociales y de los diferentes equipos implicados. En caso contrario, se mantendrá la intervención del menor, pudiéndose declarar, además de la retención hospitalaria, la situación de riesgo o desamparo⁵⁷.

Un ejemplo de ello lo encontramos en los hechos descritos en el ATS 18 mayo 2016⁵⁸ donde queda justificado que a los padres no se les hubiera dado la posibilidad de intentar sus funciones parentales cuando el menor (que padecía síndrome de Down y una cardiopatía congénita) había estado mal controlado durante el embarazo de su madre (consumidora de cocaína, metadona y heroína desde hace muchos años y con un grado de discapacidad reconocido del 65%). Además, la madre había tenido otros cuatro hijos anteriores (todos ellos tutelados por las administraciones públicas y con los que no mantenía contacto), había vivido en la calle y mendigado durante años. En el padre se apreció “una clara limitación personal, con falta de reconocimiento de las necesidades del menor”. En definitiva, parece que la excepcionalidad de las circunstancias no podía aconsejar otra cosa que apartar al bebé de su madre en el momento del alumbramiento.

En cuanto a la declaración de desamparo, el art. 18 LOPJM, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, establece por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que la determinan que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, deben suponer una amenaza para

implicación de la familia y los compromisos que adquiere para que se cumpla el proyecto, la coordinación entre los distintos agentes implicados en el proyecto y el seguimiento de la intervención, entre otros elementos (p. 157).

57 Siguiendo en este punto a BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, p. 187, quien también mantiene la posibilidad, en ausencia de disposición expresa, de poder declarar el desamparo, antes de producirse el nacimiento, de forma preventiva en virtud de la protección que ofrece el art. 29 CC al “nasciturus” (pp. 192-193).

58 ATS 18 mayo 2016 (JUR 2016, 117956).

la integridad física o mental del menor; creando una situación de desprotección del menor que no tiene cubiertas su necesidades afectivas o materiales. Con ello se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración, completando así al art. 172 CC. Entre esas circunstancias, que tienen un carácter ejemplificativo y no cerrado, figura expresamente el “riesgo para la salud mental del menor; su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de sus progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo” [art. 18.2.d) LOPJM]⁵⁹.

Para que las autoridades administrativas pudieran declarar la situación de desamparo de los menores cuya madre y/o padre padece algún tipo de discapacidad (física o psíquica), deben observarse indicios objetivos de una falta de atención y cuidado hacia el menor; que les lleven a apreciar incumplimientos graves de las obligaciones parentales (art. 154 CC) que han llevado a una desatención efectiva moral y material de su hijo. En ningún caso, como dice el art. 18.2 pf. 2.º LOPJM siguiendo en este punto lo dispuesto en el art. 23.4 CDPD, se podrá separar a un menor de sus progenitores “en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos”⁶⁰. Resulta llamativo que, dada la transcendencia de la medida a adoptar, tanto la legislación administrativa autonómica como la estatal no contemplen con carácter preceptivo la evacuación de informes técnicos sobre la situación psicosocial en la que se encuentra el menor cuyo desamparo se está

59 Otras circunstancias a tener en cuenta, de acuerdo con los otros apartados del art. 18.2 LOPJM serían: “a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla. b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años. c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor...e) el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental”.

60 De ahí que no encontramos atendibles y bien fundamentados los argumentos empleados por la SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 6 noviembre 2018 (JUR 2019, 3717), para ratificar la decisión administrativa de desamparo, donde el Tribunal, aunque reconoce la buena voluntad de la madre, que padece una discapacidad del 65% con un diagnóstico de retraso mental ligero y hemiparesia izquierda, basa su decisión fundamentalmente en el informe elaborado por la Consellería de Política Social, donde se recoge que la madre “no prepara bien los biberones, a los que echa más leche de la que corresponde”, “tampoco tiene capacidad para realizar el cálculo de la cantidad que toma el menor” (aunque se le proporciona un documento impreso con información visual y escrita de los pasos que debe realizar) y “tiene dificultades para el cálculo de tiempo de las tomas –duración y suministros- y no se despierta para darle al bebé las tomas correspondientes, pese a tener puesta la alarma”. Por lo que la Audiencia Provincial concluye que “no parece oportuno cambiar el régimen acordado por el Ente público, en tanto la demandante no mejore sus habilidades y capacidades para cuidar de la alimentación del menor”.

tramitando, sino que tenga un simple carácter facultativo y no vinculante, como regla general⁶¹.

Uno de los interrogantes que se plantea a la hora de interpretar y aplicar el art. 172 CC y en consecuencia el art. 18.2 LOPJM, surge cuando cumpliéndose el primer requisito, esto es el incumplimiento por parte de las personas obligadas de los deberes de protección del menor a los que se refiere el art. 154 CC, sin embargo, no se da el segundo requisito por existir un guardador de hecho que presta al menor una efectiva asistencia material y moral. El TS, aclarando jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, ha fijado como doctrina para estos casos que “ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección” (STS 27 octubre 2014)⁶². Por tanto, en estos supuestos donde haya un guardador de hecho que se ocupe de dar protección de forma suficiente al menor, la Administración no podrá intervenir separándolo de su entorno y asumiendo su tutela, aunque sus padres hayan hecho dejación absoluta de sus funciones protectoras⁶³. Pero para no dejar al menor en una situación de incertidumbre, tanto la propia Administración como el guardador podrán actuar a través del Ministerio Fiscal a los fines del art. 13.1 LOPJM (STS 14 septiembre 2018)⁶⁴.

La existencia de desamparo determina el inicio de un procedimiento formal a través de los Servicios Sociales de las Consejerías correspondientes, que culmina con la declaración administrativa de tal situación y asunción de la tutela automática por parte de la Administración, con la consiguiente suspensión de la patria potestad de los padres o de la tutela ordinaria (art. 172.1 pf. 1.º y 3.º CC). Para que no se pueda producir indefensión en los progenitores que padecen algún tipo de discapacidad, este acto administrativo y las posibilidades de su oposición

61 Como señala MARTÍNEZ GARCÍA, C.: “El sistema de protección de menores en España”, en AA.VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 405, que opina, con razón, que debería ser obligatorio que la resolución fuera avalada y se apoyara sobre un informe de los servicios de protección con carácter preceptivo.

62 STS 27 octubre 2014 (RJ 2014, 5183). De acuerdo con los hechos del caso descritos en la sentencia, la menor se encontraba al cuidado de los abuelos por imposibilidad de hacerlo sus progenitores, en situación de incapacidad por sus problemas con las drogas, sus “pocas habilidades y recursos personales para los cuidados de un bebé e inestabilidad emocional”.

Como afirma ORDÁS ALONSO, M.: “El nuevo sistema de protección de menores...”, cit., p. 25: “el desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.) y no toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor”.

63 DE ROMÁN PÉREZ, R.: “La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las Leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *RGLJ*, núm. 3, 2018, p. 342.

64 STS 14 septiembre 2018 (RJ 2018, 5140), donde se modifica la sentencia de segunda instancia, atribuyendo la custodia de la menor a su tía que la venía ejerciendo de hecho tras la muerte de su madre, en atención al interés superior de la menor y valorando la falta de capacidad del progenitor superviviente para atender adecuadamente a la niña, dada su edad, su trabajo y demás cargas familiares, acordando un régimen de visitas a su favor bastante amplio.

deberán de formularse en formatos adecuados para las personas con discapacidad, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad (art. 13 CDPD, relativo al acceso a la justicia). Con ello se evitarían situaciones como la descrita en la SAP Granada, Secc. 5.ª, 15 diciembre 2017⁶⁵, donde los padres tenían una discapacidad (sordomudez) del 71% y 65% respectivamente, impidiéndoles, a juicio de su defensa, conocer en toda su extensión el expediente y las consecuencias de la incoación del mismo, lo que les llevó a aquietarse a las alegaciones y proposición de las pruebas planteadas.

En los casos en los que sea necesaria la declaración de desamparo para evitar al menor un perjuicio, los tribunales suelen optar por el acogimiento en la familia extensa⁶⁶. En las situaciones en las que no existan condiciones en la familia extensa para asumir de modo adecuado la guarda y custodia de los menores, se acuerda el acogimiento familiar o residencial⁶⁷.

Entre los elementos que tienen en cuenta nuestros jueces y tribunales a la hora de apreciar la adecuación de la declaración de desamparo en los casos de discapacidad mental de los progenitores, se encuentra, además de la desasistencia en el cuidado y educación del menor, la ausencia o resistencia al tratamiento de su enfermedad, la declaración de desamparo de otros hijos anteriores, la carencia de vivienda en condiciones, la falta de recursos económicos y de ayuda por parte de la familia extensa, así como también la falta de interés en visitar al menor por parte del progenitor una vez declarado el desamparo⁶⁸. En ocasiones, como apuntan algunas sentencias, la situación de desamparo del menor podía haberse evitado o revertido cuando las carencias de la madre, producidas por su discapacidad,

65 SAP Granada, Secc. 5.ª, 15 diciembre 2017 (AC 2018, 244).

66 Es el caso de la SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 15 marzo 2019 (JUR 2019, 149872), donde el padre tenía una discapacidad reconocida con un grado del 66% con diagnóstico de trastorno límite de la personalidad y cociente intelectual límite y la madre un trastorno madurativo. Los servicios sociales constatan las malas condiciones de la vivienda donde se encontraba el menor (la casa de la abuela paterna), sin luz, ni agua, ni baño e incluso llueve dentro de la casa, y, aunque se les intentó apoyar en la transición a una vivienda normalizada, la conducta conflictiva del padre (agravada porque dejó de tomar su medicación) lo impidió. Por lo que se declaró la situación de desamparo y el acogimiento a favor de los padres de la mujer.

67 SAP Alicante, Secc. 6.ª, 24 mayo 2016 (AC 2016, 1622), donde existía una problemática familiar entre la madre de la menor y sus padres, con procedimientos penales por agresiones entre ellos. La abuela de la menor tiene una minusvalía de un 50% necesitando ayuda de terceras personas para su atención personal, por lo que no existen condiciones en la familia extensa para hacerse cargo de la menor.

68 Muestra de ello son, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1.ª, 30 marzo 2012 (JUR 2012, 208349), donde el informe técnico destaca la incapacidad de la madre para proteger a sus hijos (a dos de ellos los había intentado ahogar anteriormente); los problemas mentales que presenta (con diagnóstico de trastorno de la afectividad por trastorno distímico de etiología idiopática) sin seguimiento médico; así como las necesidades físico-biológicas, cognitivas, emocionales y sociales del menor no cubiertas por el inadecuado cumplimiento de los deberes de cuidado y protección. Y la SAP Alicante, Secc. 6.ª, 20 diciembre 2017 (AC 2018, 1068) donde la madre (con problemas de salud mental) evidencia una falta de interés para iniciar un proceso de intervención social que garantice las adecuadas condiciones de cuidadora del menor, consta otros procedimientos administrativos de intervención de otros tres hijos en otra provincia, donde se le insta también a que asista a un centro de salud mental para recibir atención especializada sin éxito.

hubieran sido suplidas por una implicación más directa del padre en el cuidado de sus hijos⁶⁹.

Particular atención merece llegados a este punto el caso descrito en la STS 15 octubre 2015⁷⁰, donde el menor declarado en desamparo había ingresado en el hospital por una crisis convulsiva. La madre se muestra en ese momento agresiva, negándose al tratamiento de su hijo y pidiendo su alta voluntaria, siendo ingresada en la unidad de salud mental del mismo centro hospitalario. Constan respecto de la misma dos tratamientos anteriores en una unidad mental por cuadro maniático y trastorno de la personalidad, sin que haya seguido tratamiento médico psiquiátrico al respecto. De los cinco hijos que ha tenido la demandante, todos ellos han tenido medidas de protección y existe expediente de desprotección abierto en Francia del menor implicado en el desamparo.

Teniendo en cuenta de forma aislada los hechos descritos anteriormente, parece que no le faltó razón al TS para ratificar la medida declarada por la Administración. Sin embargo, sorprende la poca relevancia dada por este Tribunal a la STEDH 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España⁷¹, alegada por la madre del menor, que resolvía precisamente la reclamación presentada por esta misma en relación con otra hija anterior que fue declarada en desamparo con tres años, tras acudir a los servicios sociales de Motril (Granada) con su madre y su pareja para solicitar una ayuda debido a su peligrosa situación económica. La madre vivía en ese momento en el seno de una gran familia, en una granja propiedad de la abuela, con sus otros dos hijos, que se encontraban en situación de acogimiento en familia extensa con su tío abuelo, aunque de hecho los niños vivían con su madre también en la granja, junto a su tío y otros familiares.

La suspensión injustificada del régimen de visitas a la madre, el ofrecimiento de dinero a esta por las autoridades sociales, así como la contradicción de los informes presentados (donde se decía que esta no había demostrado ningún interés sobre el estado de la niña, cuando se ha constatado que había acudido al menos 17 veces al centro de acogida de Granada), llevan al TEDH a afirmar "la existencia de falta de diligencia grave en el procedimiento llevado a efecto por las autoridades responsables de la tutela, el acogimiento de la niña y su posible adopción" (apdo. 80); y que la decisión de las autoridades españolas se fundamentó esencialmente en la situación de indigencia de la madre, sin realizar informe pericial alguno sobre su salud mental, inicialmente esgrimida; y sin tener en cuenta su evolución posterior

69 Como, por ejemplo, la SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 10 abril 2019 (JUR 2019, 142274), donde se hace eco de los progresos de los padres, pero también de las dificultades de la madre, que presenta carencias estructurales en razón de su discapacidad psíquica (sufre "inteligencia límite y trastorno de afectividad") y del padre en asumir su propia responsabilidad (por "factores culturales"), sin que tuviera una dedicación directa hacia su hijo.

70 STS 15 octubre 2015 (RJ 2015, 4861).

71 STEDH 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España (TEDH 2013, 60).

(económica y psicológica), ni el posicionamiento a su favor del fiscal de menores para la recuperación de la guarda de su hija. Por todo ello, el TEDH considera violado el art. 8 CEDH en la medida en que las autoridades españolas deberían haber considerado otras medidas menos drásticas y no la adoptada, que el paso del tiempo (seis años separadas) ha hecho casi irreversible.

Quizá toda esta situación se podría haber evitado adoptando medidas de prevención, como la asistencia económica a la familia y proporcionándoles mecanismos de apoyo, o bien a través de la guarda voluntaria (art. 172 bis CC)⁷². La guarda asumida en estos supuestos por la Entidad pública, como consecuencia de una solicitud extrajudicial de los progenitores, tiene un carácter transitorio o provisional, pues trata de atender a una situación temporal y no imputable a los padres, con la finalidad de prevenir una posible declaración de desamparo⁷³. En estos casos será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a intervención profesional. Estamos, por tanto, ante un instrumento jurídico que permite amparar al menor en determinadas circunstancias, como pueden ser los casos de enfermedad o discapacidad temporal de alguno de los progenitores, hasta que se resuelva su situación y cuyo plazo no puede superar los dos años, salvo que sea aconsejable su prórroga en interés del menor. Transcurrido el plazo o la prórroga, el menor deberá regresar con sus padres y si no se dan las circunstancias para ello, deberá ser declarado en situación de desamparo (art. 172 bis CC).

Otra de las medidas que puede resultar de utilidad en casos puntuales es la prevista en el art. 172.4 CC, tras su reforma por la Ley 26/2015, que en cumplimiento de la obligación de prestar atención inmediata al menor (art. 14 LOPJM), introduce una guarda provisional del menor a cargo de la Entidad pública, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud de los progenitores o tutores sobre la adopción de tal medida. De este modo se abre una vía distinta en la regulación del Código civil para que una posible situación de desamparo no dé lugar a una tutela automática de la Administración, sino únicamente a la guarda del menor y la indagación de sus concretas circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

72 Son clarificadores en este sentido las afirmaciones que realiza el TS en su sentencia de 21 febrero 2011 (RJ 2011, 2362), cuando dice que “las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. (STS 31 julio 2009), y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés”.

73 Además de los progenitores, podría procederse a la guarda voluntaria por solicitud de los tutores o de la autoridad judicial en determinadas circunstancias graves y transitorias (tanto en un proceso civil, como penal o de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con el art. 158.6 CC). La aplicación de esta institución no implica la suspensión de la patria potestad de los padres, sino la delegación de determinadas funciones que integran su contenido. Cfr. ARGELICH COMELLES, C.: “Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”, *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. IV, núm. 4, p. 141.

Como conclusión a lo anteriormente expuesto es necesario afirmar que la declaración de desamparo del menor debe ser el último recurso, pues cuando la situación puede considerarse pasajera, será preferible su tratamiento como una situación de riesgo y/o el empleo de otras medidas de ayuda a los progenitores con discapacidad. Volvemos a recordar de nuevo la necesidad de que las actuaciones de protección de los poderes públicos deben dirigirse a prestar antes el apoyo necesario para que los hijos permanezcan con los padres que padecen alguna discapacidad (art. 23.2 CDPD). El desamparo debe tener siempre un carácter subsidiario y de aplicación restrictiva, pero necesario cuando así lo exija el interés del menor⁷⁴. Pues en caso contrario la Administración se expone a incurrir en responsabilidad patrimonial al ser separado el menor injustamente de sus padres cuando esta situación se podría haber evitado (arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

2. El cambio en el estado de los progenitores y la revocación de la declaración de desamparo.

Tanto la declaración de desamparo como el acogimiento son situaciones reversibles en función del cambio de circunstancias. Así, de acuerdo con el art. 172.2 CC los padres que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida conforme a lo dispuesto en el art. 172.1 CC, están legitimados durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución de desamparo, para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo si entienden que, por cambio de las circunstancias que motivaron dicha declaración, se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad⁷⁵. Pasado este periodo de tiempo, podrán facilitar a la Entidad pública y al Ministerio Fiscal cualquier cambio en las circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo, para que puedan actuar y revocar respectivamente la situación de desamparo (art.172.2 CC)⁷⁶. El legislador parte, por tanto, de la base

74 Podemos citar en este sentido la SAP Badajoz, Secc. 3.ª, 23 septiembre 2004 (AC 2004, 1692), que ratifica la improcedencia de la declaración de desamparo y el mantenimiento de los menores en su núcleo familiar, aunque se pueda realizar por parte de los servicios sociales de la Consejería un seguimiento. La minusvalía psíquica de la madre y el probable trastorno mental del padre, aunque pudieran tener influencia en determinados ámbitos de la vida de los menores, no resultan decisivos a juicio de la Audiencia para dar por sentado a priori su incapacidad respecto del cuidado de sus hijos. Y ello por cuanto quedó acreditada la evolución positiva de la enfermedad del padre, que las niñas asistían aseadas al colegio, con ropa limpia y almuerzo variado, siendo su desarrollo y rendimiento escolar adecuado, y que la madre participaba en el proceso educativo y era cariñosa con los niños.

75 El art. 172.2 CC “contiene dos reglas que abarcan dos posibilidades distintas: a) la recuperación de la patria potestad suspendida, por la sobreveniencia de nuevas circunstancias, y b) la oposición a cada una de las medidas que la administración tome en relación a los menores desamparados, sin que ello comporte la recuperación de la patria potestad. Estas dos acciones no son incompatibles porque se refieren a supuestos distintos” [FD 3.ª STS 14 noviembre 2011 (RJ 2012, 3390)].

76 Téngase en cuenta que el art. 172.3 CC permite que la propia Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la entidad o persona interesada (como el propio menor, los acogedores, los padres no privados de la patria potestad, la familia extensa e incluso los antiguos guardares del menor), pueda en cualquier momento “revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés”. Por lo tanto, las

de que se le ha de dar a los padres biológicos la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo que se considera razonable y se fija en dos años⁷⁷.

Si los padres no estuvieran de acuerdo desde un principio con la resolución administrativa de desamparo o con cualquier otra relativa a la protección del menor (como la restricción o supresión del régimen de visitas), la LEC tiene previsto un procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los arts. 779 y 780 LEC, pudiendo hacerse por la vía civil sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 780.I LEC). Para el ejercicio de estas acciones de oposición, el art. 780 LEC contempla el plazo de caducidad de dos meses desde su notificación. La interposición de estos recursos no implica la suspensión de los efectos de la resolución administrativa impugnada (DA 1.ª LOPJM). Cuando la declaración de desamparo fuera la impugnada por cualquiera de las partes legitimadas para ello (art. 780.I pf. 2.º LEC)⁷⁸, resulta procedente que el Juez contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración administrativa, con el fin de determinar si los padres se encuentran o no en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (STS 31 julio 2009)⁷⁹.

En resumidas cuentas, el retorno del menor con su familia biológica se debería de producir, en línea de principios, tanto si han cambiado las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, como si, en la fase de revisión judicial de la resolución administrativa que lo declaraba, se estima que no hay motivos para declarar al menor en desamparo⁸⁰.

Hay que tener en cuenta llegados a este punto que existe un cuerpo jurisprudencial bastante consolidado por parte de las distintas Audiencias, en los juicios de oposición a las medidas de protección de menores, del que se desprende que, aunque los jueces toman en consideración las circunstancias

resoluciones dictadas por la Entidad Pública en materia de protección de menores están sometidas a revisión y consecuente revocación, cuando ello deriva del interés superior del menor.

77 MÚRTULA LAFUENTE, V.: “El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. Mayor del Hoyo), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 162.

78 De acuerdo con dicha norma, estarán legitimados para ello los menores afectados por la resolución, que ejercerán sus pretensiones a través de sus representantes legales o de un defensor judicial en caso de que haya intereses contrapuestos, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas a las que la ley les reconozca legitimación. Aunque no fueran actores, podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones (art. 780.I pf. 2.º LEC). Los menores tendrán derecho a ser parte y el Juez deberá oírlos cuando tengan más de 12 años o menos con suficiente madurez antes de dictar sentencia (art. 780.I pf. 3.º LEC y 9 LOPJM).

79 STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581), que aclara la contradictoria jurisprudencia de las Audiencias en este punto.

80 Así, ORDÁS ALONSO, M., “El nuevo sistema de protección de menores...”, cit., p. 40.

presentes de los progenitores en el momento en el que valoran la oposición a la declaración de desamparo, aun así, son reticentes a que el menor vuelva a su núcleo familiar cuando el régimen de acogimiento funciona y entienden que, dadas las circunstancias, los padres no podrían asumir en solitario las funciones de cuidado de sus hijos, por ser contrario al propio interés del menor⁸¹.

La mayoría de las resoluciones se hacen eco en este sentido de la interpretación que ha hecho el TS del interés del menor en su sentencia de 9 de julio de 2015⁸², que, siguiendo la línea de otras anteriores como la STS 31 julio 2009⁸³, considera que “para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”⁸⁴. Jurisprudencia que ha sido recogida en el art. 19 bis 3 LOPJM.

De acuerdo con esta perspectiva interpretativa, la prolongación en el tiempo de los procedimientos de oposición a las medidas administrativas de protección de menores no ayuda a la reintegración familiar y refuerza las situaciones de acogimiento. Además, el TS viene entendiendo que el derecho de los menores a

81 Son, entre otros muchos, los casos de la SAP Sevilla, Secc. 5.ª, 22 diciembre de 2005 (JUR 2006, 176065), donde ambos progenitores presentan minusvalías reconocidas administrativamente de un 33% en el caso de la madre y de un 66% en el caso del padre, junto a otras circunstancias (insuficiencia de medios económicos, inadecuada vivienda familiar); o el de SAP Ourense, Secc. 1.ª, 6 junio 2017 (JUR 2017, 174272), en el que los padres, con problemas mentales, desde un principio se mostraron reacios a suscribir un plan de trabajo para la posible integración del menor en su familia de origen y donde el menor lleva en acogimiento desde que tenía solo unos meses de vida y tiene ahora cinco años, está integrado en el entorno familiar y ha establecido vínculos afectivos con los padres acogedores y su familia extensa.

82 STS 9 julio 2015 (RJ 2015, 2562).

83 STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581).

84 Los hechos del caso de la STS 9 julio 2015 derivan de una declaración de desamparo de una menor, ante los fracasos de todas las intervenciones llevadas a cabo con la familia, la existencia de conflictos entre la pareja, con malos tratos y agresiones, la minusvalía psíquica de ambos progenitores, el nulo nivel de habilidades para el cuidado y atención de los hijos (como lo demostraba el hecho de que los tres hijos de la pareja han estado tutelados por la Entidad Pública), así como la inexistencia de ingresos estables, todo lo cual justificó la estimación de la situación de desamparo cuatro días después del nacimiento de la hija menor. El seguimiento realizado con posterioridad por los Servicios Sociales comprobó la subsistencia de los mismos factores de riesgo.

desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (SSTS, 13 junio 2011, 17 febrero 2012, 17 marzo 2016, 21 diciembre 2016 y 14 febrero 2018, entre otras)⁸⁵.

No obstante, podemos encontrar casos aislados en los que se ha conseguido revocar la declaración de desamparo por reversión de la enfermedad del progenitor. Cabe traer a colación aquí la STS 14 noviembre 2011⁸⁶, en la que la Sala I.^a confirma las sentencias de ambas instancias, dando la razón a una mujer cuyas hijas habían estado en régimen de acogimiento por los problemas mentales que padecía. En concreto, la madre había estado en tratamiento durante varios años en un centro de rehabilitación psicosocial, al ser diagnosticada de trastorno de la inestabilidad emocional de la personalidad de tipo impulsivo. El TS entiende que el interés de las menores se encuentra protegido en el momento en que se constata que la mejoría de la madre le permite asumir los deberes inherentes a la patria potestad y cuenta con ayuda familiar (la abuela de las niñas). Por lo que resulta procedente recuperar la patria potestad suspendida como consecuencia de la declaración de desamparo, sin perjuicio de que la Administración pueda revisar la situación de las menores, que pueden volver a ser atendidas si se demuestra un empeoramiento de la situación psicológica, laboral o social de la madre⁸⁷.

A los efectos de determinar la reversión de la situación de discapacidad del progenitor, este se podrá hacer valer de los medios de prueba que estime oportunos y recabar los informes periciales (realizados por el médico forense, la psicóloga y el equipo psicosocial adscrito a los juzgados) que puedan aclarar su capacidad para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad y las medidas que pueda necesitar para el cuidado y crianza de su hijo (STSJ Aragón, Secc. I.^a, 5 abril 2011)⁸⁸. Solo cabrá revisar en casación el fallo del Tribunal de instancia, cuando los criterios utilizados por el Tribunal “a quo” son contrarios al interés del menor⁸⁹.

85 En este sentido, SSTS 13 junio 2011 (RJ 2011, 4526), 17 febrero 2012 (RJ 2012, 3924), 17 marzo 2016 (RJ 2016, 1132), 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 6271) y 14 febrero 2018 (RJ 2018, 452).

86 STS 14 noviembre 2011 (RJ 2012, 3390).

87 Un caso similar es el recogido en la STS 21 febrero 2011 (RJ 2011, 2362). En el caso de autos no se aprecia que sea contrario al interés del menor la sentencia recurrida que acuerda que el padre (que había sido drogadicto y condenado por diversos hurtos y tenía una minusvalía reconocida del 67% provocada por diversas enfermedades producidas por las drogas) pudiera recuperar la guarda y custodia de su hijo, una vez rehabilitado, sometiendo esa guarda a los controles de la Administración protectora de menores, que debía vigilar el desarrollo de la relación. La madre fue excluida porque sus condiciones personales la hacían inhábil para la educación del menor.

88 STSJ Aragón, Secc. I.^a, 5 abril 2011 (RJ 2011, 4624).

89 Son muchos los autos desestimatorios en este sentido. Entre los que se encuentra el ATS 3 febrero 2016 (JUR 2016, 32014), donde la Sala no aprecia el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia de la AP de Granada, que desestimaba la oposición a la resolución administrativa de declaración de desamparo, porque consideraba que no había prueba suficiente de la rehabilitación total de la mujer de su alcoholismo, que había sido la causa fundamental del desamparo.

3. La privación de la patria potestad como último recurso.

En situaciones de convivencia normal, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores (art. 154 CC)⁹⁰. No obstante, el legislador teniendo en cuenta la protección de los menores, ha previsto la intervención judicial en esta institución protectora. Así, de acuerdo con el art. 170 CC, “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente” de la patria potestad sobre sus hijos “por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”⁹¹.

Como se puede observar, el art. 170 CC no hace referencia expresa a causas concretas que pueden dar lugar a la privación de la patria potestad. Generalmente, las causas por las que se puede producir la privación de la patria potestad pueden tener un origen voluntario (doloso o negligente); o bien estar originadas por situaciones objetivas e invalidantes para el adecuado ejercicio de la responsabilidad parental (art. 154 CC), como enfermedades graves (físicas o psíquicas) y, derivadas de estas últimas, situaciones de alcoholismo y toxicomanías. En cualquier caso, la privación de la patria potestad solo se podrá producir cuando el Juez aprecie un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma y la privación de la patria potestad sea beneficiosa para el menor, pues “la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes

90 Obsérvese aquí que el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, presentado el 21 de septiembre de 2018 (véase en *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre de 2018, vol. V, núm. 3, Documenta, pp. 247 y ss.), siguiendo los dictados de la CDPD, tiene previsto modificar el pf. 5.º del art. 156 CC eliminando la incapacidad como causa que justifique el ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno solo de los progenitores.

91 Tres son, por tanto, las vías que pueden concluir en una sentencia que prive de patria potestad a uno o ambos progenitores. Una de ellas es la dictada “en causa criminal”, las otras dos tienen lugar en un proceso civil. En este último caso, puede tratarse de un procedimiento “ad hoc” (art. 249.2 LEC), cuyo objeto sea precisamente la privación de la patria potestad sobre la base del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC); o bien consecuencia de una sentencia recaída en causa que pone fin al proceso matrimonial (art. 92.3 CC), que autoriza a que la sentencia de nulidad, separación o divorcio pueda acordar la privación de la patria potestad frente al cónyuge incumplidor, con arreglo al procedimiento especial que regulan los arts. 770 a 777 LEC. La aplicación de las normas sobre procesos matrimoniales a las uniones de hecho, permitiría que se privara de la patria potestad a cualquiera de los progenitores cuando se revele causa para ello en el proceso que resuelva su ruptura.

La LEC no ha previsto, sin embargo, el procedimiento que debe seguirse en las demandas expresamente dirigidas a la privación de la patria potestad de alguno de los padres, fuera de los cauces del procedimiento matrimonial. Sobre esta cuestión, la opinión mayoritaria de la doctrina está a favor de considerar aplicable el procedimiento declarativo ordinario ex art. 249.2 LEC, por ser una medida que afecta al estado civil de las personas y, por ello, sin interés económico evaluable. Así, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 230; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 335; SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario al art. 170 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I, (coord. por P. de Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 844; y DIEZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 170 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, T. II (arts. 152 a 360) (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1757.

No obstante, se viene admitiendo por los juzgados y tribunales su tramitación a través del juicio verbal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 748.2º (en tanto se refiere genéricamente a las relaciones paternofiliales) y 753 LEC, pues actualmente este procedimiento ofrece prácticamente las mismas garantías que un juicio ordinario, ya que se ha introducido la contestación a la demanda (como en el verbal especial de divorcios y separaciones).

personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido" (STS 9 noviembre 2015)⁹².

El TS considera que la medida de privación de la patria potestad es de carácter sumamente grave y por esta circunstancia debe ser apreciada por el Juez de forma restrictiva y con cautela, sin poderse fijar criterios generales, sino que deberá de valorarse caso por caso, teniendo en cuenta el interés de los hijos, esto es, la realidad de un perjuicio efectivo para el menor que justifique tan drástica medida (ATS 8 mayo 2019 y las sentencias que en él se citan)⁹³.

Centrándonos en los casos de enfermedad mental de alguno de los progenitores, podemos observar que nuestros tribunales atienden a la gravedad y al carácter invalidante de la enfermedad, a la hora de atender al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, así como fundamentalmente al interés superior del menor, que se manifiesta principalmente en la constatación de conductas y comportamientos de los progenitores que provocan un daño o perjuicio del que debe ser protegido⁹⁴. Un medio de prueba imprescindible en este sentido es el informe de un facultativo que ponga de manifiesto que la afectación mental existe y puede interferir gravemente en las relaciones parentales, de tal manera que afecte a la estabilidad del menor y pueda constituirse en una situación de peligro para su integridad física y mental⁹⁵.

Cuando se prevea que la situación del progenitor afectado por una enfermedad pueda mejorar en un futuro más o menos próximo, porque se le someta a un tratamiento adecuado que le permita asumir sus deberes como tal ante su hijo, los tribunales tienden a no privar de la patria potestad, porque no se alcanza a entender qué sentido tendría esta medida tan drástica ni los beneficios que reportaría al menor⁹⁶.

92 STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157). En este mismo sentido también, véase ATS 18 septiembre de 2001 (La Ley 162699/2001) y STS 13 enero 2017 (RJ 2017, 15).

93 ATS 8 mayo 2019 (JUR 2019, 155101). En este caso el TS no admitió el recurso de casación interpuesto con la sentencia de la AP de Sevilla, que consideró procedente no privar de la patria potestad al padre, a pesar de que el ejercicio exclusivo de la misma había sido otorgado a la madre en sentencia anterior, junto con la custodia. Todo ello sin ignorar "la desvinculación y el desinterés" del padre hacia su hijo, manifestado por la absoluta dejación de sus funciones como padre en lo afectivo y asistencial, que ha podido venir motivada en buena medida por la adicción a las drogas de aquel, aparentemente superada en la actualidad.

94 En esta dirección, BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias", *Revista Española de Drogodependencias*, 2017, núm. 42 (I), p. 84, haciéndose eco de la opinión mayoritaria de la doctrina, afirma que: "Lo determinante es la entidad del perjuicio que un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por los progenitores puede producir en el bienestar del hijo menor de edad, con independencia de cómo se quiera calificar tal comportamiento".

95 PIZARRO MORENO, E.: "Desigualando para igualar: La custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores", en AA.VV.: *Construyendo la Igualdad. La feminización del Derecho Privado Carmona III* (dir. por T. Torres García, coord. por F. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 494.

96 ROMERO COLOMA, A.M.: "Enfermedades mentales de los progenitores", *La Ley* 39873/2008. Véase entre otras sentencias la SAP Albacete, Secc. 1.ª, 28 abril 2005 (JUR 2005, 113503); y SAP Alicante, Secc. 6.ª, 11 septiembre 2013 (JUR 2013, 35051).

En suma, incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternos e interés superior del menor deben de ir de la mano a la hora de adoptar cualquier medida que afecte a la patria potestad, como se deduce del conjunto de la práctica judicial⁹⁷.

En ocasiones, sin embargo, la situación de incumplimiento por parte de los progenitores por causas de enfermedad o dependencias no conlleva la privación de la patria potestad, cuando el menor se encuentra protegido dentro de la familia extensa o no resulta beneficioso para el niño por la vinculación afectiva que mantiene con el progenitor⁹⁸.

Hay que tener en cuenta que el progenitor privado de la patria potestad de sus hijos continúa teniendo el deber de velar por ellos y prestarles alimentos derivados de la filiación (arts. 39.3 CE y 110 CC), por no afectar la privación de la patria potestad a esta última. Este deber de cuidado lleva consigo también un cierto derecho de vigilancia y control, que le permita recabar información sobre la educación y desarrollo del menor. Por su parte, el art. 160 CC establece que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus padres, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el art. 161 CC. Por lo que el padre privado de la patria potestad tendrá derecho a relacionarse con sus hijos, que deberá ser ponderado y concretado por el Juez en atención a las circunstancias del caso y sobre todo al interés superior del menor. Cumplen aquí un papel importante los puntos de encuentro familiar para dar cumplimiento al régimen de relación.

La privación de la patria potestad es una situación que se puede revertir por parte de los tribunales “cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación” (art. 170.2 CC). Para recuperar la patria potestad se requerirá sentencia judicial, pudiéndose canalizar su solicitud y decisión perfectamente a través de un procedimiento de modificación de medidas (art. 775 LEC). Cuando estamos

⁹⁷ Véase en este sentido, SSTS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1130), 23 mayo 2005 (RJ 2005, 4139), 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844), 13 enero 2017 (RJ 2017, 15), 1 octubre 2019 (RJ 2019, 3690), con carácter general. En particular, en la materia que nos ocupa, entre otras, la SAP Murcia, Secc. 1ª, 5 febrero 2003 (JUR 2003, 196273) donde el padre, aparte de su adicción a la droga, presenta un trastorno disocial de la personalidad según los informes clínicos aportados de los que se deriva situación de peligrosidad en el entorno familiar; la SAP Madrid, Secc. 22ª, 2 julio 2004 (AC 2004, 2211), donde se priva de la patria potestad a la madre aquejada de toxicomanías y afectada por una profunda depresión, con periodos de rehabilitación y recaídas, lo que le imposibilita para tener en su compañía a su hija; y la SAP Málaga, Secc. 6ª, 7 abril 2014 (AC 2014, 1851), relativa a adicciones al alcohol y múltiples drogas, trastornos mentales y comportamientos que le incapacitan como padre para el cumplimiento de los deberes que integran la patria potestad.

⁹⁸ Es el caso de la SAP Lleida, 2 junio 2000 (AC 2000, 5123), donde el Tribunal considera que no concurre situación de peligro para el menor al estar acogido por los abuelos y haber iniciado la madre un tratamiento de desintoxicación. Y de la SAP Barcelona, Secc. 12ª, 23 febrero 2006 (JUR 2006, 111218), donde la madre padece un trastorno límite de la personalidad agravado por el consumo de cocaína. El hecho de que esta estuviera siguiendo un tratamiento con éxito y que, según consta en el informe del gabinete psicosocial, existiera un fuerte vínculo afectivo madre-hija, sin que se acreditara ninguna agresión u otro acto voluntario perjudicial para la menor, fueron determinantes para no privar a la madre de la patria potestad de su hija.

ante una inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, lo que sucede cuando la medida ha sido adoptada en el proceso penal y condicionada a la duración de la pena impuesta, entonces la recuperación tiene un carácter automático cuando ésta se cumple.

Desde un punto de vista de la práctica judicial, la mayoría de las veces la privación de la patria potestad se torna en definitiva por la dificultad de la concurrencia de las causas de su recuperación, pues no solo tiene que haber cesado la circunstancia que la motivó (drogodependencia, alcoholismo, enfermedad mental...), sino también ser adecuada la reintegración de la patria potestad al interés del menor, lo que resulta complicado cuando se ha integrado en otra familia en régimen de acogimiento y su situación no aconseja un cambio, como hemos visto en líneas anteriores.

Muestra de ello es el caso de la STS 23 mayo 2005⁹⁹, donde se decidió mantener la situación en la que se encontraba el menor, bajo tutela de la Administración y en régimen pre-adoptivo, privando de la patria potestad a los padres por el “imposible cumplimiento de las obligaciones parentales”. La madre de la menor padecía trastorno esquizofrénico que había evolucionado de forma negativa, según el informe psiquiátrico, y el padre había delegado el cuidado de la niña a la Administración, “mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar”¹⁰⁰.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En la materia que nos ocupa, cada caso es diferente. Como afirma el TSJ de Cataluña (Auto 2 octubre 2017)¹⁰¹ no se puede establecer “una doctrina general sobre cómo puede afectar la discapacidad de uno de los progenitores en el régimen de guarda y custodia o en el régimen de relaciones personales con los hijos menores ya que ello, como es lógico, dependerá de la concreta discapacidad y de su incidencia en el cuidado de los mismos”. Los informes psicosociales les facilitarán a los jueces y tribunales una visión global de la persona y su entorno, en orden a valorar la aptitud de los progenitores para cumplir sus responsabilidades parentales y las posibles ayudas que puedan precisar para ello, coadyuvando de esta forma en la toma de sus decisiones, que operarán siempre basándose en el interés superior de los hijos, dando así cumplimiento a lo dispuesto en la CDPD (art. 23.2).

⁹⁹ STS 23 mayo 2005 (RJ 2005, 4139).

¹⁰⁰ Con todo, podemos encontrarnos casos donde la mejoría de la situación de los progenitores ha llevado a la reintegración de la patria potestad. Véase a modo de ejemplo SSAP Girona, Secc. 2ª, 27 enero 1999 (AC 1999/43), AP Granada, Secc. 4ª, 29 abril 2002 (JUR 2002/I68327), y AP Tarragona, Secc. 1ª, 6 junio 2014 (JUR 2014/220472).

¹⁰¹ ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, 2 octubre 2017 (RJ 2017, 5511).

En cuanto a la declaración de desamparo, solo cabría cuando se produce una situación de hecho, donde el menor carece de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad y cualquier otra opción ha sido descartada, incluida la posibilidad de apoyo institucional y/o familiar, pues el menor debe crecer en el seno de su familia y en particular con sus padres. La declaración de desamparo y la constitución de un acogimiento son medidas que deben adoptarse siempre con la máxima cautela y de manera subsidiaria, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de las relaciones paterno-filiales, pues la práctica muestra que la declaración de desamparo se suele convertir en definitiva y frustrar el retorno del menor con su familia biológica, cuando se prolonga en el tiempo como consecuencia de la dilación del procedimiento judicial y la creencia de que el interés del menor se encuentra mejor protegido allí donde este último ha hallado la estabilidad.

De ahí que en el caso de padres y madres con discapacidad se imponga en muchas ocasiones la necesidad de otras medidas dirigidas a proporcionarles ayuda y asistencia para que puedan asumir sus responsabilidades parentales, de tal manera que su discapacidad no se convierta en la verdadera causa del desamparo de sus hijos, haciendo de esta forma efectivo lo que dispone el art. 23.4 de la Convención de Nueva York. Cobra aquí importancia la actuación de los servicios sociales y los equipos de profesionales que puedan detectar los problemas que se presentan y apoyar a los padres cuando la situación lo permita.

Por lo tanto, a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor será necesario comprobar las singularidades de cada caso, el tipo y gravedad de la discapacidad padecida por los progenitores y valorar como criterio prioritario el interés del menor (art. 2 LOPJM), sin que ello lleve al tribunal o a las autoridades competentes a dejar a un lado las opiniones e intereses de los padres biológicos, que tendrán derecho a una evaluación independiente sobre su capacidad y aptitud para cuidar a su hijo y deberán de gozar de todos los medios de defensa necesarios para que puedan interponer a su debido tiempo los recursos legalmente disponibles a su alcance, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M.: *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex, Sevilla, 2016.

ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n.º I (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, núm. 52, pp. 201-222.

ÁLVAREZ LATA, N. / SEOANE, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 11-66.

ARGELICH COMELLES, C.: "Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo", *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. IV, núm. 4, pp. 123-180.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 180-197.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias", *Revista Española de Drogodependencias*, 2017, núm. 42 (1), pp. 65-92.

BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2010.

CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, núm. 7, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.

DE ROMÁN PÉREZ, R.: "La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las Leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *RGLJ*, 2018, núm. 3, pp. 327-363.

DÍEZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 170 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, T. II (arts. 152 a 360) (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1748-1767.

FUNDACIÓN CERMI MUJERES: *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2017*, Cinca, Madrid, 2018.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *InDret* 3/2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LÓPEZ GONZÁLEZ, M.: *Mujeres con discapacidad. Mitos y realidades en las relaciones de pareja y en la maternidad*, Narcea, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "El sistema de protección de menores en España", en AA.VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 379 y ss.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. Mayor del Hoyo), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 149-168.

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. 9/2016 (BIB 2016/80298).

PÉREZ MARTÍN, A.J.: "La prueba en los procedimientos de familia: Una visión práctica", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 76/2017 (BIB 2017/13048).

PIZARRO MORENO, E.: "Desigualando para igualar: La custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores", en AA.VV.: *Construyendo la Igualdad. La feminización del Derecho Privado Carmona III* (dir. por T. Torres García, coord. por F. Infante Ruíz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 493-507.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

ROMERO COLOMA, A.M.: "Enfermedades mentales de los progenitores", *La Ley* 39873/2008.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "El ejercicio de las acciones de separación y divorcio por los representantes legales en nombre de los incapacitados", en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, coord. por J. García Medina), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 191-238.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: "Comentario al art. 170 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I, P. (coord. por P. de Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 839-845.

VIÑAS MAESTRE, D.: "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* 3/2012.



ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA DEL MENOR A UN TERCERO DISTINTO DE LOS PROGENITORES*

ASSIGNMENT OF CHILD CUSTODY TO A THIRD PARTY OTHER THAN PARENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 176-193

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016- 75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP. Sofía De Salas Murillo/Mª Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Este trabajo pretende dar respuesta a los diferentes interrogantes que plantea la posibilidad que prevé el Código Civil de que la guarda de un menor pueda ser atribuida a un tercero distinto de sus progenitores dentro del proceso de ruptura matrimonial. Entre dichos interrogantes se encuentran la naturaleza jurídica de este tipo de guarda, los sujetos legitimados para acordarla, el supuesto de hecho que debe concurrir para que proceda su establecimiento, los momentos en los que puede adoptarse, su duración, los sujetos en los que puede recaer y su contenido concreto.

PALABRAS CLAVE: Guarda; menores; ruptura matrimonial; abuelos; parientes.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to answer the various questions raised by the possibility provided for in the Civil Code that the guardianship of a minor may be attributed to a third party other than his or her parents within the process of marital breakdown. Among these questions are the legal nature of this type of guardianship, the subjects legitimized to establish it, the factual situation that must concur for its establishment to proceed, the moments in which it can be adopted, its duration, the subjects in which it can fall and its specific content.*

KEY WORDS: *Guardianship; minors; marital breakdown; grandparents; relatives.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NATURALEZA JURÍDICA.- III. LEGITIMACIÓN.- IV. SUPUESTO DE HECHO.- V. MOMENTO DE LA ADOPCIÓN Y DURACIÓN.- VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.- VII. CONTENIDO.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando un matrimonio se rompe, lo habitual es que la guarda del menor sea atribuida en favor de sus progenitores —uno o ambos—. No obstante, existen supuestos en los que, en el curso de un proceso de ruptura matrimonial, el juez decide que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia. Esta posibilidad está legalmente prevista en el art. 103.I de nuestro Código Civil —tras la redacción que le fue dada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos—. Dicho precepto admite que, en supuestos excepcionales, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren o, de no haberlos, a una institución idónea.

Pero esta posibilidad plantea varios interrogantes, a los que voy a tratar de dar respuesta en este trabajo. En primer lugar, cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de guarda. También conviene detenerse en los sujetos legitimados para acordarla, así como en el supuesto de hecho que debe concurrir para que proceda su establecimiento. Así mismo, me referiré a los momentos en los que puede adoptarse y a su duración, para terminar, haciendo referencia a los elementos subjetivos y a su contenido concreto.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

Nótese, que he utilizado únicamente la palabra “guarda” para referirme a esta medida, en lugar de la expresión “guarda y custodia”. La razón es que, a mi juicio sólo cabe hablar de guarda y custodia cuando ésta se ejerce por uno o ambos

• Javier Martínez Calvo

Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Jorge. Acreditado Profesor Ayudante Doctor. Correo electrónico: jjaviermartinezcalvo@gmail.com.

padres del menor¹. Y es que, en los supuestos en los que dicha guarda se ejerce por un tercero, cabe entender que, si bien existe una figura genérica de guarda, no puede englobarse dentro de la guarda y custodia, pues ésta presenta unos caracteres propios que a mi modo de ver la hacen merecedora de ser configurada como una categoría específica.

Además, si partimos de considerar la guarda y custodia como un elemento integrante de la patria potestad —como mantiene la doctrina mayoritaria²—, sería incongruente utilizar dicha expresión para referirse a los supuestos en los que la guarda del menor se atribuye a un tercero que no ostenta la titularidad y ejercicio de la patria potestad —y que, además, en ocasiones, resulta incompatible con ella—. Esta tesis que distingue la guarda y custodia —que es exclusivamente la que ejercen los padres— del resto de situaciones de guarda, queda corroborada además por nuestro Código Civil, que otorga a la guarda y custodia de los hijos un régimen jurídico específico —arts. 90 y ss. CC—, diferenciado del resto de figuras de guarda de menores.

Una vez descartada la posibilidad de calificar esta figura como guarda y custodia, hay quien ha considerado que podríamos encontrarnos ante un acogimiento —art.

- 1 Esta postura es compartida por RAGEL SÁNCHEZ, que señala que "(...) la expresión conjunta "guarda y custodia" queda circunscrita exclusivamente a la que ejercen a la que ejercen uno o ambos progenitores. Por el contrario, se habla simplemente de "guarda" cuando la ejerce un tercero, ya sea un tutor, un guardador de hecho o una entidad pública. Esa diferencia semántica explica que la guarda ejercida por los padres sea más reforzada, más cuidadosa y diligente que la llevada a cabo por terceros" —vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, p. 289—. No obstante también encontramos opiniones en sentido contrario —vid. JIMÉNEZ LINARES, M.J.: "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por R. HERRERA CAMPOS), vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 880; CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 82-83; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 51 y 231; SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (coord. por J.J. TAPIA PARREÑO), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 138-139; BARCIA LEHMANN, R.: "Custodia compartida de los hijos", *Revista Ius et Praxis*, 2012, núm. 2, p. 443; y ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 73—.
- 2 Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "La guarda y custodia", cit., p. 284; ROGEL VIDE, C.: "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, núm. 1, p. 77; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, cit. p. 261; ROMERO NAVARRO, F.: "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, 2009, núm. 2, p. 18; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTÓ NOVALES), Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 56, Dykinson, Madrid, 2012, p. 81; ESCALONA LARA, J.M.: "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 1, p. 4; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: "Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (coord. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA y J. SOLÉ RESINA), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 63; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2015, núm. 4, p. 586 y "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, p. 2.

173 CC— o incluso ante una guarda de hecho —arts. 303 y ss. CC—³. Considero que la segunda opción debe quedar descartada, ya que la guarda de hecho se caracteriza precisamente por ser una figura surgida al margen de la ley y en la que no existe atribución judicial; mientras que en el supuesto que nos ocupa sí hay atribución judicial. En cuanto a la posible existencia de un acogimiento, tampoco estimo que nos encontremos ante esta figura, ya que no encaja en el supuesto de hecho del régimen jurídico del acogimiento —art. 172 ter CC—, que se trata de una medida configurada para el ejercicio de la función de guarda asumida por la administración, cuando se constituya una tutela administrativa —art. 172 CC— o una guarda administrativa —art. 172 bis CC—. Más bien, parece tratarse de un tipo de guarda *sui generis* con caracteres propios, que considero que cabría calificar como “simple guarda”⁴.

III. LEGITIMACIÓN.

Desde mi punto de vista, esta medida únicamente puede ser adoptada por la autoridad judicial. Aunque hay quien ha defendido que una interpretación conjunta de los arts. 90 y 103.I CC admitiría que fuera acordada por los propios progenitores en el convenio regulador⁵, considero que dicha postura debe rechazarse por dos motivos: el primero es que la posibilidad de encomendar la guarda a un tercero sólo ha sido prevista en sede de medidas judiciales; y el segundo es que el carácter irrenunciable de la patria potestad impide que los progenitores puedan renunciar voluntariamente al ejercicio de algunas de las funciones que integran esta figura. Y es que, en caso de que los padres no puedan asumir los cuidados del menor, lo que deberán hacer es promover la constitución de la guarda administrativa —art. 172.2 CC—, no cabiendo la posibilidad de que por sí mismos acuerden delegar en un tercero el ejercicio de la guarda⁶.

3 Vid. MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 30; y HERNANDO RAMOS, S.: “La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida”, *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 6.

4 Hay quien prefiere utilizar otras expresiones, como por ejemplo “sistema de guarda y custodia acogida” —vid. HERNANDO RAMOS, S.: “La intervención del Ministerio Fiscal”, cit., p. 6— o “guarda familiar” —vid. CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 90—.

5 Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores*, cit., pp. 79-80; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, p. 3296.

6 Tras la reforma operada a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, incluso resulta difícil defender la posibilidad de acogimiento familiar convencional, pactado entre los padres y los acogedores con el consentimiento de la entidad pública, que podía amparar anteriormente la LOPJM —vid. MAYOR DEL HOYO, M.V.: “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. MAYOR DEL HOYO), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 228—.

IV. SUPUESTO DE HECHO.

En cualquier caso, la atribución de la guarda a un tercero distinto de los padres tiene un carácter absolutamente excepcional⁷, y a mi juicio es así como debe ser, pues hay que partir de que son los propios progenitores los que están en mejor posición para asumir la guarda y custodia de sus hijos⁸. La postura que mantengo es consecuente además con la previsión del art. 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, que emplaza a los Estados Partes a velar porque los niños no sean separados de sus padres salvo supuestos muy excepcionales⁹.

Respecto al supuesto de hecho concreto que habilita al juez para tomar esta decisión, no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una especificación del mismo, algo que creo que sería conveniente de *lege ferenda*¹⁰.

A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha decretado esta medida ante la falta de idoneidad de ambos progenitores para asumir los cuidados del menor¹¹, o ante la imposibilidad de hecho para ocuparse de sus hijos —por ejemplo, cuando se encuentran en prisión—¹². Además, considero que también el incumplimiento o deficiente cumplimiento de los deberes de cuidado y protección sobre los hijos por parte de ambos progenitores puede justificar la adopción de esta medida¹³, eso sí, siempre que no dé lugar a una desasistencia moral o material del menor, porque entonces procedería la declaración de desamparo por la entidad pública — art. 172.1.2 CC—.

7 Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 184; DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia: Reglas generales y excepciones”, *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, p. 19; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 119; TEJEDOR HUERTA, A.: “El Interés de los Menores en los Procesos Contenciosos de Separación o Divorcio”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2012, vol. 22, p. 69; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, *Actualidad civil*, 2014, núm 3, p. 294.

8 De hecho, si atendemos a los últimos datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2017, podemos observar que la guarda se atribuye a una persona distinta de los progenitores sólo en un 0,4% de los casos —fuente: http://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf, fecha última consulta: 15/09/2019—.

9 El art. 9 de la CDN señala que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño(...)”.

10 Vid. en este mismo sentido: LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: “Custodia de menores: conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992”, *Poder Judicial*, 1993, núm. 30, p. 148.

11 Vid. SAP Toledo 9 enero 2003 (JUR 2003, 121341), SAP A Coruña 16 febrero 2007 (JUR 2007, 138536) y SAP Asturias 17 septiembre 2007 (JUR 2008, 50750).

12 Vid. SAP Albacete 13 noviembre 2009 (JUR 2010, 26981).

13 Vid. en este mismo sentido: CLEMENTE MEORO, M.E.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTES PENADÉS y E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 142.

En cualquier caso, como pone de manifiesto CALLEJO RODRÍGUEZ¹⁴, para adoptar una medida tan excepcional como es la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus progenitores será necesario que concurran motivos de trascendencia, postura que ha compartido también la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia de 14 de marzo de 2007¹⁵, en la que deniega la petición de que la guarda sea encomendada a la abuela paterna por no existir causa grave que lo justifique. Ahora bien, aun cuando se requiere que la causa que de amparo a la adopción de esta medida revista cierta entidad, como no conlleva la privación de la patria potestad, parece que no cabe exigir la concurrencia de los presupuestos del art. 170 CC.

V. MOMENTO DE LA ADOPCIÓN Y DURACIÓN.

La posibilidad de encomendar la guarda de un menor a un tercero distinto de los progenitores se recoge únicamente en sede de medidas provisionales¹⁶, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no podrá adoptarse como medida definitiva en la sentencia de nulidad, separación o divorcio¹⁷. Quienes defienden esta postura se basan principalmente en que si el legislador hubiera querido contemplar esta posibilidad en sede de medidas definitivas lo hubiera hecho expresamente, por lo que al no hacerlo estaría excluyendo tácitamente dicha posibilidad.

No obstante, considero más acertada la opinión que sigue el sector mayoritario de nuestra jurisprudencia¹⁸ y doctrina mayoritaria¹⁹, que defiende que es admisible aplicar la guarda del art. 103.I como medida definitiva, quedando justificada esta posibilidad bien por la aplicación analógica del propio art. 103.I CC, o bien haciendo uso de la facultad que el art. 158 CC concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor.

14 Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La atribución de la guarda y custodia", cit., p. 294.

15 Vid. SAP Lugo 14 marzo 2007 (JUR 2007, 253572).

16 El hecho de que esta posibilidad no haya sido expresamente prevista también como medida definitiva ha sido criticado por parte de la doctrina —vid. a modo de ejemplo: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2005, p. 16—.

17 Vid. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia", cit., p. 77; y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 91.

18 Vid. SAP Zaragoza 9 febrero 1998 (AC 1998, 3232) y SAP Madrid 14 mayo 2002 (JUR 2002, 198890) —entre otras—.

19 Vid. ROCA TRÍAS, E.: "art. 92", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERECH), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 390-391; CLEMENTE MEORO, M.: "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", cit., p. 143; RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "La guarda y custodia", cit., p. 288; COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, cit., pp. 177-178; TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, pp. 677-678; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 233; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La atribución de la guarda y custodia", cit., p. 297.

En cualquier caso, sería conveniente de *lege ferenda* que nuestro Código extendiera la previsión del art. 103.I CC a la regulación de las medidas definitivas, como ocurre en el caso del Código Civil de Cataluña —única ley autonómica que ha introducido esta posibilidad²⁰—, que además de preverla con carácter provisional²¹, la recoge también expresamente en sede de medidas definitivas²². Así se evitaría cualquier tipo de confusión al respecto.

Esta cuestión tampoco hubiera quedado subsanada con la reforma que se pretendió proyectar en 2013 con ocasión del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que, una vez más, recogía esta posibilidad únicamente en sede de medidas provisionales —art. 1.12—.

Pese a ello, sí encontrábamos en el citado Anteproyecto un supuesto excepcional en el que la posibilidad de atribuir la guarda a un tercero se regulaba fuera de las medidas provisionales. En concreto, estaba previsto que se recogiera en el nuevo art. 92 bis.6 que el art. 1.4 del Anteproyecto pretendía adicionar al Código Civil. En el citado precepto se recogía el supuesto, no contemplado hasta el momento en nuestro Código, de que ambos progenitores estuvieran incurso en alguna de las causas que excluyen la atribución de la guarda y custodia²³. La solución que se adoptaría en estos supuestos sería la atribución de la guarda de los menores a los progenitores, si el juez lo estimaba conveniente, o en su defecto a un tercero distinto de éstos, que podría ser bien un pariente o allegado del menor o bien, en su defecto, la entidad pública que tuviera asignada la función de protección de los menores en el territorio concreto. Esta última regla ha sido prevista también por el art. 11.5 de Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Con independencia de si se adopta como medida provisional o definitiva, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres debe tener carácter temporal²⁴, como también ha defendido buena parte de nuestra

20 En realidad, hay que matizar dicha afirmación, ya que la Ley del País Vasco 7/2015 también ha introducido un supuesto excepcional en el que la guarda puede atribuirse a un tercero distinto de los progenitores, en concreto en aquellos casos en los que ambos progenitores hayan sido condenados penalmente por la comisión de actos relacionados con la violencia doméstica o de género —art. 11.5 Ley del País Vasco 7/2015—.

21 Vid. art. 233-1.1 a) CCCat.

22 Vid. art. 233-10.4 CCCat.

23 En concreto, se recogía esta posibilidad para aquellos supuestos en los que concurriera alguna de las causas previstas en el nuevo art. 92 bis.5, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.4 del Anteproyecto, y que en síntesis eran las siguientes: cuando ambos progenitores hubieran sido condenados penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género o por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos; o bien cuando ambos estén incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica o de género.

24 Vid. STS 29 marzo 2001 (RJ 2001, 9852).

doctrina²⁵. Hay algún autor que, para sostener esta postura, ha llegado a plantear incluso que, si se denegara con carácter definitivo la guarda y custodia de los hijos a unos padres, en realidad se les estaría privando tácitamente de la patria potestad²⁶. Personalmente discrepo en parte de esta última opinión, pues aun cuando obviamente comparto que esta medida debe tener carácter temporal, el argumento dado me parece discutible, ya que supone equiparar patria potestad y guarda y custodia, que son figuras diferentes y claramente delimitadas la una de la otra, y en todo caso, aun cuando esta medida tienda a permanecer en el tiempo en mayor o menor medida, los progenitores mantendrán tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad — pese a que, como veremos, en la práctica queda vacía de contenido—.

En cualquier caso, estimo que sería conveniente de *lege ferenda* que la ley previera expresamente dicho carácter temporal y condicionara el mantenimiento de esta medida a la subsistencia del hecho que generó su adopción. Para ello sería interesante que, tras el trascurso de un tiempo prudencial, se revisaran de oficio las circunstancias concurrentes en orden a determinar si todavía subsiste la causa que llevó al juez a adoptar esta medida y, en caso contrario, dejarla sin efecto y reintegrar al menor bajo el cuidado de sus padres —atribuyendo su guarda y custodia a uno o a ambos progenitores, según proceda—.

VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

En cuanto a los sujetos a los que podrá otorgarse la guarda del menor, el Código Civil se refiere en su art. 103.I a “(...) los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea”²⁷. La primera duda que se plantea es si la expresión “institución idónea” se refiere exclusivamente a una entidad pública o si, por el contrario, incluye también otro tipo de instituciones. Desde mi punto de vista, no habría problema en que el juez atribuyera la guarda

25 Vid. FERRER RIBA, J.: “Sentencia de 29 de marzo de 2001: Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2002, núm. 58, p. 85; ANGOSTO SÁEZ, J.F.: “Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, p. 911; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos*, cit., p. 559; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 298; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor”, cit., p. 3298.

26 Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: “Custodia de menores”, cit., p. 155

27 Muy semejante es la norma catalana, que al igual que el Código Civil se refiere en sus arts. 233-I y 233-10.4 a “(...) los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea” Por su parte, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia mencionaba también a los hermanos como posibles receptores de la guarda de los menores, disponiendo en su art. 1.12 —que pretendía dar nueva redacción al art. 103.I CC— que “(...) los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea (...)”. En realidad, los hermanos quedan abarcados también por la normativa actual bajo el genérico término “parientes”, por lo que en la práctica el cambio no hubiera sido muy significativo.

a una institución de carácter privado —ej. a una fundación— si considera que es idónea para ello, pues éste es el único requisito que exige el mencionado precepto. En cualquier caso, en los supuestos en los que la guarda se atribuya a una entidad pública, cabe entender que nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa²⁸, por lo que a mi juicio habría que reconducir el supuesto a las previsiones recogidas en nuestro Código para la referida figura. Esta postura queda ratificada por lo dispuesto en el art. 172 bis.2 CC, que faculta al juez para acordar la guarda administrativa en los casos en los que “(...) legalmente proceda” —y éste es precisamente uno de los supuestos en los que nuestro Código habilita al juez para adoptar esta medida de protección—²⁹.

Por otro lado, el art. 103.I CC no recoge expresamente un orden de prelación entre los abuelos, el resto de parientes u otras personas que lo consintieren —aunque sí prioriza a todos éstos respecto a una institución idónea—. No obstante, en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos —que dio al art. 103.I CC su actual redacción—, se señala expresamente que “(...) el art. 103 del Código Civil, coherentemente con la modificación del art. 90, prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones”³⁰. Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar que existe un carácter preferente de los abuelos respecto al resto de parientes y allegados³¹. Sin embargo, otro sector de la doctrina³² y de la jurisprudencia³³ entiende que la guarda del menor debe atribuirse a aquel pariente del menor que el juez considere más idóneo para desempeñar esta función, o incluso a quién no tenga ningún vínculo de parentesco con el menor y simplemente tenga con él un vínculo afectivo, si estima que es más idóneo³⁴. A mi modo de ver, esta última interpretación resulta más acertada,

28 Vid. en este sentido: BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor”, cit., p. 3288 y Violencia de género y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 12, p. 1: “En caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar éstos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa(...)”.

29 Sobre la guarda administrativa, vid. ampliamente: MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

30 Aunque el legislador utiliza erróneamente el término tutela en lugar de del de guarda, hay que entender que se está refiriendo a la segunda.

31 Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, cit., pp. 194-195; y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: “La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia”, cit., p. 90.

32 Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 297.

33 Vid. a modo de ejemplo, la SAP Madrid 14 mayo 2002 (JUR 2002, 198890), la SAP Barcelona 17 marzo 2006 (JUR 2006, 231653) y las SAP Zaragoza 30 marzo 2006 (JUR 2006, 140426) y 22 julio 2008 (JUR 2009, 43141), que atribuyeron la guarda del menor a su tía; y la SAP Barcelona 10 mayo 2005 (JUR 2005, 170296), que se la asignó a la hermana del menor.

34 Vid. a modo de ejemplo, la SAP Murcia 21 marzo 2000 (JUR 2000, 200502), que atribuyó la guarda del menor a sus padrinos; y la STS 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824), que se la atribuyó al esposo que había impugnado su paternidad y había quedado determinada a favor de un tercero.

puesto que el interés superior del menor —que es el criterio rector al que debe atenderse en cualquier decisión en la que se vea envuelto un menor— se verá satisfecho en mayor medida con la atribución de la guarda a la persona que resulte más idónea para ejercerla. Ahora bien, en caso de que existan varias personas igualmente idóneas, creo que sí cabría dar preferencia a los abuelos —tal y como parece extraerse de la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003—.

VII. CONTENIDO.

Como vengo señalando, la atribución de la guarda de un menor a una persona distinta de los progenitores no conlleva que estos últimos se vean privados de la patria potestad, por lo que la regla general será que mantendrán la titularidad y ejercicio de la citada figura —como también han venido manteniendo nuestra jurisprudencia³⁵ y doctrina³⁶—. Y es que, si los incumplimientos de las obligaciones relativas al cuidado de los hijos menores revistieran tal entidad como para que se decidiera privarles de la patria potestad, saldríamos de los arts. 103.I y 158 CC y habría que reconducir el supuesto al art. 170 CC —y, por ende, habría que constituir la tutela—.

Aunque hay quién ha considerado que sería conveniente otorgar el ejercicio de la patria potestad al tercero al que se le atribuya la guarda del menor³⁷, a mi juicio esta posibilidad debe descartarse, ya que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sólo puede corresponder a los progenitores —arts. 154 y 156 CC —³⁸.

35 Vid. STS 5 octubre 1987 (RJ 1987, 6716), STS 11 octubre 1991 (RJ 1991, 7447), STS 12 febrero 1992 (RJ 1992, 1271) y STS 29 marzo 2001 (RJ 2001, 9852): “(...) el juez puede atribuir la guarda de un menor que se halle bajo la potestad de sus padres a otra persona, sin privar a aquéllos de dicha potestad y, por consiguiente, sin necesidad de que quede acreditado que se ha producido un incumplimiento de los deberes parentales que tenga entidad suficiente para tal privación (siquiera parcial)”. Vid. también: SAP Toledo 9 enero 2003 (JUR 2003, 121341), SAP Asturias 17 septiembre 2007 (JUR 2008, 50750), SAP Guipúzcoa 14 diciembre 2007 (JUR 2008, 117647) y SAP Barcelona 27 julio 2007 (JUR 2007, 331268).

36 Vid. DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004, p. 197; VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja”, en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por M.C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 331; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos*, cit., pp. 96 y 554; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La atribución de la guarda y custodia”, cit., p. 295; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor”, cit., p. 3288.

37 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida”, cit., p. 678.

38 Este argumento no sirve para el caso del Derecho aragonés, pues la autoridad familiar puede extenderse a otras personas distintas de los progenitores. En concreto, pueden ser titulares de la autoridad familiar el padrastro y la madrastra, cuando conviva junto al único titular de la autoridad familiar y tras el fallecimiento de éste —art. 85 CDFA—; los abuelos, cuando hubieran fallecido los padres o cuando éstos no atiendan convenientemente a sus hijos menores —art. 86 CDFA—; y los hermanos mayores de edad, en los mismos supuestos que el caso anterior, a falta de abuelos —art. 87 CDFA—. No obstante, en la práctica la situación no difiere mucho del Derecho común, pues el contenido la autoridad familiar aragonesa es estrictamente personal —art. 65 CDFA—, por lo que sólo incluye los deberes de crianza, y no la representación y administración de los bienes.

Ahora bien, los terceros guardadores sí asumirán funciones tutelares, tal y como prevé el art. 103.I CC³⁹—. Por tanto, aunque los padres mantengan la titularidad y ejercicio de la patria potestad, ésta quedará vacía de contenido durante la vigencia de la guarda por parte de un tercero.

VIII. CONCLUSIONES.

El art. 103.I CC admite que el juez decida atribuir la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores en el seno del proceso de ruptura matrimonial.

Dicha modalidad de guarda no puede englobarse dentro de la figura de la guarda y custodia, ya que ésta forma parte del contenido de la patria potestad, que, por hipótesis, únicamente puede corresponder a los padres. Aunque en ocasiones se ha considerado que podría encuadrarse en la figura del acogimiento o en el de la guarda de hecho, en realidad parece que nos encontramos ante un tipo de guarda sui generis con caracteres propios.

Todo apunta a que esta medida únicamente puede ser adoptada por la autoridad judicial, ya que sólo ha sido prevista en sede de medidas judiciales, y, además, el carácter irrenunciable de la patria potestad impide que los progenitores puedan renunciar voluntariamente al ejercicio de algunas de las funciones que integran esta figura.

La atribución de la guarda a un tercero distinto de los padres tiene un carácter excepcional, por lo que su adopción requiere que concurran motivos de trascendencia, como la falta de idoneidad de ambos progenitores para asumir los cuidados del menor o la imposibilidad de hecho para hacerlo.

Esta medida está prevista únicamente en sede de medidas provisionales, pero cabe entender que también puede adoptarse como medida definitiva, bien por la aplicación analógica del propio art. 103.I CC, o bien haciendo uso de la facultad que el art. 158 CC concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor.

En cualquier caso, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres debe tener carácter temporal, por lo que resultaría conveniente de *lege ferenda* que, tras el transcurso de un tiempo prudencial, se revisaran de oficio las circunstancias concurrentes en orden a determinar si todavía subsiste la causa que llevó al juez a adoptar esta medida y, en caso contrario, dejarla sin efecto y reintegrar al menor bajo el cuidado de sus padres.

39 La posibilidad de atribuir funciones tutelares a los terceros guardadores también ha sido admitida por el Derecho catalán —art. 233-10.4 CCCat.—.

Los sujetos a los que podrá otorgarse la guarda del menor son: los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, una institución idónea, que cabe entender que podrá tener carácter público (en cuyo caso nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa) o privado. Respecto al orden de prelación, la guarda debe atribuirse a aquel pariente o allegado del menor que el juez considere más idóneo para desempeñar esta función, pero, en caso de que existan varias personas igualmente idóneas, cabe interpretar que gozarán de preferencia los abuelos.

En estos supuestos, los terceros guardadores asumen funciones tutelares. Por tanto, aunque los progenitores mantienen tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, en la práctica queda vacía de contenido.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 71-79.

BARCIA LEHMANN, R.: "Custodia compartida de los hijos", *Revista Ius et Praxis*, 2012, núm. 2, pp. 441-474

ANGOSTO SÁEZ, J.F.: "Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, pp. 901-914.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, pp. 3284-3314.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2015, núm. 4, pp. 583-629.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, pp. 1-39.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Violencia de género y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm 12, pp. 1-20.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, 2014, núm 3, pp. 290-302.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.

CLEMENTE MEORO, M.E.: "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 137-177.

COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

DIEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018.

DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, pp. 16-35.

ESCALONA LARA, J.M.: "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 1, pp. 59-65.

FERRER RIBA, J.: "Sentencia de 29 de marzo de 2001: Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2002, núm. 58, pp. 71-90.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: "Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (coord. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA y J. SOLÉ RESINA), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 23-90.

HERNANDO RAMOS, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-21.

JIMÉNEZ LINARES, M.J.: "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por R. HERRERA CAMPOS), vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, pp. 869-897.

LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: "Custodia de menores: conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992", *Poder Judicial*, 1993, núm. 30, pp. 145-158.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. MAYOR DEL HOYO), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 219-248.

MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 87-93.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, pp. 281-330.

ROCA TRÍAS, E.: "art. 92", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERECH), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 389-391.

ROGEL VIDE, C.: "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, núm. 1, pp. 73-93.

ROMERO NAVARRO, F.: "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, 2009, núm. 2, pp. 11-28.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (coord. por J.J. TAPIA PARREÑO), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 117-173.

TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, pp. 667-712.

TEJEDOR HUERTA, A.: "El Interés de los Menores en los Procesos Contenciosos de Separación o Divorcio", *Anuario de Psicología Jurídica*, 2012, vol. 22, pp. 67-75.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*

(dir. por M.C. GARCÍA GARNICA), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 321-340.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades”, en AA.VV.: *La Custodia Compartida a Debate* (ed. por T. PICONTO NOVALES), Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 77-99.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida”, *Estudios Jurídicos*, 2005, pp. 1-41.



CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

*ATTRIBUTION CRITERIA FOR THE USE OF FAMILY HOUSING IN
THE SHARED CUSTODY REGIM*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 194-219



David AVIÑÓ
BELENGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Uno de los aspectos más recurrentes en las crisis familiares derivadas de una ruptura conyugal es el del destino del uso de la vivienda familiar, dada su gran relevancia patrimonial y personal. En estos casos, el art. 96 CC establece distintos criterios de atribución del derecho de uso de la misma, pero ninguno referente a los supuestos de custodia compartida. Han sido los tribunales los han hecho –y siguen haciéndolo– una incesante labor de adaptación del citado artículo al caso concreto y a la realidad social, con el propósito de alcanzar soluciones que contemplen no solamente el interés superior del menor, sino también otros intereses legítimos dignos de protección, como el del progenitor más necesitado, el del titular o cotitular de la vivienda familiar, etc. El objeto de este estudio es conocer dicho desarrollo jurisprudencial y poder compararlo con las soluciones ofrecidas el legislador autonómico, en la búsqueda de la mejor solución en Derecho.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; interés superior del menor; vivienda familiar; atribución del uso.

ABSTRACT: *One of the most recurrent aspects in family crises arising from a marital breakdown is that of use destination of family housing, given its great heritage and personal relevance. In these cases, art. 96 CC establishes different criteria for attributing the right to use it, but none concerning the cases of shared custody. They have been the courts have done them - and continue to do so - an incessant work of adapting the aforementioned article to the specific case and to the social reality, with the purpose of reaching solutions that contemplate not only the best interests of the minor, but also other legitimate interests worthy of protection, such as the neediest parent, the owner or co-owner of the family home, etc. The purpose of this study is to know this jurisprudential development and to compare it with the solutions offered by regional legislator, in the search for the better law.*

KEY WORDS: Shared custody; child's best interest; family housing; attribution of use.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR MEDIANTE ACUERDO DE LOS CÓNYUGES.- III. INTERESES JURÍDICOS PROTEGIBLES EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- I. Atribución del uso de la vivienda familiar e intereses en conflicto.- 2. El interés protegido subyacente en el art. 96.I CC.- 3. Custodia compartida e interés más necesitado de protección.- IV. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.- 1. Uso alternativo de la vivienda familiar (domicilio fijo o “vivienda nido”).- 2. Sistema de domicilio rotatorio con atribución temporal del uso exclusivo de la vivienda familiar a un cónyuge con exclusión del otro.- 3. No atribución del uso de la vivienda familiar. Enajenación directa.- V. LA ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA.- VI. LA COMPENSACIÓN POR EL NO USO DE LA VIVIENDA. VII. ATRIBUCIÓN DEL USO DE SEGUNDAS RESIDENCIAS.- VIII. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. MENCIÓN ESPECIAL A LA CONVIVENCIA CON UN TERCERO.- IX. LA REFORMA DEL ART. 96 CC.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los aspectos más conflictivos en las crisis familiares derivadas de una ruptura conyugal (nulidad, separación o divorcio) es el del destino del uso de la vivienda familiar; pues ambos progenitores, salvo que se determine el uso alternativo de la vivienda, no podrán ejercer simultáneamente la atención y el cuidado del menor, ya que vivirán separadamente. La importancia de la vivienda familiar radica en que constituye la base física habitable¹ y permanente -habitual²- indispensable para la convivencia de la familia, el desarrollo de la personalidad y una vida digna³; asimismo, suele ser el principal activo familiar desde el punto de vista económico-patrimonial. Dicho concepto se puede extraer del contenido de los arts. 40, 68, 70, 1320 y 1406.4º CC⁴.

Se ha discutido si el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar —y el ajuar doméstico— tiene naturaleza real⁵ (cuando la propiedad de la vivienda

1 Se excluyen los locales de negocios (STS 9 mayo 2012 [RJ 2012, 5137]). Los garajes y trasteros quedan incluidos cuando registralmente están anexos a la vivienda (SAP Barcelona 29 mayo 2008 (JUR 2008, 204408); y los que no lo estén cuando ello busque facilitar la vida diaria de la familia.

2 Salvo excepciones, no incluye las segundas residencias, o las viviendas de temporada, ni las anteriores viviendas familiares, o las que no han sido ocupadas al tiempo de crisis matrimonial.

3 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 743, 2014, p. 1348.

4 BRAVO DE MANSILLA, G. C.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016, p. 165.

5 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 españolas e italiana”, *Revista Crítica de derecho*

pertenece a uno o a ambos progenitores), personal (p. ej. cuando el derecho de uso deriva de un derecho de arrendamiento, v. gr. art. 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos –LAU–), familiar no patrimonial⁶, o familiar patrimonial *sui generis*⁷ (tiene connotaciones tanto reales como personales). En lo que no existe discusión es en que dicho derecho es inscribible en el Registro de la Propiedad, es oponible a terceros (siempre que estos no estén a su vez amparados por la fe pública registral –art. 34 LH) y requiere la obtención del consentimiento del cónyuge adjudicatario para que el titular de la vivienda pueda disponer de esta. Además, se trata de una forma de protección que se aplica con independencia del título jurídico que dé derecho a la utilización de la vivienda (propiedad, arrendamiento, etc.), por lo que no se produce un traslado de titularidad del derecho de un cónyuge al otro. No obstante, dicho derecho no podrá tener una protección posesoria jurídicamente superior que la otorgada por el derecho que facultaba la posesión de los cónyuges, pues ello entrañaría subvenir necesidades legítimas a cargo de terceros titulares de un derecho que posibilita el uso sobre la vivienda (p. ej. en casos de posesión tolerada –precario–); asimismo, cuando el derecho de ocupación de la vivienda del cónyuge al cual ha sido atribuido el uso de la vivienda derive de un contrato de arrendamiento en el cual el arrendatario es el otro cónyuge, se producirá una novación subjetiva del contrato, sin que sea necesario el consentimiento del arrendador, aunque sí lo sea su conocimiento (art. 15 LAU).

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar está muy relacionada con el régimen de custodia que se haya pactado o establecido judicialmente⁸. De hecho, el art. 96 CC, con una redacción claramente insuficiente⁹ y pensada para casos de atribución exclusiva de la custodia, sea individual (art. 96.I CC) o repartida (art. 96.II CC), atribuye el uso de la vivienda familiar “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden” (art. 96.I CC), o a “lo que el Juez considere procedente” (art. 96.II CC).

Por su parte, el art. 92.8 CC posibilita excepcionalmente, cuando lo solicite una de las partes, la custodia compartida si se demuestra, previo informe del

inmobiliario, Año núm. 91, núm. 752, 2015, 3413-3414.

6 SSTS 14 enero 2010 (RJ 1992, 8964), 18 enero 2010 (RJ 2010, 1274), 27 febrero 2012 (RJ 2012, 3383); y RRDGRN 9 julio 2013 (RJ 2013, 6668) y 2 junio 2014 (RJ 2014, 3820).

7 ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, pp. 43-44. Según la autora, el contenido patrimonial se debe a que el titular del derecho experimenta un evidente enriquecimiento patrimonial.

8 DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, p. 2298.

9 MARTÍNEZ CALVO, J.: “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 3 (julio-septiembre), 2019, p. 156.

Ministerio Fiscal¹⁰, que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor¹¹. Este hecho, junto con una interpretación restrictiva del art. 96.I CC llevó a que, en la mayoría de ocasiones, los tribunales atribuyeran el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio, con los consiguientes problemas para el no custodio, p. ej. la necesidad de procurarse otra vivienda, la imposibilidad de disponer del inmueble familiar, la falta de contacto con los hijos, el síndrome de alienación parental, etc. No obstante, recientemente la jurisprudencia considera que la custodia compartida no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, es “normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”¹²; en contra, se ha dicho que la custodia compartida –sobre todo la no pactada¹³– puede ser fuente de inestabilidad para el menor, por los constantes cambios de residencia. En cambio, en el País Vasco (art. 9.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) se otorga preferencia a esta custodia, salvo que el interés del menor exija la individual; y en Cataluña (art. 233-10.2 del libro segundo CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en adelante “CC Cat.”), Navarra (Ley 71.I de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en adelante “CDCFN”) y Aragón (art. 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, “Código del Derecho Foral de Aragón”, el TR de las Leyes civiles aragonesas, en adelante “CDFA”) se acuerda la que sea más conveniente para el interés de los menores.

II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR MEDIANTE ACUERDO DE LOS CÓNYUGES.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al progenitor no titular o cotitular de la misma puede producirse por mutuo acuerdo mediante convenio regulador (art. 90 c) CC¹⁴) o fuera de él. Se decretará judicialmente la

10 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de los progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Actualidad Civil*, núm. 15, 2007, p. 1750, opina que art. 95.8 CC podría haber incluido el carácter preceptivo del dictamen de los especialistas.

11 P. ej. la proximidad entre los domicilios de los progenitores, junto con el mantenimiento del centro de intereses del menor (prefiriéndose que uno de esos domicilios siga siendo el familiar); disponibilidad de tiempo de dedicación; buena comunicación entre los progenitores; que se acuda a la mediación familiar; se atienda a la opinión del menor y de los expertos, etc. Según MECO TEBAR, F.: “La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida: comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio (EDJ 2013, 149996)”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 19, 2015, p. 592 considera relevante también “la familia extensa y su proximidad”.

12 SSTS 29 abril 2014 (RJ 2013, 3269), 25 abril 2014 (RJ 2014, 2651), 21 octubre 2015 (RJ 2015, 4784), 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 650), etc.

13 MORENO VELASCO, V.: “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009.

14 Previsión recogida igualmente en la legislación autonómica: País Vasco (art. 5.2 c) 4) Ley 7/2015), aunque es de interés también el posible “pacto en previsión de ruptura de la convivencia” (art. 4); Cataluña (art. 233-2.5 b) CC Cat.); Aragón (art. 77.2 c) CDFA) y Navarra (Ley 69.5 CDCFN).

separación (art. 81 CC) o el divorcio (art. 86 CC) cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, debiendo acompañarse a la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo la propuesta de convenio regulador (arts. 81 y 86 CC) o el acuerdo alcanzado en el –recomendable– procedimiento de mediación familiar¹⁵ (arts. 770.7º y 777.2 LEC). En cambio, cuando no haya hijos, la separación o divorcio podrá hacerse mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o ante Notario (arts. 82.1 y 86 CC), con el contenido mínimo del art 90 CC, y respetando los límites institucionales de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC).

Con independencia de la existencia de otras posibles soluciones (p. ej. la atribución en propiedad o en derecho de usufructo, o su inclusión dentro de los alimentos, la pensión compensatoria o la liquidación del régimen económico matrimonial, etc.), el pacto en la atribución del uso de la vivienda familiar puede consistir en: (i) la atribución a uno de los cónyuges (cotitular o no titular); (ii) el abandono de la vivienda (no atribución del uso); (iii) la atribución a los hijos; (iv) la no atribución del uso (p. ej. para vender la vivienda); (v) uso alternativo por ambos cónyuges; (vi) la simultaneidad en el uso de la vivienda (solución que puede generar problemas de convivencia), etc.

No obstante, si los acuerdos contenidos en el convenio regulador fueran dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges¹⁶ el juez no los homologará, o el Secretario Judicial o Notario los advertirá y dará por terminado el expediente (p. ej. vivienda familiar en lugar inhabitable, hay separación de hermanos, limitaciones de uso inasumibles, un plazo muy breve de tiempo y el hijo tiene muy corta edad, se establece la prohibición de convivir con tercera persona en la vivienda familiar -aunque parte de la doctrina permite este tipo de cláusulas¹⁷-, etc. El uso podrá hacerse para un determinado plazo o evento o establecerse con carácter indefinido, siendo conveniente que se atribuya a una determinada causa (p. ej. la necesidad del cónyuge al que se le atribuye el uso o en pago de una prestación compensatoria).

15 La mediación se prevé también en Aragón (art. 78 CDFa); País Vasco (art. 6 Ley 7/2015) y Cataluña (art. 233-6 CC Cat.). Según MORENO VELASCO, V.: “La problemática”, cit., las ventajas de la mediación son notables, p. ej. los juzgados no tienen que actuar a ciegas cuando determinan el interés del menor; los acuerdos son más satisfactorios que las medidas judiciales; los cónyuges mejoran la comunicación y adoptan soluciones más flexibles que las de los juzgados, etc.

16 P. ej. en Cataluña dichos pactos no serán eficaces cuando “comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso” (art. 231-21.3 CC Cat.).

17 ORDÁS ALONSO, M.: “El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza”, *Diario La Ley*, núm. 9332, 2019. Así se admite también en la conclusión núm. 20 del “IV encuentros de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia”, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

En definitiva, se puede afirmar que el alcance de la autonomía de la voluntad es ciertamente limitado en este ámbito¹⁸, dado que, además del control de legalidad en sentido amplio (no contravención de norma positiva ni los límites de la autonomía de la voluntad), el juez, el secretario judicial o el notario deberán realizar un control de equilibrio de los acuerdos de las partes, para evitar que se produzcan situaciones de indefensión o abuso a una de las partes¹⁹; aunque es difícil encontrar resoluciones que denieguen la aprobación de cláusulas del convenio regulador por este motivo²⁰.

III. INTERESES JURÍDICOS PROTEGIBLES EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

I. Atribución del uso de la vivienda familiar e intereses en conflicto.

En la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar hay que tener en cuenta los intereses jurídicos protegibles en juego. Por una parte, el art. 33.1 y 2 CE reconoce el derecho a la propiedad privada, delimitado por la función social, de acuerdo con las leyes. Por otra, el “interés familiar más necesitado de protección” se desprende del art. 39.1 CE (“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”), el art. 47.1 CE (“Todos los españoles tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”) y el art. 103.2° CC (el juez determinará a quién corresponde el uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta dicho interés).

El interés familiar se representa en los procesos de familia por el “interés superior de los hijos menores de edad” (*favor filii*) del art. 39.2 CE (“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”), en el art. 154.2° CC (“La patria potestad como responsabilidad parental se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”) y, en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, por el art. 96.1 CC (y el art. 142 CC, que recoge la obligación de alimentos de los a los hijos, entre los que se encuentra la habitación). No obstante, el *favor filii* debe ser tratado como principio rector de todas las actuaciones relativas a los hijos menores, sin necesidad de circunscribirlo a aquellas o a otras medidas, cuando entren en colisión con otros intereses, teniendo en cuenta que: a) el interés superior del menor no restringe o limita más derechos de los que ampara; y b) las decisiones y medidas adoptadas en

18 MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª M.: “Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar: (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 95, núm. 774, 2019, p. 1787.

19 BRAVO DE MANSILLA, G. C.: *Separaciones y divorcios*, cit., pp. 176-177.

20 PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso*, cit., p. 53.

dicho interés deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales (DD.FF.) de otras personas que pudieran verse afectados (art. 2.3 y 4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). También deberán tenerse en cuenta en la protección del interés del menor las normas internacionales²¹.

2. El interés protegido subyacente en el art. 96.I CC.

En aplicación del principio del interés superior del menor, una línea doctrinal y jurisprudencial considera que el párrafo I del art. 96 CC contiene una presunción *iuris et de iure* (tiene carácter imperativo), por lo que no cabe ponderarla o modularla con otros posibles intereses más necesitados de protección²², p. ej. estableciendo límites temporales o atribuyendo el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio. Únicamente caben dos factores que eliminan el rigor de la norma a falta de acuerdo: 1.º que la vivienda deje de tener el carácter de familiar; y 2.º la pérdida de la custodia que tiene lugar con la mayoría de edad de los hijos (aunque no sean independientes económicamente²³ o tengan alguna discapacidad²⁴, según la jurisprudencia reciente). Visto así, el art. 96.I CC recoge un binomio custodia exclusiva-vivienda que tiene como finalidad garantizar la estabilidad de los hijos menores (o dependientes).

Otra doctrina jurisprudencial afirma que el art. 96. I CC contiene únicamente una presunción *iuris tantum*²⁵, por lo que es posible su enervación o exclusión cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios²⁶; incluso atribuyendo el derecho de uso de otras residencias familiares (Cataluña, art. 233-20.6 CC Cat). Se trata de hacer una relectura del art. 96.I CC en clave “alimenticia”, en la que, garantizando el cumplimiento del interés del menor (fundamentalmente el derecho de habitación), el juez pueda determinar, tras la oportuna valoración de los intereses en juego y las circunstancias concurrentes (titularidad del bien, cónyuge más necesitado,

21 Declaración Universal de DD.HH. (arts. 25 y 26); Convenio Europeo para la Protección de los DD.HH. y las Libertades Fundamentales (art. 8); Carta de DD.FF. de la UE (art. 24); Declaración de Ginebra sobre los derechos del Niño (1989), Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño (núm. 169, de 25 de enero de 1996); Convenio núm. 192, de 15 de mayo de 2003 del Consejo de Europa sobre las relaciones personales concernientes a los niños; Resolución del Parlamento Europeo “Hacia una estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño”, de 16 de enero de 2008, etc.

22 SSTS 21 abril 2011 (RJ 2011, 319), 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 3 abril 2014 (RJ 2014., 1950), 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079), 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696), etc.

23 Una parte de la doctrina considera que el art. 96.I CC incluye los hijos mayores económicamente dependientes; este es el criterio que se sigue en Cataluña (art. 233-24.1). Otra, a la que nos adherimos, considera que en este caso las necesidades de los hijos quedan en manos de la obligación de alimentos del art. 142 CC y la regla en la atribución de la vivienda es la del art. 96.III CC (STS 5 septiembre 2011 [RJ 2011, 5677]); este último es el criterio seguido en el País Vasco (art. 12.5.II Ley 7/2015).

24 Si bien la STS 30 mayo 2012 (RJ 2012, 6547) equipara al mayor discapacitado con los menores de edad, la STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 924) argumenta que las necesidades del mismo pueden cubrirse con otros mecanismos como el derecho de alimentos (incluido el derecho de habitación).

25 Cataluña, art. 233.20-2 y 4 CC Cat.; País Vasco, art. 12.2 Ley 7/2015; Aragón, art. 81.2 CDFA.

26 SSTS 5 noviembre 2012 (RJ 2012, 10135), 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2215), 27 noviembre 2017 (RJ 2017, 6187), 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185), 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086), etc.

etc.), cuál es el “interés familiar más necesitado de protección” (art. 103.2 CC y 39.1 CE), que no tiene por qué ser el de los hijos menores²⁷ ni atribuirse con carácter indefinido. En Cataluña (art. 233-21 a) CC Cat) y País Vasco (art. 12.3 Ley 7/2015) es posible atribuir el derecho uso al cónyuge no custodio cuando tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y siempre que el custodio cuente con medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos (en Aragón, cuando lo aconseje el mejor interés para las relaciones familiares -art. 81.2 CDFA²⁸); y en Cataluña (art. 233-21 CC Cat), además, cuando el cónyuge no atribuido asume una prestación compensatoria a favor del otro que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éste y de los hijos.

Es interesante lo dispuesto por el art. 12.1 de la Ley vasca 7/2015 ya que, a la hora de atribuir el uso de la vivienda, y sin distinción de régimen de custodia, tiene en cuenta “lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda”.

3. Custodia compartida e interés más necesitado de protección.

Partiendo de la premisa de que los hijos menores deberán tener garantizado su derecho de habitación²⁹ (a través del acceso a una vivienda digna, o a través del aumento de la pensión alimenticia para proveerla³⁰), el Tribunal Supremo afirma que cuando se establezca el régimen de custodia compartida no es de aplicación el art. 96.1 CC, sino analógicamente el apartado II, que se refiere técnicamente al supuesto en que existiendo varios hijos unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, lo que permite resolver al juez lo procedente³¹, según el interés familiar más necesitado de protección, mediante una labor de ponderación de las circunstancias del caso concreto (p. ej. posibilidad efectiva de cada progenitor de procurarse otra vivienda, número de hijos, edad y periodo que van a pasar con cada uno de los progenitores³², si alguno de los hijos tiene alguna discapacidad física o psíquica, etc.), con especial atención a dos factores, según

27 SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis, 2015, p. 149. TAMAYO CARMONA, J. A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 270-271.

28 Como se puede observar, en Aragón se prevé esta solución con una mayor amplitud.

29 BELTRÁN CABELLO, C.: “Atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida cuando aquella era propiedad privativa de uno de los cónyuges (Comentario a la STS de 14 de junio de 2017)”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 202, 2017, p. 131.

30 ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 231.

31 Se rompe el binomio custodia-vivienda (SAP Málaga 15 diciembre 2015 [JUR 2016, 180782]).

32 PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 70.

afirma la STS 24 octubre 2004 (RJ 2004, 5810)³³: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (interés de los hijos a disponer de una vivienda cuando estén en compañía de cada uno de los progenitores), por lo que está íntimamente relacionado con el “interés del cónyuge más necesitado”; en segundo lugar, al régimen de propiedad de la vivienda, es decir, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero (teniendo en cuenta que habiendo paridad económica, y quedando garantizado el derecho de habitación de los hijos, debería atribuirse el uso al progenitor que fuera titular de la misma, con las compensaciones que procedan); y, en ambos casos -según el Alto Tribunal- por el hecho de no haber una residencia familiar sino dos, no procede hacer adscripción del uso por tiempo indefinido sino únicamente atender al interés de los hijos, que se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancias de los hijos con ambos progenitores, de manera que puede imponerse una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la establecida en el art. 96.III (aunque en su tenor literal se refiera a los matrimonios sin hijos), al objetivo prioritario de facilitar al cónyuge al que se le ha asignado el derecho de uso la transición a una nueva residencia³⁴.

En cambio, cuando se atribuya el uso de la vivienda familiar a los hijos y sean los padres los que alternen el uso de la misma, la atribución puede hacerse a los menores y aprovecharse de ello los progenitores indirectamente (*per relationem*), en cuyo caso estaríamos más cerca del supuesto del art. 96.I CC³⁵, evitando que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta entonces, con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones³⁶; o bien atribuir dicho uso a los progenitores directamente³⁷ (no *per relationem*), en cuyo caso estaríamos inmersos en la regla del art. 96.II CC.

33 A la que le siguen las SSTs: 29 mayo 2015 (RJ 2015, 2273), 27 junio 2016 (RJ 2016, 2876), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3445), 14 marzo 2017 (RJ 2017, 878), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4407), 22 enero 2017 (RJ 2017, 4636), 10 enero 2018 (RJ 2018, 73), 20 febrero 2018 (RJ 2018, 573), etc.

34 COSTAS RODAL, L.: “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016.

35 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

36 SAP Las Palmas 15 febrero 2016 (JUR 2016, 150968).

37 En Cataluña únicamente puede atribuirse la vivienda a los cónyuges, no a los hijos menores.

IV. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.

La guarda y custodia compartida en su modalidad alterna (la más común) presenta una gran complejidad fáctica y jurídica a la hora de compatibilizar el uso de la vivienda familiar; para lo cual no está preparado el art. 96 CC, dada su carencia de flexibilidad para su adecuada aplicación en un sistema de custodia compartida³⁸. Asimismo, las medidas adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo de las partes, o las acordadas por éstas se entienden *rebus sic stantibus*, por lo que cuando se alteren de forma sustancial las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción cabe la posibilidad de que sean modificadas por el Juez o por las partes en un nuevo Convenio Regulador.

I. Uso alterno de la vivienda familiar (domicilio fijo o “vivienda nido”).

En el sistema de atribución del uso de la vivienda familiar de domicilio fijo (o vivienda nido), los hijos menores permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores los que alternativamente la ocupan para la guarda de estos en los periodos asignados: semanalmente, por trimestres, cuatrimestres, semestre, etc. Esta solución suele tener lugar cuando el régimen de custodia ha sido acordado por las partes³⁹, pues requiere de un mínimo entendimiento entre ambos progenitores, p. ej. en labores de limpieza (forma, turnos, etc.), ordenación general de la vivienda (muebles, enseres, ropa, etc.), uso del ajuar familiar (elementos de uso ordinario o reservado, modo de empleo, etc.), mantenimiento de los elementos e instalaciones (cuidado, reparación), etc., pues de lo contrario se podría llegar a una situación contraproducente, prefiriéndose en este supuesto la solución de compartir la custodia cada progenitor en su casa⁴⁰. No en vano en la custodia compartida son aspectos consustanciales tanto la duplicidad de residencias familiares como la no estabilidad del domicilio familiar.

Esta solución puede ayudar a suavizar las consecuencias dañinas para los hijos de la ruptura matrimonial⁴¹, por cuanto: (i) se garantiza una cierta estabilidad de los

38 SAP Salamanca 18 julio 2016 (JUR 2016, 210373).

39 TORRELLES TORREA, E.: “Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, mayo-junio 2017, p. 67. Por otra parte, se ha discutido si en el Cataluña, a la vista del art. 233-20 CC Cat, cabe (SAP Barcelona 22 marzo 2017 [JUR 2017, 197016]) o no cabe (SAP Barcelona 18 octubre 2016 [JUR 2017, 33037]) esta solución a falta de acuerdo.

40 SAP Cádiz 10 enero 2018 (JUR 2018, 82579), Asturias 15 marzo 2018 (JUR 2018, 131289). Lo mismo se concluyó en el “Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Abogacía especializada en derecho de familia”, que se celebró los días 5 a 7 de octubre de 2015 (Taller 1, conclusión 5°).

41 FLORES MARTÍN, J.: “El ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores. Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril (JUR 2019, 142129), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 49, 2019.

menores⁴², especialmente cuando tienen una muy corta edad, pues permanecerán en el mismo inmueble y entorno vital (mismas condiciones de espacio, proximidad al colegio, a amigos y actividades), lo que se vería seriamente amenazado, p. ej. si los padres tuvieran acceso a viviendas en otras localidades⁴³; (ii) evita la duplicidad de objetos esenciales y básicos para el bienestar de los menores y su desarrollo integral (p. ej. material escolar, mobiliario, distribución, etc.); (iii) permite a ambos progenitores observar el desarrollo de los menores⁴⁴; (iii) evita tomar decisiones precipitadas en cuanto a la disposición de la casa (p. ej. cancelando el préstamo o malvendiéndola). En ocasiones, incluso, puede ser necesario por estar adaptada la vivienda familiar a las especiales necesidades de los hijos (incapaces, familias numerosas especiales, etc.)⁴⁵.

No obstante, esta solución es una fuente constante de conflictos económicos, cotidianos y emocionales entre los progenitores, por cuanto (i) exige un alto nivel de entendimiento entre ellos, en cuanto a la planificación de la organización de la intendencia domésticas (p. ej. en la entrega de la posesión de la vivienda en cada periodo, gastos de suministro, desperfectos ocasionados, etc.⁴⁶), la tolerancia recíproca acerca de las nuevas relaciones de pareja que puedan establecerse con terceros en dicha vivienda, o la necesidad de existencia de economías colaborativas; (ii) es necesaria la existencia de tres viviendas: la familiar (donde alternarán la custodia) y la particular de cada uno de los progenitores (que evidentemente serán infrutilizadas por estos), lo que supondrá más gastos de IBI, seguros, cuotas de comunidad, etc., que, indirectamente, acabará afectando negativamente en la prestación de alimentos o en la pensión compensatoria. Ello sin perjuicio de que quepa la posibilidad de que los progenitores compartan también la vivienda en que vivan los progenitores durante los periodos en que no tuvieran la guarda de los hijos (si fuera en régimen de alquiler sería todavía menos oneroso), aunque probablemente los problemas se acabarían duplicando.

En el País Vasco “Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso

42 La SAP 18 julio 2016 (JUR 2016, 221681) considera que el domicilio paterno alternativo era compartido por otros familiares, con la pérdida de la independencia e intimidad que ello comporta.

43 SSAP Tarragona 27 octubre 2010 (JUR 2011, 82187) y 3 mayo 2011 (JUR 2012, 59558).

44 MORENO VELASCO, V.: “La problemática del uso de la vivienda familiar en su-puestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009.

45 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 compartida de los hijos menores”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 45, 2018. Vid. también la STSJ Cataluña 6 febrero 2017 (RJ 2017, 1597).

46 RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, p. 1144.

a una vivienda (...)" (art. 12.4 Ley 7/2015), aunque no queda claro su carácter preferente⁴⁷.

Finalmente, se ha planteado por algunos autores la posibilidad de un uso compartido de la vivienda en Cataluña donde ambos cónyuges residen simultáneamente, con vida independiente, en la misma vivienda, posibilidad que, aunque excepcional, parte de la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiéndola⁴⁸; en cambio, otro sector doctrinal opina que dicha posibilidad viene vetada por el art. 233-20.1 CC Cat.

2. Sistema de domicilio rotatorio con atribución temporal del uso exclusivo de la vivienda familiar a un cónyuge con exclusión del otro.

Los tribunales suelen atribuir el uso exclusivo y temporal de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado, o dicho de otro modo, el que objetivamente tenga mayores dificultades de acceso a una vivienda, p. ej. por tener menos recursos económicos⁴⁹ o estar en una situación laboral inestable (sin perjuicio de que puede haber una situación laboral inestable pero disponer de más recursos económicos⁵⁰), motivos de salud, etc., al objeto de que se de una respuesta equitativa y justa para ambas partes⁵¹. Se sobreentiende que el otro progenitor dispondrá de otra vivienda a la que acudirán los menores en el tiempo que se determine (en esta modalidad los hijos han de desplazarse periódicamente). Esta opción parece la más razonable cuando habiendo custodia compartida no existe acuerdo entre las partes para la atribución del uso de la vivienda familiar⁵². En todo caso, el juez habrá de procurar compatibilizar el interés del menor con el interés del cónyuge más necesitado⁵³. Cabe esta solución en Cataluña (art. 233-20.3 a) CC Cat.), País Vasco (art. 12.4 Ley 7/2015) y Aragón (art. 81.1 CDA⁵⁴).

Su adopción evita los típicos problemas derivados de la atribución alternativa de la vivienda familiar⁵⁵, además de que facilita el destino de la vivienda familiar, que,

47 SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La atribución", cit., p. 151, cree que el art. 12.4 de la citada ley no prioriza ninguna solución. En sentido opuesto, CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso en los casos", cit. cree que sí se establece *a sensu contrario*.

48 A favor, FUGARDO ESTIVILL, J. M^a.: *Familias monoparentales y relaciones de convivencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 435. Por su parte, la STSJ Cataluña de 6 de febrero de 2017 dice que el art. 233-20.1 CC Cat sólo prevé que los cónyuges "puedan acordar" la atribución a "uno de ellos".

49 SAP Islas Baleares 29 junio 2005 (JUR 2005, 190190).

50 P. ej. la STSJ Aragón 11 julio 2013 (RJ 2013, 5404) concedió el uso de la vivienda familiar a la mujer, estando su marido y ella en dicho momento desempleados, por cuanto el marido había cobrado una indemnización de 132.846,78 € y, por ello, podía procurarse una vivienda.

51 FLORES MARTÍN, J.: "El ejercicio", cit.

52 PINTO ANDRADE, C.: *La atribución*, cit., p. 72.

53 SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La atribución", cit., p. 152.

54 Dice que, en su defecto, se decidirá en función del mejor interés para las relaciones familiares.

55 SAP Islas Baleares 16 febrero 2015 (JUR 2015, 81005).

al fin y al cabo, será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien⁵⁶ (p. ej. para proceder a su venta o alquiler). No obstante, se le puede achacar que se produce una desvinculación (al menos parcial) de los hijos de su entorno vital durante el periodo en que no se encuentran en la vivienda familiar, especialmente cuando la 'otra' vivienda no se encuentre cerca del mismo, debiendo analizarse caso por caso⁵⁷; aquí se ha planteado por algún autor si las posibilidades que ofrece Internet en cuanto a la posibilidad de mantener relaciones sociales *on line* puede flexibilizar este aspecto⁵⁸.

3. No atribución del uso de la vivienda familiar. Enajenación directa.

Puede suceder que las partes acuerden, o los tribunales recomienden (sobre la base, o no, de un posible acuerdo anterior de venta de la vivienda⁵⁹), que los hijos convivan con sus progenitores en dos viviendas distintas a la que 'constituía' el domicilio familiar, en los periodos de custodia establecidos: sea porque pueden hacer uso de ellas en régimen de propiedad o arrendamiento⁶⁰ (o vinieran haciendo uso de dichas viviendas, en cuyo caso se habría producido un abandono de la vivienda familiar⁶¹); sea porque venden posteriormente la vivienda familiar a un tercero y pueden permitirse con ello adquirir o arrendar una nueva vivienda⁶²; sea porque la adjudican al otro progenitor, siendo esta una solución bastante útil en caso de que la vivienda esté hipotecada, especialmente en época de crisis inmobiliaria y crediticia⁶³; otras soluciones menos convencionales pueden ser las viviendas de las nuevas parejas⁶⁴ o de los familiares de los progenitores. En estos casos el Juez no efectúa pronunciamiento alguno en relación al uso de la vivienda familiar al no haber un interés prioritario susceptible de protección, p. ej. el del cónyuge, facilitándose de esta forma la enajenación, división de la comunidad⁶⁵ o la liquidación de la sociedad de gananciales⁶⁶. En ocasiones, se concede un plazo prudencial (6 meses/ 1 año) para el desalojo de la vivienda⁶⁷.

56 STS 5 abril 2019 (RJ 2019, 1791).

57 SAP Tarragona 2 septiembre 2013 (JUR 2013, 345007); STS 1 marzo 2016 (RJ 2016, 50706). La SAP de Huelva 30 marzo 2007 (JUR 2007, 202414) dice que de estar lejos un domicilio del otro (p. ej. en localidades distintas), "el menor estaría cambiando de entorno (...), lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso".

58 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso en los casos", cit.

59 SAP de les Illes Balears 29 junio 2005 (JUR 2005, 190190).

60 STS 5 noviembre 2012 (RJ 2012, 10135). Dice la SAP de León 11 enero 2016 (JUR 2016, 31829) que el progenitor al que fue atribuida la vivienda familiar cuenta "con ingresos propios con los que puede acceder al alquiler de una vivienda adecuada a las necesidades propias y de su propia hija".

61 STS 6 abril 2016 (RJ 2016, 13121).

62 SAP de les Illes Balears 29 junio 2005 (JUR 2005, 190190).

63 DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: "Custodia compartida", cit. p. 2320.

64 STS 6 abril 2016 (RJ 2016, 1321).

65 Cuando los dos progenitores quieran quedarse la vivienda y no hay acuerdo (art. 400 CC).

66 BELTRÁN CABELLO, C.: "Atribución de la vivienda", cit., pág. 131.

67 STS 22 octubre 2014 (RJ 2014, 5023).

Si bien esta solución no suele darse en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (art. 91 CC), nada impide que cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, p. ej. cuando los cónyuges pasen a tener diferentes soluciones habitacionales para los hijos, tenga lugar aquella en sede de modificación de medidas definitivas⁶⁸.

Coincidimos con CHAPARRO MATAMOROS en las ventajas de optar por esta solución⁶⁹: (i) proporciona una mayor rapidez en la liquidación de la sociedad de gananciales; (ii) puede evitar fricciones derivadas de posibles disputas sobre el uso y destino de la vivienda, etc. En todo caso, creemos recomendable que sea poca la distancia entre las viviendas de los progenitores, para no perjudicar la estabilidad de los hijos.

Por otro lado, se podría ver ‘acelerada’ la obtención de recursos económicos por la liquidación o venta de la vivienda familiar en el caso de acoger una solución igual o parecida a la que establece el legislador aragonés en el art. 81.4 CDFA, en cuanto dice que “Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares”.

V. LA ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA.

A diferencia de lo que sucede con la aplicación estricta del art. 96.I CC a los casos de custodia exclusiva, donde no se pone un término final a la asignación del uso que no sea la propia extinción antes de que los menores alcancen la mayoría de edad, en la custodia compartida la atribución del uso de la vivienda familiar es temporal (arts. 33 CE, 96.II y III, y 348.I CC⁷⁰), puesto que es regla generalmente aceptada que, dado que no hay propiamente una residencia familiar sino dos, el juez resolverá “lo procedente”, teniendo en cuenta, por una parte el “factor más necesitado de protección”, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con ambos padres, y, por otra, el del titular (o cotitular) de la vivienda a hacer uso de ella, siempre que no se ponga en peligro el sistema de custodia compartida⁷¹.

68 Según SANTOS MORÓN, M^a. 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*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, p. 23.

69 CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., p. 369.

70 Art. 348.I CC: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”

71 SSTs 24 octubre 2014 (RJ 2004, 5810), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3445), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4636) y 20 febrero 2018 (RJ 2018, 573).

En el sistema de domicilio rotatorio hay que estar al interés del cónyuge más necesitado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (edad y estado de salud, nivel de estudios, posibilidades de acceso al trabajo, apoyo familiar, etc.), hasta que el progenitor al que se le ha atribuido el uso de la vivienda pueda procurarse una nueva, sea en régimen de propiedad, de alquiler, derecho de superficie, etc. de forma que dé cobijo a los hijos sin necesidad de perjudicar otras necesidades de los mismos (alimento, vestido, etc.). Si existiera paridad económica entre los progenitores y no hubiera ningún interés más necesitado de protección (*equilibrio de posiciones*), la vivienda familiar pierde su adscripción, por lo que en estos casos los tribunales pueden no atribuir el uso de la vivienda familiar a ningún progenitor; fijando, en ocasiones, un plazo temporal para que el cónyuge que la viniera usando (p. ej. por habérsele atribuido en primera instancia) pueda desalojarla y proceder así a la liquidación o a su venta⁷². Por ello, habrá de fijarse un plazo prudencial según las circunstancias del caso concreto, y, si bien los parámetros utilizados son difíciles de precisar, en la casuística judicial oscila –especialmente la del Tribunal Supremo–, oscila entre uno y tres años⁷³; en Cataluña se limitará dicho plazo, sin precisar cuál (art. 233-20.5 CC Cat.); en Aragón, la limitación temporal, a falta de acuerdo, la fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias familiares (art. 81.3 CDFA), y en el País Vasco el plazo se limitará a un máximo de dos años (art. 12.5.I de la Ley 7/2015). Es doctrina del Tribunal Supremo que dicho plazo se computará desde que se notifique la sentencia (se fomenta así que sea recurrida), aunque creemos que lo más recomendable sería fijarlo desde la ruptura de la convivencia o disolución del matrimonio en aras a lograr un plazo unitario⁷⁴.

Una vez finalizado el plazo de atribución de uso la vivienda familiar quedará supeditada al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, o se venderá a un tercero o se adjudicará al otro cónyuge; y si la vivienda fuera de la titularidad plena del cónyuge no usuario, quedará para su uso exclusivo. No obstante, es posible solicitar excepcionalmente⁷⁵ la prórroga del mismo si tras su expiración continuara la situación de necesidad⁷⁶ pues, de otro modo, se podría

72 En la STS 22 octubre 2014 (RJ 2014, 5023) el tribunal otorga un plazo de 6 meses para que se desaloje el inmueble. ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 231.

73 1 año: SSTS 27 junio 2016 (RJ 2016, 2876), 16 septiembre 2016 (RJ 2016, 4449), etc. 2 años: 24 octubre 2014 (RJ 2004, 5810), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3445), etc. 3 años: 9 septiembre 2015 (RJ 2015, 4179), etc. A veces se establece una condición resolutoria, p. ej. hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque suele ir acompañado de plazo en el que ésta ha de tener lugar, p. ej. de 1 año (STS 17 noviembre 2015 ([RJ 2015, 5392])). 2 años (SAP Asturias 27 junio 2014 [JUR 2014, 199628]), 3 años (STS 9 septiembre 2015 [RJ 2015, 4179]), etc. Alguna sentencia limita la solución temporal hasta que los hijos menores alcancen la mayoría de edad (SAP Castellón 20 junio 2011 [AC 2014, 1632]).

74 TORRELLES TORREA, E.: “Atribución del uso”, cit. p. 78.

75 ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 241.

76 STS 21 julio 2016 (RJ 2016, 3445).

poner en riesgo de desamparo a los hijos en el periodo de guarda del progenitor más necesitado de protección⁷⁷.

VI. LA COMPENSACIÓN POR EL NO USO DE LA VIVIENDA.

A falta de regulación del CC, existe un principio general de gratuidad del uso de la vivienda familiar; en base al cual no suele compensarse la pérdida del uso del beneficio dejado de obtener en caso de venta inmediata del inmueble o explotación económica por parte del cónyuge titular o cotitular no beneficiado; esta postura reside en la concepción de la vivienda familiar como una medida de carácter eminentemente familiar y asistencial derivada de la patria potestad (cuando hay hijos menores) o del interés más necesitado de protección (cuando no los hubiera o hay custodia compartida), por lo que el derecho de uso no puede ser una carga que infravalore la propiedad⁷⁸.

En cambio, nos adherimos a la opinión de que el cónyuge que queda privado del uso sufre un empobrecimiento patrimonial (ha de procurarse otra vivienda para su cubrir su necesidad de habitación), por lo que es necesaria su compensación económica para evitar posibles desequilibrios o situaciones de abuso, p. ej. cuando el cónyuge custodio-usuario tenga medios económicos suficientes que le permitan acceder a otra vivienda, o cuando hay una situación de insolvencia del cónyuge no custodio⁷⁹; incluso creemos que sería posible la compensación en la atribución alterna del derecho de uso de la vivienda, cuando ésta sea de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges⁸⁰. El hecho de que el origen de la dicha atribución sea asistencial y familiar, al regir en la materia el principio de protección al menor, no impide que puedan atribuírsele consecuencias económicas⁸¹. También se pueden encontrar soluciones inspiradas en el legislador autonómico (País Vasco, art. 12.7 Ley 7/2015⁸²; Aragón, art. 83.2 d) CDFA; Cataluña, arts. 233-20.1 y 233-20.7 CC Cat.), o art. 219-27 de la Propuesta de CC redactada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), que contemplan dicha solución objetivamente y sin distinción del tipo de guarda.

77 En Cataluña (art. 233-20.5 CC Cat.), País Vasco (art. 12.5 de la Ley 7/2015) y Aragón (art. 81.3 CDFA) el plazo es susceptible de prórroga temporal –máximo de 2 años en el País Vasco, si se mantienen las circunstancias que la motivaron, debiendo solicitarse (Cataluña y País Vasco), como máximo, 6 meses antes del vencimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

78 STS 23 diciembre 1993 (RJ 1993, 10113); SAP Zaragoza 1 abril 2003 (AC 2003, 1227).

79 Según OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017, "en estos casos la iniquidad de la norma es más que patente, en tanto que la gratuidad completa y sin matices carecerá de cualquier tipo de justificación razonable".

80 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso en los casos", cit., p. 270.

81 TAMAYO CARMONA, J. A.: "El derecho de uso", cit., p. 270.

82 CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 346.

En cuanto a la cuantificación de la compensación, el legislador vasco –y parte de la jurisprudencia⁸³- entiende que se hará “teniendo en cuenta las rentas pagadas por el alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja” (art. 12.7 Ley 7/2015). Posteriormente, habrá que dividir dicho importe por el número de ocupantes de la casa y multiplicarlo por el número de alimentistas; y si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a ambos, la cuantía se reducirá en proporción a la cuota de propiedad que ostente el cónyuge al que no se le ha atribuido el uso.

Para aplicar la compensación existen dos posibilidades. La primera es hacerlo de forma directa (derecho de crédito). La segunda posibilidad, recogida en la legislación catalana (art. 233-20.7 CC Cat.), vasca (arts. 10.3 y 12.7 Ley 7/2015), y en el art. 219-27 de la propuesta de CC (APDC), considera dicha compensación: (i) una prestación *in natura* del derecho de habitación, que disminuye –pero no agota⁸⁴- la cantidad a pagar por prestación de alimentos (arts. 142 y 154 CC), incluyendo el importe de la compensación en la cifra fijada como alimentos⁸⁵ o a efectos de calcular su *quantum*⁸⁶ (aquí TAMAYO CARMONA se pregunta cual será ser la contribución del progenitor beneficiado con el derecho de uso al deber de costear, dentro de la pensión de alimentos de la que sigue siendo deudor, las necesidades habitacionales del menor⁸⁷); (ii) una forma de compensación económica que permite disminuir la prestación compensatoria (art. 97 CC)⁸⁸. El problema es que en el régimen de custodia compartida no suele haber pensión de alimentos (los padres se reparten el cuidado y atenciones a los hijos) ni compensatoria (salvo que haya desequilibrio económicos entre los progenitores, en cuyo caso la pensión puede consistir en el mismo derecho de atribución)⁸⁹, por lo que en estos casos creemos que sería recomendable una compensación directa, siempre y cuando, obviamente, no se hubiera producido la atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección, pues no habría compensación posible⁹⁰.

83 La SAP Ourense 29 enero 2016 (JUR 2016, 76244) exige al progenitor al cual ha sido atribuido el uso, una compensación al otro progenitor en la cantidad de 90 €/mes, toda vez el importe de la carga hipotecaria que grava su vivienda (117 €/mes) es inferior a la renta del alquiler (320 €/mes) que el otro progenitor debe abonar para atender las necesidades de habitación propias y del hijo común.

84 Según OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Atribución del uso”, cit. el cónyuge no custodio debe seguir pagando lo necesario para satisfacer el resto de necesidades alimenticias.

85 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso”, cit., p. 3398.

86 SSTs 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250), 29 marzo 2011 (RJ 2011, 3021).

87 TAMAYO CARMONA, J. A.: “El derecho de uso”, cit., p. 286.

88 STS 17 octubre 2013 (RJ 2013, 7255).

89 SAP Salamanca 31 julio 2015 (JUR 2015, 215 196).

90 TORRELLES TORREA, E.: “Atribución del uso”, cit., p. 88.

VII. ATRIBUCIÓN DEL USO DE SEGUNDAS RESIDENCIAS.

A la pregunta de si es posible la atribución judicial del derecho de uso de viviendas secundarias de la familia, una corriente jurisprudencial argumenta que la única atribución que contempla el art. 96 CC lo es de la vivienda familiar, por lo que no se incluyen en la misma las segundas residencias o las viviendas de temporada⁹¹, todo ello sin perjuicio de lo que las partes pacten o decidan las autoridades judiciales en el proceso correspondiente (normalmente en la liquidación de la sociedad de gananciales).

Coincidimos con otra línea jurisprudencial que interpreta ampliamente la expresión “vivienda familiar”, de modo que comprendería no únicamente la que constituye la primera residencia sino también cualquier otra que esté por cualquier título jurídico a disposición de los miembros del grupo⁹², argumentando que dentro de las medidas a adoptar en las causas matrimoniales se incluye la determinación del régimen de uso y administración de todo el patrimonio ganancial, constituya o no vivienda familiar, a la espera de su posterior liquidación, apoyándose en lo dispuesto en el art. 103.4 CC para las medidas provisionales, y en los arts. 774.3 para las definitivas, dejando claro que, en todo caso, tal atribución de uso lo puede ser solamente a favor de uno de los cónyuges (copartícipes del régimen económico ganancial), no de los hijos⁹³; e incluso cabe la solicitud de modificación de medidas definitivas (art. 775 LEC) cuando la vivienda familiar atribuida inicialmente a uno de los cónyuges hubiera perdido la consideración de “familiar”, p. ej. por haber abandono del inmueble al haberse ido a vivir con la actual pareja. En todo caso se ha advertido que esta solución no tiene la misma consideración jurídica, ni goza de idéntica protección, a efectos de terceros, que el uso del domicilio familiar propiamente dicho, además de que suele aplicarse como solución de carácter provisional, p. ej. hasta la liquidación de la comunidad de bienes.

En algunas CC.AA. se ha dado cabida expresamente a esta posibilidad. P. ej., en Cataluña (art. 233-20.6 CC Cat.) y en el País Vasco (art. 12.6 Ley 7/2015) el juez puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de la vivienda de los hijos menores y, en su caso, la del progenitor más necesitado.

91 COSTAS RODAL, L.: “Limitación temporal”, cit. En la jurisprudencia, SSAP Castellón 4 junio 2007 (JUR 2007, 321635), Teruel 24 noviembre 2009 (JUR 2010, 94171), etc.

92 Conclusión a la que se llegó en el “III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia”, celebrado en Madrid el 28, 29 y 30 de octubre de 2008, p. 8. En la jurisprudencia, las SSTs 10 octubre 2011 (RJ 2011, 6839) o 16 enero 2015 (RJ 2015, 355).

93 SAP Cádiz 13 mayo 2002 (JUR 2002, 188250) y Cáceres 30 enero 2003 (JUR 2003, 45474).

VIII. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. MENCIÓN ESPECIAL A LA CONVIVENCIA CON UN TERCERO.

En Cataluña, el derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda (art. 233-24 CC Cat.). Pero si el derecho de uso se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge (casos de custodia compartida), se extingue por las siguientes causas (233-24.2): a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica. b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona. c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso. d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga. e) De común acuerdo entre los cónyuges o por renuncia del cónyuge beneficiario⁹⁴. En parecido sentido *vid.* causas de extinción del derecho de uso en el País Vasco (art. 12.11 Ley 7/2015), aunque éstas se aplican también a aquellos casos en los que el uso de la vivienda se haya asignado por razón de la guarda y custodia.

Tradicionalmente se ha considerado que no se extingue el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero⁹⁵ cuando dicho derecho hubiera sido atribuido por razón de la custodia de los hijos menores. En estos casos debe primar la libertad de entrada en el domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. En todo caso, según la STS 19 enero 2007 (RJ 2017, 754), esta circunstancia debería ser objeto de revisión modificativa en el procedimiento de familia correspondiente⁹⁶, rebajando las pensiones alimenticias (arts. 90 , 91 *in fine* CC, en relación con los arts. 93, 145 y 146 CC⁹⁷), o extinguiendo la pensión compensatoria (art. 97 CC) por convivir el cónyuge con otra persona (art. 101 CC⁹⁸)⁹⁹. MARTÍNEZ CALVO

94 Según el art. 233-24 CC Cat. "Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso".

95 Según la STS 9 febrero 2012 (RJ 2012, 2040) por convivencia marital no es necesario que se trate estrictamente de un "proyecto global de vida en común" y/o de una convivencia continua "bajo el mismo techo", sino que basta con que sea una relación con caracteres de permanencia y estabilidad.

96 SAP Madrid 10 julio 2017 (JUR 2017, 216669). En el caso concreto, la que fuera esposa del demandante y a la cual había sido atribuido el uso de la vivienda *per relationem* (caso de custodia exclusiva) pasa a convivir en la vivienda familiar con una nueva pareja y con el hijo que ambos tienen.

97 Argumenta la STS 19 enero 2007 (RJ 2017, 754) que ello debido a que, "además de repercutir en la contribución de gastos, tales como los de comunidad de la vivienda -al ser repartidos al 50%-, y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la pensión de alimentos en su día, son gastos estos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, ahora apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso; lo cual debe tener, por razones de equidad y justicia su repercusión a la hora de modificar la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos, en los cuales la vivienda forma parte integrante del concepto de alimentos".

98 El art. 101.1 CC establece que "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por convivir maritalmente con otra persona".

99 SAP Alicante 22 junio 2018 (JUR 2018, 317434).

ve con cierto escepticismo que la compensación pueda llevarse a efecto con cargo a la pensión alimenticia, ya que los hijos contarán con menos recursos para cubrir sus necesidades; coincidimos con el autor la solución más apropiada pasaría por establecer una compensación que incidiera únicamente en los relaciones patrimoniales entre los ex cónyuges, lo que puede llevarse a cabo bien reduciendo la pensión compensatoria¹⁰⁰ (si la hubiera) o bien a través de una compensación económica directa —incrementándola o fijándola ex novo⁻¹⁰¹.

En cambio, una segunda línea doctrinal defiende la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de matrimonio o convivencia marital con un tercero, haya o no hijos menores de edad¹⁰². Al respecto, la STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)¹⁰³ se basa en dos argumentos: 1.º la pérdida del carácter familiar por este motivo, y 2.º la posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios, ya que —dice— “el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos”. En cuanto al primero de los argumentos, dice el TS que “La introducción de un tercero en la vivienda (...), cambia el estatus del domicilio familiar”, al introducir a una tercera persona en la misma, que hace perder a la vivienda su antigua naturaleza “por servir en su uso a una familia distinta y diferente”, pues ello “tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente (...)”¹⁰⁴. En lo referente al segundo argumento, la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda ya que la progenitora se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si adquiere la mitad o se vende y adquiere otra.

Con respecto a la pérdida del estatus de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente que argumenta la STS 20 noviembre 2018

100 Coincidimos con MUÑOZ RODRIGO, G.: “La extinción de la pensión compensatoria por “convivencia marital”: significado y finalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, bis (extraordinario), jul. 2018, pp. 361-362, en que la finalidad de la pensión compensatoria es evitar el desequilibrio cuyo origen se encuentra en los diferentes roles que han asumido los cónyuges durante el matrimonio, por lo que no se entiende el automatismo que pretende el art. 101 CC al extinguir dicha prestación por convivencia marital, lo que fuerza a muchas nuevas parejas a no casarse o a no emprender un proyecto común y vivir bajo el mismo techo, o simplemente a ocultar la existencia de una relación estable. Por ello, -dice el autor- sería recomendable sustituir la pensión compensatoria por una indemnización basada en el enriquecimiento injusto, que quedaría al margen de posibles vicisitudes futuras.

101 MARTÍNEZ CALVO, J.: “La extinción”, cit., p. 175.

102 ORDÁS ALONSO, M.: “El matrimonio”, cit. Lo que cuestiona la autora es que la libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio.

103 Postura ya “avanzada” en su día por la SAP Almería 19 marzo 2007 (AC 2007, 505).

104 Este argumento viene a reproducirse en la STS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495), según la cual “En aplicación de esta doctrina, que la sala de apelación no desconocía, debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario”.

(RJ 2018, 5086), MARTÍNEZ CALVO recuerda que todavía habitan en la vivienda los miembros de la familia primitiva, por lo que desde este punto de vista, resultaría más discutible dicha consecuencia; además –sigue diciendo–, hay que tener en cuenta que la *ratio legis* del art. 96.I CC es la protección de los hijos menores, y en la sentencia no quedan claras las circunstancias concretas de cómo se va a dar cumplimiento al derecho de habitación, p. ej. características y localización del inmueble¹⁰⁵. En definitiva –cree el autor– no queda tan claro que se estén conciliando los intereses de las partes implicadas.

En cualquier caso, de entenderse que se produce la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, ello no deberá afectar ni al régimen de custodia ni a la atribución de la vivienda, sino que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro¹⁰⁶. Por otro lado, coincidimos con ORDÁS ALONSO en cuanto afirma que la pérdida y privación del derecho de uso podría verse compensada con un incremento de la pensión alimenticia proporcional al beneficio obtenido por el progenitor alimentante que recupera su vivienda privativa o puede así liquidar anticipadamente el inmueble ganancial¹⁰⁷.

IX. LA REFORMA DEL ART. 96 CC.

Se ha podido ver la insuficiencia del art. 96 CC para regular la atribución del uso de la vivienda familiar, por cuanto su concepción está pensada para casos de custodia individual¹⁰⁸, de forma que su contenido no se adecua a la realidad práctica de los casos enjuiciados¹⁰⁹, ni mucho menos para las soluciones referidas a la custodia compartida (a pesar de la forzada interpretación analógica del art. 96.II CC), lo que ha provocado una incesante tarea judicial en la búsqueda soluciones jurídicas que, adecuándose a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y adaptándose a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3.I CC), permitan atender no solamente al interés superior del menor, sino también a otros intereses igualmente legítimos, como p. ej. el del “cónyuge más necesitado de protección” o el derivado de la titularidad de la vivienda familiar, pudiendo llegar, especialmente en el régimen de custodia compartida, incluso a soluciones que pasan por limitar temporalmente el derecho de uso de la vivienda

¹⁰⁵ MARTÍNEZ CALVO, J.: “La extinción”, cit., pp. 160, 169-170.

¹⁰⁶ SAP Almería 19 marzo 2007 (AC 2007, 505).

¹⁰⁷ ORDÁS ALONSO, M.: “El matrimonio”, cit.

¹⁰⁸ SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución”, cit., p. 149.

¹⁰⁹ MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a M.: “Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar: (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 95, núm. 774, 2019, pp. 1781-1782.

familiar, por compensar económicamente el no uso de la vivienda a favor del cónyuge titular (o cotitular) de la misma, etc.

No obstante, en aras a una mayor seguridad jurídica, creemos necesaria la reforma del art. 96 CC, de manera que, de una forma flexible, recoja las principales soluciones establecidas por el Tribunal Supremo, por el legislador autonómico, o por la doctrina autorizada en la propuesta de CC de la APDC (arts. 219-25 y 219-27).

Resulta interesante la propuesta de CC de la APDC, por cuanto adopta soluciones que vienen siendo tenidas en cuenta tanto por el TS como por el legislador autonómico. P. ej. en el art. 219-25, ap. 1 exige para la atribución del uso en casos de custodia exclusiva que el cónyuge custodio “no disponga de medios suficientes para proporcionar un entorno adecuado al menor”; en el ap. 2 amplía el concepto de “vivienda familiar” cuando dice que “el juez puede autorizar que la atribución de uso recaiga sobre otra vivienda distinta de la que constituyó el domicilio familiar si ello no compromete la estabilidad del menor”; en el ap. 3 “aunque existan hijos menores, el juez puede atribuir el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, cuando la vivienda de aquéllos sea satisfecha a través de otras vías idóneas”; y en su ap. 4 posibilita el uso alterno de la vivienda familiar cuando la guarda sea compartida. Por último, el art. 219-27 fija la compensación de la asignación del uso como contribución en especie, siendo aplicable a los alimentos o a la pensión compensatoria.

Vemos con cierta desazón cómo el *Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (a 21 de septiembre de 2018) no recoge en su art. 11 prácticamente novedad alguna¹¹⁰ con respecto al art. 96 CC, de manera que deberán seguir siendo los tribunales los que hagan la labor que el legislador ha omitido realizar, lo que en un sistema codificado como el nuestro, y sin menospreciar la excelente labor que realizan aquellos, provoca una merma de la seguridad jurídica.

110 Las novedades son: limitar a la mayoría de edad la atribución del uso a los menores en casos de custodia exclusiva, atendiéndose las necesidades de los mayores dependientes a través del deber de alimentos (salvo que requiriese de medidas de apoyo); y 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.

BIBLIOGRAFÍA.

BELTRÁN CABELLO, C.: "Atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida cuando aquella era propiedad privativa de uno de los cónyuges (Comentario a la STS de 14 de junio de 2017)", *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 202, 2017, pp. 129-132.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de derecho inmobiliario (RDCI)*, núm. 743 (2014), pp. 1347-1375.

BRAVO DE MANSILLA, G. C.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de los progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad Civil*, núm. 15, 2007, pp. 1738-1755.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiar*, 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 compartida de los hijos menores", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 45, 2018.

COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 167-176.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial", *RDCI*, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326.

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 españolas e italiana", *RDCI*, Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp. 3387-3466.

DOMINGO MONFORTE, J.: "Custodia compartida y vivienda familiar. La nueva doctrina jurisprudencial", *Diario La Ley*, núm. 9012, 2017.

FLORES MARTÍN, J.: "El ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores. Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril (JUR 2019, 142129), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 49, 2019.

FUGARDO ESTIVILL, J. M^a.: *Familias monoparentales y relaciones de convivencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por "convivencia marital": significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, bis (extraordinario), jul. 2018, pp. 346-362.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a M.: "Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar: (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)", *RDCI*, Año núm. 95, núm. 774, 2019, pp. 1779-1806.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Análisis crítico de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019, pp. 352-371.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, núm. 3 (julio-septiembre), 2019, pp. 155-178.

MECO TÉBAR, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida: comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista boliviana de derecho* núm. 19, 2015.

MORENO VELASCO, V.: "La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.", *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza", *Diario La Ley*, núm. 9332, 2019;

ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018.

PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas", *RDCI*, núm. 736, 2013, pp. 1133-1150.

SANTOS MORÓN, M^a. 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*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 1-36.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 145-163.

TAMAYO CARMONA, J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 264-291.

TORRELLES TORREA, E.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, mayo-junio 2017, pp. 57-92.

LOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN DE LA
VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA CONCESIÓN DE LA
CUSTODIA COMPARTIDA

*THE PROBLEMS OF THE RECONCILIATION OF FAMILY AND
LABOR LIFE IN THE CONCESSION OF SHARED CUSTODY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 220-245



Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2019

RESUMEN: Los horarios interminables, las situaciones de desempleo o la necesidad de contar con el apoyo de los abuelos son, entre otras, algunas de las dificultades que se tienen en cuenta a la hora de conceder o no la custodia compartida. Ante la discrepancia en su valoración y ponderación de estos problemas por los tribunales, se reclama la necesaria conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

PALABRAS CLAVE: Ayuda de los abuelos; conciliación de la vida familiar y laboral; custodia compartida; derecho a solicitar la adaptación de la jornada.

ABSTRACT: *Endless schedules, unemployment situations or the need for grandparents to support are, among others, some of the difficulties that are taken into account when granting or not shared custody. Given the discrepancy in their assessment and weighting of these problems by the courts, the necessary reconciliation of personal, family and work life is claimed.*

KEY WORDS: *Grandparents help; conciliation of work and family life; shared custody; right to request the adaptation of the working day.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: CRITERIOS A VALORAR PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- II. LAS DIFICULTADES DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. III. DISCREPANCIAS AL PONDERAR LOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN. I. Análisis crítico de la SAP Badajoz (Sección 2ª), 9 julio 2019.- 2. Valoración positiva de SAP Badajoz (Sección 2ª), 21 mayo 2019.- IV. RECLAMACIÓN DE LA NECESARIA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: CRITERIOS A VALORAR PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La Ley 15/2005, de 8 de julio modificó la regulación sobre la custodia compartida de nuestro CC, al dar una nueva redacción al art. 92, ajustándola a la actual realidad social donde la incorporación de la mujer al mundo del trabajo fuera de casa está patente y son los dos progenitores los que deben asumir responsabilidad también en el cuidado de los hijos¹.

Se diferencian tres supuestos en los que es posible acordar la custodia compartida según el art. 92 CC: cuando los padres soliciten en la propuesta de convenio regulador en el ámbito de separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 92. 5 CC), cuando en un proceso contencioso los padres lleguen al acuerdo sobre custodia compartida de sus hijos en el transcurso del procedimiento (art. 92.5 CC) y el tercer supuesto, contemplado por el art. 92.8 CC, cuando el Juez acuerde la guarda y custodia compartida, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 del art. 92 CC, excepcionalmente, a instancia de una sola de las partes, y sólo si de esta forma se protege el interés superior del menor. Nuestro ordenamiento parece excluir que ambos progenitores pidan para sí la custodia individual del menor ni contempla la posibilidad de que la autoridad judicial resuelva a favor de la custodia compartida si no la pide ninguno de los cónyuges².

Es cierto, como indica la STS 22 febrero 2017 que “el régimen de guarda y custodia compartida es cada día más frecuente y es ya el ordinario y no el

1 Publicada en BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

2 GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. y SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 98 y 99.

• Esther Alba Ferré

Profesora de Derecho Civil, Universidad Europea de Madrid. Correo electrónico: esther.alba@universidadeuropea.es

excepcional para aplicar la guarda y custodia de menores ante la separación o divorcio de sus padres”³. Y en este mismo sentido, el Anteproyecto de Ley de ámbito estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de 10 abril 2014 descartaba la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida y dejaba al criterio del tribunal la decisión sobre la opción más beneficiosa para el menor⁴.

No hay que confundir términos. El hecho de que la custodia compartida sea cada día más frecuente y ya no sea excepcional no conlleva que deba ser preferente o impuesta. BECERRIL y BENEGAS consideran que “... nada impuesto suele ser positivo, en eso todo el mundo está de acuerdo, ni se impone una compartida, ni se debe imponer la custodia monoparental. La custodia compartida va unida a una responsabilidad de los padres, a un compromiso en el bienestar de los hijos”⁵. Así la STS 29 abril 2013 resalta que la custodia compartida “... habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectiva el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”⁶.

Por lo tanto, los tribunales siempre deberán valorar el interés superior del menor al considerarlo primordial⁷. Este interés ha dejado de ser un concepto indeterminado para ser definido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor⁸ en su art. 2 (redactado por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹) teniendo en cuenta una serie de criterios y elementos generales. De todos ellos, ante una ruptura matrimonial nos interesa el mencionado en el art. 2.2.c) relacionado con “La conveniencia de que su vida y su desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea positivo y posible para el menor”.

3 STS 22 febrero 2017 (RAJ 2017, 650).

4 Disponible en <http://www.laley.es/Marketing/pdf/Corresponsabilidad%20parental.pdf> (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2019).

5 BECERRIL, D. en el capítulo 3 “Algunos mitos de la custodia compartida” en BECERRIL, D. y BENEGAS, M.: (Coordinadores), *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017 p. 80. Véase CATALÁN FRIAS, M.ª J.: “La custodia compartida”, *Revista Derecho y Criminología*, 2011, pp. 69 – 72 las ventajas y desventajas de la custodia compartida.

6 STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269).

7 La STC 22 diciembre 2008 (RTC 2008, 176) se pronuncia sobre el interés superior del menor considerando que “... opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor ...”.

8 Publicada en BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

9 Publicada en BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Frente a la posición del Tribunal Supremo a la hora de examinar la custodia compartida, observamos como las Audiencias Provinciales están valorando e interpretando de manera muy diferente si procede el reconocimiento de la custodia compartida, llegando a utilizar hasta catorce criterios distintos a la hora de decidir entre la custodia exclusiva o la compartida¹⁰.

Nos interesa resaltar fundamentalmente el criterio relacionado con los problemas derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral y determinar si existe discrepancia a la hora de valorarlos y ponderarlos en la concesión de la custodia compartida¹¹. En concreto, y en relación con la ayuda de familiares o de cuidadores externos, es necesario saber si los abuelos se han convertido en una ayuda sustitutiva del derecho a la conciliación y cuál ha de ser su verdadero papel en este ámbito.

La custodia compartida debe ser entendida en aras siempre de la estabilidad del menor¹² y del derecho que éste tiene a relacionarse con ambos progenitores. Esta custodia debe conjugar con los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Ambos principios, aunque relacionados no son idénticos, “la idea que está detrás de la corresponsabilidad parental es la de un complejo entramado de deberes, derechos y funciones y hasta actitudes respecto al cuidado y educación

-
- 10 AA.VV.: “Aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre custodia compartida en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil”, Informe publicado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Marzo 2017, pp. 11-13 donde se identifican en el análisis cuantitativo hasta catorce principios que han sido interpretados de forma muy diferente por cada Audiencia Provincial a la hora de decir si procede o no el reconocimiento de la custodia compartida. Entre estos factores podemos destacar a modo de ejemplo los siguientes: la distancia entre los domicilios; la conflictividad y los problemas de comunicación de la pareja; el informe psicosocial o la prueba del Gabinete psicosocial; la edad del menor; el deseo del menor: peticiones, deseos o preferencias manifestadas por el menor, deducidos del informe psicosocial, del acto de la vista, de informe privados o de la exploración judicial; el informe del Ministerio Fiscal; los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral; la existencia de la figura del cuidador principal durante la convivencia y la práctica, anterior a la separación, de los padres en sus relaciones con los menores; la aportación de un plan de parentalidad; el mantenimiento del *status quo* porque favorece la estabilidad emocional del menor; la existencia de *facto* de la custodia compartida y convivencia de cambiarle de nombre; el error en el *petitum* cuando realmente no se pide una custodia compartida, sino una custodia monoparental con un régimen amplio de visita; la variación sustancial de las circunstancias en un procedimiento de modificación de medidas definitivas y el interés real del solicitante que se infiere de su actuación procesal.
- 11 Véase, SOLSONA, M., SPINKER, J., y AJENJO, M.: en el capítulo 2 “Calidoscopio de la custodia compartida en España” en BECERRIL, D. y BENEGAS, M.: (Coordinadores), *La custodia compartida*, cit., p. 51 la tabla I con los principales criterios para otorgar la custodia compartida en la legislación autonómica de p. 51 donde divide el quinto criterio, dedicado a la conciliación, en tres subcriterios:
- 5 a “La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, las actividades de los padres y los hijos, así como la actitud, la voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes”,
 - 5 b “La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener el trato directo con cada hijo o hija de menor edad”.
 - y 5 c “La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores, así como los apoyos con los que cuentes”.
- 12 Al respecto, VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 237, entiende que la estabilidad “... nos lleva a la necesidad de estabilidad de residencia, estabilidad en los ingresos de los progenitores que conduce a poder hacer frente a las necesidades del menor en las distintas etapas de la vida...”. La STC 26 mayo 2005 (RTC 2005, 138) aborda la seguridad jurídica en las relaciones paterno filiales y la estabilidad del estado civil de los menores.

de los hijos cuyo ejercicio corresponde a ambos padres; la corresponsabilidad parental es mucho más que la custodia compartida” y el principio de coparentalidad “cabría entenderla como un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse frecuentemente con los dos, a pesar de la separación de los padres” siguiendo a ESTELLES PERALTA¹³. Es necesario que estos principios entren en juego junto con la conciliación de la vida familiar y laboral, ya que la custodia compartida los potencia, trayendo numerosos beneficios al desarrollo adecuado de la personalidad del menor siempre que haya una verdadera implicación de ambos progenitores¹⁴.

Sin embargo, es muy importante resaltar, como lo hace CRUZ GALLARDO, que “la aplicación del principio de corresponsabilidad parental en el régimen de custodia compartida no significa que los progenitores compartan idénticos periodos de convivencia con los hijos, aunque sin duda lo favorezca. Lo que comparten en un plano de igualdad es el cuidado y la atención que les han de prestar, y las demás funciones que integran la patria potestad, en términos similares a como lo hicieron durante la vida matrimonial”¹⁵.

Realmente, una vez que detectemos las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar que hayan sido valoradas por los tribunales al de decidir la concesión o no de la custodia compartida, será importante resaltar las medidas que harán efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral e incluso personal.

II. LAS DIFICULTADES DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Como resalta CRUZ GALLARDO, con anterioridad “... a la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, habitualmente la jurisprudencia atribuía a la madre la guarda y custodia de los hijos, salvo circunstancias excepcionales y desfavorables, al ser quien dedicaba mayor tiempo a su atención y cuidado, principalmente en menores de corta edad, al considerarlo el mejor modo de proteger el interés del menor”¹⁶.

13 ESTELLES PERALTA, P. M.^a: “Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar”, *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 24, 2017, pp. 83 y 86. El concepto de corresponsabilidad parental que podría equipararse con el concepto tradicional de patria potestad no es nuevo ya que fue utilizado por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Publicado en DOUE- L- 2003-82188.

14 En este sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Abogados de Familia*, La Ley, núm. 50, 9 de octubre de 2008, p. 2.

15 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 504.

16 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia*, cit., p. 255.

Hoy en día, ambos progenitores trabajan y muchas crisis en la pareja están motivadas por la falta de conciliación entre la vida familiar y laboral de los padres, haciendo que la tensión laboral provoque separaciones familiares¹⁷. Los propios hijos y toda la responsabilidad hacia ellos algunas veces separan más que unen. Precisamente la falta de conciliación que provoca la crisis, en ocasiones se valora ante los tribunales para no conceder la custodia compartida. Este círculo vicioso es el que lleva a plantearnos la necesidad de valorar y ponderar de manera más homogénea todos los problemas relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral a la hora de decidir cambiar el modelo de custodia.

Normalmente, se aprecia de manera muy positiva que ambos progenitores por su trabajo puedan organizarse para atender al menor¹⁸, sobre todo si sus horarios se complementan¹⁹. Por ello, las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar no pueden ser obstáculo sobre todo cuando ambos progenitores presentan similares problemas²⁰. La falta de conciliación puede ser motivada por el menor tiempo que tiene el progenitor para estar en compañía del menor durante la jornada laboral, circunstancia ordinaria y común a muchas familias, derivada de la disponibilidad de horarios por razones de trabajo que dificulta la conciliación de la vida laboral y familiar²¹.

El horario laboral influye en la decisión judicial cuando los progenitores están capacitados o son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia. La disponibilidad de tiempo para el ejercicio de las responsabilidades parentales es valorada junto con otros criterios, como la capacidad efectiva y la disponibilidad educativa, para facilitar el desarrollo adecuado del menor. Por ello, el simple hecho de que tenga más tiempo disponible laboralmente el padre que la madre no permite concluir que la guarda y custodia le sea adjudicada al que tenga mismo tiempo. En ocasiones, se concede la custodia al progenitor cuya jornada laboral le permite dispensar mayor cuidado y atención a los menores²² o se amplía el régimen de visitas al progenitor no custodio con mayor flexibilidad de horario laboral con el fin de normalizar las relaciones familiares.

La alteración del horario laboral del progenitor custodio que perjudica el interés superior del menor es la que dará lugar a la modificación de la medida

17 El Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), siendo datos de 2018, señala que el total de procesos de nulidad han variado anualmente -2,8 igual que los divorcios y que en relación con la custodia compartida dicha variación es de un 11,9. Datos disponibles en <https://ine.es> (fecha de consulta: 29 de noviembre de 2019).

18 SAP Madrid (Sección 24ª), 13 febrero 2014 (JUR 2014, 94430).

19 SAP Asturias (Sección 4ª), 16 septiembre 2015 (JUR 2015, 247439).

20 SAP Asturias (Sección 4ª), 14 junio 2013 (JUR 2013, 246331).

21 SAP Coruña (Sección 5ª), 10 octubre 2013 (JUR 2013, 326343).

22 SAP Guipúzcoa (Sección 1ª), 29 julio 1999 (AC 1999, 1450).

judicial adoptada²³. Sin embargo, no existe inconveniente en conceder la custodia compartida si los horarios de trabajo del uno de los progenitores varían pero ello no supone una modificación importante que impida tener consigo al menor hasta la entrega al otro progenitor, aun contando con la ayuda de abuelos²⁴,

La disponibilidad horaria no debe tenerse en cuenta por ser una variable absolutamente impredecible de futuro²⁵. Sin embargo, cuando no existe flexibilidad por ambas partes, los tribunales en ocasiones valoran que la madre tenga más disponibilidad de tiempo, con ayuda de sus padres, dedicándose el padre en mayor medida a su trabajo, siendo la disponibilidad horaria más reducida, por lo que se mantiene la custodia exclusiva para la madre. En otras ocasiones, esas dificultades de organización del padre, que cuenta con ayuda externa, no son obstáculo para reconocer la custodia compartida, como se observará en una de las sentencias que se analizará a continuación.

No obstante, los turnos de trabajo pueden dificultar poner en práctica la custodia compartida. Así, en SAP Oviedo (Sección 6ª), 16 noviembre 2015 se rechaza la custodia compartida prevista en el convenio regulador a un padre con el turno de noche en que el trabajo le imposibilita conciliar la vida laboral y familiar²⁶. En sentido contrario, si los horarios del padre son flexibles, con cambios de turno y en aplicación del plan Concilia, disponiendo días libres, no se considera que exista impedimento para la fijación del sistema de custodia compartida²⁷. No se puede afirmar con carácter genérico, que el horario laboral de uno de los progenitores es incompatible con una custodia compartida, pues ello implicaría penalizar a quien cuenta con un puesto de trabajo²⁸.

Existen distintas formas con las que el padre puede esforzarse en aumentar su disponibilidad y que son valoradas positivamente por los tribunales. El progenitor no custodio puede trasladar su domicilio²⁹ cambiar su jornada laboral³⁰ e incluso por la flexibilidad que le permite su profesión dedicar más tiempo al hijo³¹.

El recurso a cuidadores externos tampoco es obstáculo para conceder la custodia compartida, salvo que revele la dejación de funciones por el padre, como

23 Véase en este sentido, SAP Madrid (Sección 22ª), 16 octubre 2007 (AC 2007, 2324) y SAP Asturias (Sección 1ª), 20 septiembre 2007 (JUR 2008, 15299).

24 SAP Salamanca (Sección 1ª), 22 octubre 2013 (JUR 2013, 347417).

25 SAP Bilbao (Sección 4ª), 30 marzo 2015 (JUR 2015, 131760).

26 SAP Oviedo (Sección 6ª), 16 noviembre 2015 (JUR 2015, 298216).

27 SAP Coruña (Sección 5ª), 23 octubre 2015 (JUR 2015, 289208).

28 SAP León (Sección 2ª), 19 mayo 2014 (JUR 2014, 181941).

29 SAP Vizcaya (Sección 4ª), 6 octubre 2015 (JUR 2015, 3022521).

30 SAP Bilbao (Sección 4ª), 8 octubre 2014 (JUR 2014, 277923).

31 SAP Guipúzcoa (Sección 3ª), 27 julio 2015 (JUR, 2015, 49534).

se observa en SAP Madrid, (Sección 22ª), 18 diciembre 2015³². Se considera clave que ambos progenitores estén muy implicados en el cuidado del menor y se valora positivamente que dispongan de medios materiales y apoyo familiar suficiente, ya que si antes de la ruptura se necesitaba dicha ayuda, no puede ser impedimento en el momento de la crisis. Es muy normal en las familias actuales que los hijos queden al cuidado de terceras personas durante el tiempo en que los progenitores desarrollan su actividad profesional, concediéndose la custodia compartida al no parecer contrario al interés del menor³³.

Existen determinadas profesiones que pueden hacer que las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral sean mayores, como por ejemplo la de marino mercante. Es importante resaltar que si esta actividad laboral era la desarrollada con antelación a contraer matrimonio y no supuso ningún inconveniente para decidir tener descendencia, tampoco puede serlo para conceder la custodia compartida³⁴. Si el menor está acostumbrado a las ausencias paternas y durante los desembarcos el padre colabora con la menor, ello no supone ningún inconveniente para la concesión de la custodia compartida³⁵. Incluso si el trabajo paterno, como el de arquitecto, permite contar con más horas para dedicarse a su hijo, debido a que la crisis que sufre el sector inmobiliario ha determinado que dichos profesionales vean reducidas considerablemente sus labores, sin necesidad de permanecer tantas horas, como en otros tiempos, en el despacho³⁶. En otras ocasiones, la no concesión de la custodia compartida puede venir determinada por la complejidad y alteración de los horarios del padre, que era interventor de Renfe³⁷.

Se llega a conceder la custodia compartida respetando el principio de igualdad y no estableciendo discriminación por el tipo de trabajo del padre, como empresario de un club de alterne. Se considera que ello no afecta a la menor de muy corta edad porque duerme durante el trabajo paterno y tampoco se le puede negar al padre que cuente con auxilio, nada menos, de los abuelos de la menor³⁸.

La falta de estabilidad laboral está ligada muchas veces a la ausencia de medios adecuados para asumir la custodia de los menores, e incluso a la falta de permanencia en relación con el lugar de residencia del progenitor no custodia. Todos estos criterios son determinantes de la no concesión de la custodia compartida³⁹.

32 SAP Madrid (Sección 22ª), 18 diciembre 2015 (JUR 2015, 37882).

33 SAP Zamora (Sección 1ª), 7 octubre 2013 (JUR 2013, 335026).

34 SAP Asturias (Sección 4ª), 11 junio 2014 (JUR, 2014, 7944).

35 SAP Coruña (Sección 3ª), 11 julio 2014 (JUR 2014, 217673).

36 SAP Coruña (Sección 3ª), 23 julio 2014 (JUR 2014, 2173347).

37 SAP Coruña (Sección 3ª), 8 octubre 2014 (JUR, 2014, 4786).

38 SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 abril 2015 (JUR, 2015, 126793).

39 SAP Orense (Sección 1ª), 6 noviembre 2015 (JUR, 2015, 289292).

La situación de desempleo de uno de los progenitores puede ser alegada ante los tribunales para considerar que sea más beneficioso que los menores permanezcan con el desempleado en vez de con terceros ajenos al grupo familiar. Sin embargo, el tribunal rechaza la custodia materna alegando que esa es una situación temporal y que además en el caso, siguiendo la SAP Madrid (Sección 2ª), 8 diciembre 2015 el padre tenía flexibilidad horaria, lo que le permitiría concentrar su actividad laboral en una semana y permanecer más tiempo con los hijos⁴⁰. También se llega a denegar la custodia compartida considerando que el progenitor, que se hallaba en paro, puede encontrar trabajo y por lo tanto, ya no tendrá tanto tiempo para estar con su hijo como lo hacía en situaciones de desempleo⁴¹.

A modo de conclusión, los horarios interminables, la falta de flexibilidad laboral, la necesidad de contar con el apoyo de los padres o de cuidadores externos, el tipo de profesión, la ausencia de estabilidad familiar o el desempleo son algunas de las dificultades que se tienen en cuenta por los tribunales, tanto para reconocer la custodia compartida como para no hacerlo.

Los progenitores deberían intentar establecer la mejor forma de hacer conjugar estos problemas de conciliación de la vida familiar y laboral con la custodia compartida. Como indica SOLSONA y AJENJO el pacto entre los cónyuges es crucial y así se verá la custodia compartida como un avance hacia la equidad y como un reflejo de la corresponsabilidad previa a la disolución de la pareja⁴². La solución podría ser la redacción de un plan de parentalidad o de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos donde se concretarían la forma en que se ejercerían las responsabilidades parentales, detallándose los compromisos respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, haciendo hincapié en todos los problemas detectados para lograr el equilibrio entre la familia y el trabajo⁴³.

III. DISCREPANCIAS AL PONDERAR LOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN.

Se analizarán fundamentalmente dos recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, en concreto las SAP de 9 julio y 21 de mayo 2019, donde se observará la contradicción a la hora de la concesión o no de la custodia compartida, fundamentando la solución en los mismos criterios, la falta de conciliación familiar y laboral y el apoyo recibido por los abuelos.

40 SAP Madrid (Sección 2ª), 8 diciembre 2015 (JUR, 2015, 38505).

41 (SAP Coruña (Sección 3ª), 27 mayo 2014 (JUR, 2014, 217260).

42 SOLSONA M. y AJENJO M.: "La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género?", *CED, Centre d'Estudis Demogràfics, Perspectives Demogràfiques*, núm. 008, octubre 2017, p. 2 y 4.

43 El Anteproyecto de ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad y otras medidas tras la ruptura proponía la modificación del art. 90 CC relativo al convenio regulador incluyendo el Plan de ejercicio conjunto de la patria potestad.

I. Análisis crítico de la SAP Badajoz (Sección 2ª) 9 julio 2019⁴⁴.

La SAP Badajoz 9 julio 2019 estima el recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 Badajoz, 28 diciembre 2018 y resuelve conceder la custodia monoparental a favor de la madre⁴⁵.

El interés de los menores es el principal fundamento que la Audiencia Provincial de Badajoz ha esgrimido para revocar la custodia compartida a este progenitor cuya profesión de camarero le hacía difícil cumplimentar sus deberes parentales diarios, debido a su extensa e interminable jornada laboral que le imposibilitaba conciliar la vida familiar y laboral aunque contaba con la ayuda de la familia extensa y trabajaba sólo a tiempo parcial. Curiosamente en esta sentencia no existe ninguna referencia del tribunal relacionada con ese trabajo a tiempo parcial ni con el trabajo de limpiadora de la madre.

La sala señala en el fundamento jurídico cuarto que “la custodia compartida, lejos de ser un régimen excepcional, ha de ser el régimen ordinario y deseable de custodia de los hijos menores. Y que este régimen es el ideal, pues es el que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura de la pareja” pero que “también tiene sus dificultades y no siempre se puede reconocer. El fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que, en cada caso concreto, sea más favorable para el menor; en interés de este, no de los progenitores (STS 7 marzo 2017⁴⁶)”.

44 SAP Badajoz (Sección 2ª) 9 julio 2019 (JUR 2019, 223127).

45 Los hechos, de los que trae causa esta sentencia, hacen referencia a un matrimonio que había vivido en pareja durante diez años y fruto de esta unión tuvieron dos hijos. Tras la separación, el progenitor se fue a vivir con sus padres los hijos vivieron con la madre con un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. Es importante en este caso resaltar que ambos progenitores trabajan, siendo el padre camarero y que sólo trabaja a tiempo parcial y que la madre es limpiadora. El juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badajoz con fecha 28 de diciembre de 2018 dictó sentencia estableciendo el régimen de custodia compartida por semanas alternas, asumiendo ambos progenitores las necesidades de los hijos durante los periodos en los que los hijos menores permanecían bajo su custodia.

Contra esta resolución se interpuso por la progenitora recurso de apelación, solicitando la revocación de la misma y que en vez de un régimen de custodia compartida, se fije una custodia monoparental a su favor ya que la sentencia recurrida se aparta de las conclusiones del informe pericial social que desaconseja la custodia compartida por razón de la actividad laboral desempeñada por el padre donde los horarios son prolongados y dificultan la conciliación de la vida familiar y laboral y del principio *favor filii*. La madre llega a invocar cinco motivos para justificar la custodia monoparental:

1. La custodia compartida supondría de hecho la separación de los hermanos porque ella acaba de tener un hijo con otra pareja.

2. El padre ha desatendido en numerosas ocasiones su obligación de llevar los niños al colegio por quedarse dormido, consecuencia de su trabajo con jornadas que termina muy tarde.

3. Insiste que su padre al día de hoy no puede compatibilizar su trabajo con la custodia compartida y que la decisión no se puede tomar basada a meros hechos futuros refiriéndose a que el padre alegó que acomodaría su trabajo a la nueva situación.

4. Niega haber aceptado la custodia compartida.

5. Llama la atención por la falta de disponibilidad del padre en los periodos no lectivos al no haber comedor escolar durante los mismos.

El apelado se opone al recurso y niega que la sentencia de instancia haya errado al valorar las pruebas ya que el informe técnico aclara que no se aprecian múltiples factores de mal pronóstico que impidan o dificulten el éxito de la custodia compartida.

46 STS 7 marzo 2017 (JUR 2017, 705).

Es llamativo que la sentencia afirma que la actividad laboral de los progenitores "..., a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida", lo que nunca debería serlo. Recuerda la exigencia del Tribunal Supremo de horarios compatibles para el buen funcionamiento de la custodia compartida (STS 17 enero 2019)⁴⁷ y de varias sentencias referidas a profesiones como la de distribuidor autónomo de productos farmacéuticos (STS 30 octubre 2018)⁴⁸ o la de bombero (STS 3 marzo 2016)⁴⁹ donde el Tribunal Supremo o deniega la custodia compartida por tener horarios difícilmente compatibles con su ejercicio o por la falta de disponibilidad al tener guardias frecuentes.

Sin embargo, después de poner dificultades para los trabajadores con horarios amplios, parece arrepentirse de lo dicho y aclara que la custodia compartida "no está prevista sólo para progenitores desocupados o empleados con horarios flexibles" y que en la sociedad actual en que "ambos padres trabajan a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples, el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo. No es posible que uno mismo lo haga todo". Reconoce que "la ayuda familiar y externa está a la orden del día, siempre y cuando estemos hablando de complementar, no de sustituir al progenitor en los quehaceres que les sean propios. La delegación ha de ser puntual, no total".

Sin embargo, la Audiencia Provincial recuerda que "Los camareros, dependientes, repartidores, etcétera, pueden ser tributarios de la custodia compartida. Como es obvio, todo dependerá de las circunstancias del caso".

En este caso, la Audiencia Provincial de Badajoz estima que se quiebra el interés del menor, no dudando de la idoneidad del padre, al que se le reconoce aptitud y plena disponibilidad para cuidar perfectamente de sus hijos. Se considera que el problema "es el tiempo que dispone". Se ve contraproducente la adopción de la custodia compartida en la situación laboral actual, pese a la ayuda de los padres porque la decisión descansa en la situación laboral actual y no futura⁵⁰. Hoy en día "al trabajar como camarero, su jornada laboral puede hacer difícil el cumplimiento de sus deberes parentales diarios". Así se manifiesta, señala la Audiencia, cuando en alguna ocasión los hijos no han ido al colegio porque el padre se ha quedado dormido e incluso su hijo manifiesta ante la trabajadora social que le gustaría estar más tiempo con su padre.

47 STS 17 enero 2019 (RAJ 2019, 98).

48 STS 30 octubre 2018 (RAJ 2018, 4742).

49 STS 3 marzo 2016 (RAJ 2016, 2184).

50 El padre en su escrito de oposición a la apelación habla de que en un futuro "acomodará su trabajo para hacerse cargo de sus hijos".

La Audiencia indica que “en el momento actual, la custodia compartida no parece el mejor régimen de custodia” en línea con las conclusiones del informe pericial social y con la tesis del Ministerio Fiscal, y así considera que como señala el Ministerio Fiscal, “los elementos de juicio con los que contamos no ofrecen la necesaria seguridad y estabilidad para los menores. Por supuesto, si las circunstancias cambian, podrá replantarse, en su caso, otra decisión. Lo que no podemos ahora es decidir para el futuro: resulta prematuro (STS 13 julio 2017)⁵¹”. La sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso.

2. Valoración positiva de SAP Badajoz (Sección 2ª), 21 mayo 2019⁵².

Justo unos días antes, el 21 de mayo de 2019, la misma Audiencia Provincial de Badajoz dictó otra sentencia manteniendo la custodia compartida defendida por un padre de 19 años, valorando positivamente que pudiese contar con ayuda de la familia, en concreto de los abuelos, en contra de la custodia en exclusiva en favor de la madre⁵³. En este caso el padre es autónomo, trabajando en jornada de mañana en una empresa familiar y goza de una mayor flexibilidad laboral, y la madre no trabaja ya que estudia a distancia.

La Audiencia tras recordar la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre el régimen de la custodia compartida considera que “bien es verdad, con ser el más beneficioso, también tiene sus dificultades, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambiar de domicilio en periodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores (STS 9 junio 2017)⁵⁴”.

La Audiencia Provincial justifica su decisión considerando que ninguno de los argumentos, esgrimidos por la madre, justifican la instauración de la custodia monoparental. La sala utiliza cada uno de esos argumentos, convirtiéndolos en verdaderos titulares en defensa de la custodia compartida, y en este sentido resalta que:

51 STS 13 julio 2017 (JUR 2017, 442).

52 SAP Badajoz (Sección 2ª), 21 mayo 2019 (JUR 2019, I65305).

53 Los jóvenes progenitores tuvieron un hijo fruto de su relación sentimental y ambos residen desde que se rompió la relación con sus padres. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 13 de noviembre de 2018 acordando la custodia compartida. Contra dicha resolución la esposa interpuso recurso de apelación. La madre solicita la revocación de la sentencia y que se fije la custodia monoparental a su favor, invocando la infracción del principio *favor filii* y la vulneración del art. 39 de la Constitución y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. Alegando también que la motivación de la sentencia fue insuficiente ya que no se puede dar valor a la testifical que decía que el menor era feliz con su padre, presentando una grabación del lloro del menor cuando se marcha con su padre. Por último apunta que no puede ser un buen padre si es adicto a la marihuana y que siempre está de ocio con sus amigos y que además son los abuelos los que cuidan del menor. Insiste en que el padre no está capacitado para cuidarlo y que no existe relación con él, lo que imposibilitaría la custodia compartida. El padre entiende que el recurso de apelación está construido sobre hechos inventados y que no es consumidor de drogas y resalta que la sentencia de Primera Instancia está basada en todo momento en el interés superior del menor.

54 STS 9 junio 2017 (JUR 2017, 3152).

- Ser padre joven no impide fijar un régimen de custodia compartida.
- La ayuda de los abuelos no es incompatible con el régimen de custodia compartida.
- Las adicciones y el ejercicio de la función parental.
- La estabilidad del menor y la relevancia o irrelevancia del llanto.
- La distancia de las ciudades.
- La falta de comunicación.

De todos ellos, son de interés los dos primeros para analizar los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida. En relación con la juventud del padre, la sentencia recuerda que “no es necesariamente un impedimento para la fijación de una custodia compartida”. No reconoce que existe “... una edad ideal para ser padres y menos aún desde un punto de vista jurídico. Las circunstancias condicionan mucho la procreación. En las sociedades desarrolladas no solo ha ido descendiendo la natalidad, sino también, de forma paralela, los hijos se han ido teniendo más tarde. Influyen muchos factores. Entre otros, hay poderosos motivos económicos, laborales y personales”. Resalta que “no puede identificarse con progenitores inhábiles a quienes son padres jóvenes” e incluso reconoce que “no es fácil pasar de casi adolescente a padre sin solución de continuidad. Comporta afrontar de golpe responsabilidades propias de adulto”. Destaca una obviedad, así calificada por la Audiencia, al decir “no podemos presuponer que un padre sea necesario más incompetente que una madre en la crianza de un hijo”, como así pretendía insinuar la madre al decir sin razones de peso que “su expareja no sabe dar de comer, bañar, vestir, educar o jugar con su hijo de dos años”. Termina considerando que “tener 21 años y carecer de experiencia previa en el cuidado de los menores no es impedimento para fijar un régimen de custodia compartida”.

El segundo criterio “la ayuda de los abuelos no es incompatible con el régimen de custodia compartida” es el utilizado por la Audiencia para reconocer la custodia compartida en este caso. De esta forma, la sentencia sintetiza la valoración positiva que hace del apoyo de los abuelos. Tras reconocer que es verdad “... que los abuelos no son los padres, y por lo tanto, no pueden suplantar su función”, considera que “los abuelos pueden ser unos extraordinarios colaboradores de los padres. Y más todavía en supuestos como este, donde prácticamente puede hablarse de padres adolescentes”, calificándolos de importante aliciente que preservan la estabilidad emocional del menor. Además, aclara que el padre no delega total y permanentemente en los abuelos sus obligaciones, por lo que, y en

la medida en que el padre no decline sus deberes parentales en los abuelos, no existe objeción para la implantación de la custodia compartida”.

Por último, es cierto que los Tribunales siempre tienen en cuenta el interés superior de menor al reconocer la custodia compartida y que fundamentan sus decisiones atendiendo a las características particulares de cada caso. Sin embargo, no podemos terminar sin reconocer que el análisis comparativo de estas sentencias pone de manifiesto otra vez más que, a veces se toman decisiones que son contradictorias en la base de su fundamentación y en concreto, en la valoración y ponderación de los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral y de la ayuda de los familiares a la hora de otorgar la custodia compartida. Se podría incluir la conciliación de la vida familiar y laboral como un factor más a ponderar por los Tribunales a la hora de adoptar la custodia compartida o individual como lo hace la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (conocida como ley de custodia compartida) en su art. 9 dedicado a la guarda y custodia de los hijos e hijas en su apartado 3⁵⁵. En este mismo sentido, la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación 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”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia, cuando introduce modificaciones en el art. 80.2 del citado Decreto Legislativo⁵⁶.

IV. RECLAMACIÓN DE LA NECESARIA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.

Ante la gran discrepancia observada en la forma de valorar y ponderar los criterios señalados por el Tribunal Supremo (STS 29 abril 2013)⁵⁷ en este caso, por una misma Audiencia Provincial, la de Badajoz, nos vemos en la necesidad de reclamar la necesaria conciliación de la vida familiar y laboral y la importancia de la ayuda de los abuelos en una sociedad en donde la incorporación de la mujer al mundo de trabajo fuera de casa es una realidad social y donde los horarios laborales en muchas profesiones son interminables.

55 Publicada en Boletín Oficial del País Vasco núm. 176, de 10 de octubre de 2015. El art. 9.3 dispone “El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias: ... h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor; así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes”.

56 Publicada en el Boletín Oficial de Aragón, núm. 66, de 4 de abril de 2019. El nuevo art. 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo recientemente modificado dispone “El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos o hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además a los siguientes factores: ... e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres”.

57 STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269).

Es siempre necesario reflexionar sobre el futuro del trabajo que "... está en el centro de la humanidad, de la vida de las personas, del desarrollo económico y de las sociedades. Factor de identidad, de socialización, de vida digna, de atribución de derechos a las personas y a los ciudadanos para la cobertura de las necesidades básicas y frente a los riesgos de la existencia". Ya el informe "Trabajar para un futuro prometedor" presentado en Ginebra el 22 de enero de 2018 de la Comisión mundial de alto nivel sobre el futuro del trabajo, creada por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) reconoce que nos esperan innumerables oportunidades "para mejorar la calidad de vida de los trabajadores"⁵⁸.

Si el problema es el tiempo que dispone el trabajador para cumplir sus deberes familiares, habrá que buscar soluciones para lograr un equilibrio entre el trabajo y la familia, haciendo compatibles los horarios laborales con los escolares. Los trabajadores deberán tener mayor soberanía sobre su tiempo en palabras de CASAS BAAMONDE⁵⁹. La actividad laboral de los progenitores no puede ser un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida.

Aunque la realidad es otra y muchos trabajadores ante la falta de disponibilidad laboral recurren a la ayuda de los abuelos o de cuidadores externos para asumir las responsabilidades parentales. Una vez producida la crisis matrimonial, a la hora de valorar si es posible la conciliación hay que tener en cuenta todos los mecanismos que habrían sido válidos vigente el matrimonio como el recurrir a cuidadores externos o familiares. Sin embargo, el apoyo de la familia extensa no se puede extralimitar. Si así sucede, los abuelos llegan a ser un verdadero sustitutivo perfecto de la reducción de la jornada por cuidado de hijos y de las obligaciones parentales de los progenitores. Llegando a convertirse en sustitutos de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar. La STJ Galicia (Sección 1ª), 28 mayo 2019⁶⁰ pretende atajar precisamente este argumento consistente en el que los derechos de conciliación cedan cuando se cuenta con otras alternativas, como es que los abuelos se hagan cargo. Realmente en el caso de ayuda de los abuelos la misma no debe consistir en una guarda de hecho, porque ayudar pero debe convertirse en sustituir la labor de los padres⁶¹.

En aras de la tan ansiada conciliación, nuestro ordenamiento con la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de

58 El informe está disponible en <http://www.ilo.org> (fecha de consulta: 27 de noviembre de 2019).

59 CASAS BAAMONDE, M.: "La soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, núm. 3, marzo 2019, pp. 230 y 231.

60 STJ Galicia (Sección 1ª), 28 mayo 2019 (AS 2019, 1497).

61 Algunos autores como CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia*, cit., pp. 95 - 97 llegan a demandar un futuro desarrollo legislativo de la figura jurídica del "guardador familiar" por la frecuencia con la que actualmente surge esta figura pero sin privación de la titularidad de la patria potestad, atribuyéndole facultades por analogía previstas en el art. 154 y 155 CC.

las personas trabajadoras adoptó medidas conciliadoras pero careciendo de una visión global del problema, limitándose a las dificultades de la mujer trabajadora⁶².

El informe “Las jornadas de trabajo en todo el mundo: el equilibrio entre flexibilidad y protección” de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones a la 93ª Conferencia Internacional de 2005 ya nos recuerda que es necesario encontrar el equilibrio entre las necesidades empresariales y de los trabajadores mediante políticas de trabajo capaces de cumplir entre otros objetivos el apoyo a los trabajadores en el cumplimiento de responsabilidades familiares y el fomento de la igualdad de género.

Ello hizo necesario la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶³ que supuso un avance hacia la conciliación de la vida personal y/o familiar y la laboral ya que se observa un reconocimiento de una mayor corresponsabilidad de hombres y mujeres en las obligaciones familiares, facilitando en situaciones de ruptura matrimonial la aplicación exitosa de la custodia compartida⁶⁴. El art. 14.8 de dicha Ley señala como criterios generales de actuación, la necesidad de que los poderes públicos establezcan medidas que concilien la vida laboral y la personal y familiar de hombres y mujeres y fomenten la corresponsabilidad de los progenitores en las tareas domésticas y de atención a la familia.

Por tanto, desde 2007 se habla de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, extendiendo sus efectos también al ámbito personal. En este mismo sentido, la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo también recoge este derecho de conciliación de la vida personal para los autónomos⁶⁵. Sin embargo sólo la conciliación de la vida familiar y laboral puede encontrar su fundamento constitucional en el art. 14 CE y 39 CE⁶⁶. Si hoy en día, los

62 Publicada en BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

63 Publicada en BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

64 Los artículos claves de esta nueva regulación son: el art 44.1 donde se pretende una asunción equitativa de responsabilidades familiares de trabajadores y trabajadoras, evitando discriminación; el art. 44.2 que somete la concesión y la prestación por maternidad a los términos previstos en la normativa laboral y de la Seguridad Social; el art. 44.3 que reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación de paternidad y el art. 51 b) que exige a las Administraciones públicas criterios de actuación, dentro del ámbito de su competencia, que faciliten la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

65 Publicada en BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007. En concreto en el art. 4 dedicado a los derechos profesionales en el apartado 3 se establece “En el ejercicio de su actividad profesional, los trabajadores autónomos tienen los siguientes derechos individuales: g) A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de nacimiento, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, de conformidad con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso su duración no sea inferior a un año”.

66 No hay que olvidar que según ha establecido el Tribunal Constitucional en las sentencias STC 15 enero 2007 (RTC 2007, 3), STC 14 marzo 2011 (RTC 2011, 24) y STC 15 marzo 2011 (RTC 2011, 26), las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tienen su fundamento tanto en el art. 14 (derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias

trabajadores encuentran dificultades para conciliar la vida familiar y laboral, parece les será más difícil intentar conciliar su vida personal y laboral. Sin embargo, sería necesario lograr que el equilibrio entre el trabajo y la familia se extienda también a la persona. El reciente estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones relativo a “los instrumentos sobre el tiempo de trabajo – garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro” presentado en la 107ª reunión de la Conferencia General de 2018 parte de la necesidad de una protección sólida de los trabajadores mediante la limitación de su tiempo de trabajo máximo y de reconocerles un máximo de posibilidades de elección y autonomía para establecer un equilibrio entre su vida personal y su vida familiar. MARTÍN GUARDADO considera que los nuevos modelos de familia son el argumento social hacia la articulación de las necesidades conciliatorias como causa personal que hacen conveniente “que en lugar de en torno a lo “familiar”, se empiece a articular los derechos de conciliación en torno a la persona”, pasando así a reformularse los derechos de conciliación como algo personal y no solo familiar⁶⁷.

Con la reforma del 2007 el nuevo art. 34.8 Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) introdujo la posibilidad de que los trabajadores readaptaran su jornada, aunque tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se observó una clara inclinación hacia los intereses empresariales haciendo que este derecho se convirtiera en palabras de MARTÍN GUARDADO “un derecho vacío de contenido al que no puede atribuirse el carácter de derecho subjetivo, pues deja abierta su eficacia a la negociación colectiva y, en último lugar, al empleador”, acrecentando así la inseguridad jurídica⁶⁸.

Ante esta situación y el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁶⁹ tiene como objetivo establecer condiciones adecuadas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, eliminando cualquier forma de discriminación laboral vinculada al embarazo, a la maternidad o al cuidado de hijos o familiares. Parte de la doctrina, aunque en términos generales dan buena acogida a esta reforma, consideran que es una cuestión más compleja que requiere de una reforma integral que contemple los nuevos escenarios, la irrupción de las nuevas tecnologías, la invasión

personales) como en el art. 39 (protección a la familia y de la infancia). Estos principios, por tanto, deben prevalecer y servir de orientación a la hora de interpretar las disposiciones que afecten a la conciliación.

67 MARTÍN GUARDADO, S.: “Hacia una verdadera conciliación de la vida familiar y laboral en términos de corresponsabilidad: la reducción/readaptación de jornada como derecho verdadero. La reformulación fáctica de la familia como argumento hacia lo personal”, *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, 2019, pp. 541 y 442.

68 *Ibidem*, p. 535. Véase en relación con la reforma de 2012, ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Relaciones laborales Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 8-9, 2014, pp. 39-68.

69 Publicado en BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

de espacios privados, el control de la jornada⁷⁰, la relación entre el tiempo de trabajo y la salud, fijando obligaciones preventivas de forma específica y requilibre las posiciones de las partes⁷¹.

Una de las principales medidas que pueden facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral sería el derecho a solicitar la adaptación de la jornada, la llamada “jornada a la carta” al dar la posibilidad a cualquier trabajador a adaptar voluntariamente su jornada ya sea en términos de flexibilidad horaria, cambio de turnos o incluso, trabajo a distancia, sin reducción de salario. Curiosamente este derecho se limita a aquellos trabajadores que tengan hijos menores de 12 años o a los trabajadores sin familia pero que tengan necesidades. Parece discriminatorio que esta adaptación de horario no pueda extenderse a quienes tengan hijos que han cumplido los 12 años ya que es en ese momento en el que se les acaba la reducción de jornada con su correspondiente reducción de sueldo y podrían continuar el derecho de adaptación de la jornada cumplidos los 12 años del menor, al hacer una interpretación coherente de la reforma. Esto hace preguntarse a CASAS BAAMONDE si tras el cumplimiento por los hijos de dicha edad “¿las personas con hijas o hijos no tienen derecho de conciliar su vida familiar y laboral y en cambio sí lo tienen quienes no tengan descendencia? ¿Y su vida personal?”⁷².

Evitaríamos muchas crisis matrimoniales, si los empresarios no pusieran trabas a las solicitudes de adaptaciones de jornada y otras medidas flexibilizadoras encaminadas a facilitar la conciliación. En el caso de que el trabajador se viera obligado a demandar a la empresa, sería necesario que los jueces ponderasen adecuadamente los intereses en juego. En muchas ocasiones, se observa como un juez de lo social valora que los abuelos pueden hacerse cargo de los nietos, para denegar derechos de conciliación y, posteriormente, un juez del orden civil deniegue la custodia compartida, porque los abuelos no pueden sustituir a los padres en la conciliación. Sin embargo, son un paso adelante en pro de la conciliación las recientes sentencias del Juzgado de lo Social, como SJS Mataró, 12

70 El registro de la jornada de trabajo ha sido introducido también por otra norma de urgencia en un nuevo apartado 9 del art. 34. Vid. Art. 10 RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, publicada en BOE de 12 de marzo de 2019.

71 IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: “La conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 67 y 68 se califica de excesivo el uso de la norma de urgencia, a través de Real Decreto, como forma de sortear los escollos para la aprobación vía parlamentaria de las disposiciones de urgencia aunque el Gobierno intento justificar que “esta situación de desigualdad, visible en la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años, exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales”. El Tribunal Constitucional ha sostenido que es necesaria una conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, lo que conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad no es una “cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino por el contrario la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”, siguiendo STC 8 mayo 2012 (RTC 2012, 100), STS 13 diciembre 2012 (RTC 2012, 237), STS 14 febrero 2013 (RTC 2013, 39) y STC 21 julio 2016 (RTC 2016, 139).

72 CASAS BAAMONDE, M.: “La soberanía sobre el tiempo”, cit., pp. 239.

septiembre 2019 que señala que no son criterios a tener en cuenta si los niños pueden ir a extraescolares o si los abuelos pueden hacerse cargo de los nietos y reconoce el derecho de adaptación de jornada⁷³.

Por lo tanto, si inicialmente se deniega la custodia compartida porque uno de los progenitores no tiene posibilidad en ese momento de conciliar, debería valorarse esta circunstancia por el juez de lo social para reconocer la medida conciliadora, lo que permitiría, posteriormente, pedir una modificación del régimen de custodia en el orden civil.

Otra opción interesante para el trabajador sería el trabajo a distancia (art. 13 LET) o recientemente denominado “teletrabajo” que pueden ser una oportunidad de conciliación para los trabajadores que quieran atender a sus hijos menores de edad, sin concretar su edad o a sus dependientes. MARTÍN GUARDADO afirma que si “... al trabajador se le permite trabajar en casa, es evidente que puede optarse por dotar de autonomía en la organización del trabajo a los propios trabajadores, de tal forma que pueden compartir en un mismo espacio realidad profesional y realidad personal. Es evidente, que, en algunos trabajos, ello no solo contribuiría a la calidad de la conciliación y la corresponsabilidad, sino que podría mejorar la productividad de las empresas”⁷⁴.

El tiempo laboral debe ser realmente productivo, reduciéndose las reuniones sin pérdidas innecesarias. Este derecho de conciliación debe verse reflejado en un proceso de negociación, ponderándose los intereses en juego. El interés legítimo del trabajador (que sería el padre separado o divorciado) en cambiar de turno, cambiar su horario, teletrabajar, etc. y el interés igualmente legítimo de la empresa en mantener una organización productiva, competitiva y eficiente. A lo mejor, la solución es ayudar de una vez a conciliar de verdad y a reconocer también las nuevas modalidades laborales como por ejemplo, el teletrabajo. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en su considerando núm. 34 establece “A fin de animar a los trabajadores, que sean progenitores y cuidadores, a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales. A tal efecto y centrándose en las necesidades de los trabajadores, deben poder solicitar fórmulas de trabajo flexible a fin de poder ajustar sus modelos de trabajo para ocuparse de sus responsabilidades en el cuidado de familiares, acogiendo,

73 SJS Mataró, 12 septiembre 2019 (SJSO 2019, 4831).

74 MARTÍN GUARDADO, S.: “Hacia una verdadera conciliación”, cit., p. 540 y 541.

cuando sea posible, a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral”⁷⁵.

El derecho a la conciliación debe estar en conexión con la protección de la familia, la igualdad y la no discriminación, incluso en situaciones de crisis familiares. Los jueces deberán valorar a la hora de conceder la custodia compartida la falta de conciliación familiar no como un criterio negativo, sino como una realidad motivadora de la crisis familiar y que es difícil de superar en la sociedad actual. El trabajador que no pueda conciliar su vida familiar y laboral, por tener un trabajo con horarios interminables, podrá ver sustituida su falta de tiempo con la ayuda de familiares o de externos. Hasta que el legislador no tome medidas reales que faciliten esta conciliación, los padres separados que no puedan conciliar su vida familiar y laboral tendrán más dificultades para ver otorgada la custodia compartida.

V. CONCLUSIONES.

La falta de conciliación, que con frecuencia es una de las causas de la crisis matrimonial, en ocasiones se valora por los tribunales para no conceder la custodia compartida. El derecho de conciliación debe estar en conexión con la protección de la familia, la igualdad y la no discriminación, incluso en situaciones de crisis familiares.

Las dificultades relacionadas con los horarios laborales, la falta de estabilidad en el trabajo, el tipo de profesión o el desempleo podrían ser previstas por los padres e intentar hacerlas compatibles con la custodia compartida. La manera de lograr esa previsión sería redactando, junto al convenio regulador, un plan de parentalidad en donde se determinen las responsabilidades y compromisos concretos de los padres respecto de sus hijos

Existe una clara discrepancia a la hora de valorar los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral y la ayuda de los abuelos y ejemplo de ello, es la clara contradicción entre SAP Badajoz, 9 julio 2019 y SAP Badajoz, 21 mayo 2019 donde no se concede la custodia compartida a un camarero por su amplia jornada laboral, aunque trabajaba a tiempo parcial y contaba con ayuda de los abuelos, frente a una clara concesión de la custodia compartida a un padre joven trabajador que cuenta con ayuda de sus padres.

Todo ello nos lleva a la necesidad de reclamar la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, teniendo en cuenta los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. La falta de conciliación familiar se debe valorar no como un criterio negativo, sino como una realidad motivadora de la crisis y que

⁷⁵ Publicada en DOUE L 188/79, el 12 de julio de 2019.

es difícil de superar en la sociedad actual. La conciliación debería ser reconocida como un criterio a valorar por los tribunales para la concesión o no de la custodia compartida, como ya lo hacen la legislación vasca y recientemente, la aragonesa.

Es cierto que ya el legislador desde la Ley 39/1999 se preocupa en un principio por medidas de conciliación que solo beneficiarían a la mujer trabajadora. Siendo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo la que trata de extender los beneficios al hombre. Actualmente, con el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo se tiene presente la necesaria conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres, prestando especial atención en el cuidado de hijos y familiares. Entre las novedades de esta última reforma encontramos que los planes de igualdad son ahora exigibles a todas las empresas de 50 o más trabajadores y que se da nueva redacción al art. 34.8 LET reconociendo el derecho del trabajador a solicitar la adaptación en la duración y distribución de la jornada de trabajo con la finalidad de conciliar la vida laboral y familiar. Ahora este derecho solo estará limitado por acreditadas razones organizativas o productivas de la empresa y no por lo que establezca el convenio colectivo o acuerdo con la empresa. Otra novedad es el permiso de lactancia para ambos progenitores hasta los 12 meses si ambos ejercen el derecho a la reducción de su jornada. Existiendo también un derecho de suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijos de duración de 16 semanas.

Se debe replantear el derecho a la adaptación razonable del tiempo de trabajo para que el trabajador tenga así mayor soberanía sobre su tiempo y su actividad laboral no sea un obstáculo para el buen funcionamiento de la custodia compartida. La nueva regulación del art. 34.8 LET, aunque por la vía de urgencia a través de Real Decreto, ha de ser bien acogida aunque al ser una cuestión más compleja requería de una reforma integral y de una mayor determinación de las necesidades que se tratan de cubrir, así como de una ampliación de los sujetos titulares del derecho a solicitar la adaptación. El futuro del trabajo y de la conciliación será el de su regulación, que debe llegar a adquirir un carácter más estable y no estar siendo modificado constantemente.

Si queremos lograr ese deseado equilibrio entre la familia y el trabajo, las medidas conciliadoras ayudan. Sin embargo, la realidad demuestra que estos derechos no son adoptados por todos los trabajadores e incluso no son ni conocidos (por ejemplo, el derecho a solicitar la adaptación de la jornada). Muchas familias siguen encontrándose con un grave problema motivado por la falta de tiempo, lo que es reemplazado por la ayuda de los familiares o de externos. La ayuda de los abuelos es una pieza clave pero no puede ser sustitutiva del derecho a la conciliación. Este derecho debe verse reflejado en un proceso de negociación, valorándose los intereses del trabajador y de la empresa.

Existe una necesidad de que el Estado adopte medidas reales de conciliación para ayudar a los padres separados y se reconozcan nuevas modalidades laborales flexibles (como el teletrabajo o trabajo a distancia). Es preciso reformular la conciliación de la vida laboral y familiar, en el sentido de que abarque a la persona y realmente se trate de una conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: "Aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre custodia compartida en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil", Informe publicado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Marzo 2017.

BECERRIL, D. y BENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.

CASAS BAAMONDE, M.: "La soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las relaciones labores*, Francis Lefebvre, núm. 3, marzo 2019.

CATALÁN FRÍAS, M.^a J.: "La custodia compartida", *Revista Derecho y Criminología*, 2011.

ESTELLES PERALTA, P. M.^a.: "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar", *Revista Boliviana del Derecho*, n.º 24, 2017.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C. y SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: "La conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *Abogados de Familia*, La Ley, núm. 50, 9 de octubre de 2008.

MARTÍN GUARDADO, S.: "Hacia una verdadera conciliación de la vida familiar y laboral en términos de corresponsabilidad: la reducción/readaptación de jornada como derecho verdadero. La reformulación fáctica de la familia como argumento hacia lo personal", *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, 2019.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012", *Relaciones laborales Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 8-9, 2014, pp. 39-68.

SOLSONA M. y AJENJO M.: "La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género?", *CED, Centre d'Estudis Demogràfics, Perspectives Demogràfiques*, núm. 008, octubre 2017.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción.*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.



LA INTERPOSICIÓN FICTICIA DE PERSONA COMO FORMA DE SIMULACIÓN

FICTICIA PERSON INTERPOSITION AS A FORM OF SIMULATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 246-331



Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de julio de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 22 de diciembre de 2019.

RESUMEN: La sociedad pugna por aquellas formas de contratación tendentes a obtener un cierto beneficio, utilizando para ello distintas formas jurídicas complejas. Y en estos complejos negocios cabe la posibilidad de que se entrometa un interpuesto, bien con el fin de ocultar la verdadera identidad del contratante, o simplemente como medio alternativo para obtener el fin perseguido por las partes. El propósito de esta investigación se centra en el análisis de la interposición ficticia de persona como forma de simulación, y el intento de establecer las pautas que nos permitan saber cuándo estamos ante los llamados testaferros o interpuestos ficticios.

PALABRAS CLAVE: Simulación; simulación relativa; simulación absoluta; interposición de persona ficticia; testaferro; prueba.

ABSTRACT: Society struggles for those forms of contracting tending to obtain a certain benefit, using different complex legal forms. And in these complex businesses it is possible that an interlocutor interferes, either in order to hide the true identity of the contracting party, or simply as an alternative means to obtain the end pursued by the parties. The purpose of this research is focused on the analysis of the fictitious interposition of the person as a form of simulation, and the attempt to establish the guidelines that allow us to know when we are facing the so-called frontmen or fictitious interpositions.

KEY WORDS: Simulation; relative simulation; absolute simulation; interposition of fictitious person; frontman; test.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DE LA SIMULACIÓN. 1.- Entre voluntad y declaración.- 2. Simulación, acuerdo simulatorio y fin de engaño.- 3. Simulación absoluta, simulación relativa e interposición ficticia.- A) Simulación absoluta y figuras afines.- B) Simulación relativa 4. La simulación en el Código Civil.- III. INTERPOSICIÓN Y SIMULACIÓN.- 1. Perspectiva histórica de la interposición de persona, real y ficticia: en especial en la simulación.- 2. La interposición ficticia de persona como forma especial de simulación relativa: estática y dinámica.- 3. Los efectos de la interposición ficticia: ineficacia del contrato simulado y eficacia del disimulado.- A) Entre las partes contratantes.- B) Respecto de terceros.- 4. La forma del contrato disimulado en la interposición ficticia.- 5. Prueba de la interposición.- IV. LA SIMULACIÓN RELATIVA SUBJETIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CRÍTICA A ALGUNOS SUPUESTOS. V. SUPUESTOS MAL LLAMADOS DE INTERPOSICIÓN FICTICIA.- VI. TEORÍAS QUE NIEGAN LA INTERPOSICIÓN FICTICIA COMO FORMA DE SIMULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El propósito de esta investigación se centra en el análisis de la interposición ficticia de persona, y el intento de establecer las pautas que nos permitan diferenciar los negocios jurídicos en los que se utilizan intermediarios para la consecución de un determinado fin.

La sociedad pugna por aquellas formas de contratación tendentes a obtener un cierto beneficio, utilizando para ello distintas formas jurídicas complejas. Y en estos complejos negocios cabe la posibilidad de que se entrometa un interpuesto, bien con el fin de ocultar la verdadera identidad del contratante, o simplemente como medio alternativo para obtener el fin perseguido por las partes.

Si atendemos a la doctrina científica que se dedica a la simulación, pocas veces encontramos autores que se refieran a la interposición ficticia de persona. Los estudios, incluso los más actuales, se centran en la simulación absoluta, o, como mucho, en la simulación relativa objetiva, y sobre todo en el supuesto de las donaciones encubiertas bajo compraventas. Por ello, este estudio lo dedico a la simulación relativa subjetiva, esto es, al análisis de la interposición de persona en la simulación, dado que no ha sido aun analizado con profundidad por nuestra doctrina.

• Isabel J. Rabanete Martínez

Profesora Asociada de Derecho Civil en la Universitat de València y Abogada. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es.

El intento de solucionar los problemas derivados de la naturaleza jurídica de la simulación, fomentados por la ausencia de regulación positiva, ha originado una de las más enconadas controversias del derecho privado, dando lugar a teorías opuestas, y en ocasiones mezcolanzas de ideas que han desencadenado en una cierta confusión dogmática. Tras realizar un análisis doctrinal y jurisprudencial, he intentado hallar un criterio que nos permita discernir si un acto es o no simulado evitando los absolutismos doctrinales; y he procurado construir un sistema que pueda dar soluciones a las distintas hipótesis que se puedan plantear.

Una vez estudiada la naturaleza jurídica del instituto, y dado que la interposición ficticia se materializa en una forma de simulación, se realiza un estudio de los distintos tipos de simulación, con el objeto de establecer los parámetros claves que nos permitan diferenciarla de otras figuras afines. Para ello, la primera parte de este estudio culmina en un análisis previo de la simulación absoluta, así como de las distintas formas que puede revestir la simulación relativa.

La segunda parte de este estudio está dedicada en su integridad a la interposición ficticia como particular especie de simulación relativa, a su configuración y efectos. Pero para poder conocer los efectos de un negocio realizado mediante interposición ficticia, es necesario previamente comprender las distintas relaciones jurídicas que pueden darse en un negocio del tipo, y las características de cada una de esas relaciones. Y, una vez establecidas las premisas básicas que nos permitan determinar el funcionamiento jurídico del negocio, es imprescindible realizar un estudio de sus efectos jurídicos, así como de los medios de prueba de los que el individuo puede valerse para desenmascarar un contrato realizado por un intermediario ficticio.

Para finalizar el estudio de la interposición ficticia y con el objeto de analizar la aplicación práctica de la figura, se realiza un análisis pormenorizado de la jurisprudencia. El intento de exponer con concreción el funcionamiento jurídico de la interposición ficticia, me ha llevado al enjuiciamiento de algunas soluciones jurisprudenciales, y a la búsqueda de resoluciones que he creído más acertadas.

He procurado abordar mis conclusiones con el menor dogmatismo posible, teniendo en cuenta el tráfico económico, el cual hará necesario en ocasiones apartarse de la rigurosidad jurídica, al objeto de no caer en injusticias y contradicciones. Esto es, las conclusiones que pretendo alcanzar traen su causa en la simple exigencia de movernos con parámetros puramente prácticos. Intento dejar sentada la problemática que se suscita si nos hacemos partidarios de teorías puramente dogmáticas, que supondrían prácticamente la negación de la diferencia entre interposición ficticia y real.

Dada la extensión de esta materia, soy consciente de que existen parcelas de la misma que dejo de lado, o que no profundizo. De hecho, cada día son más frecuentes las normas que establecen en su articulado la prohibición de realizar determinados negocios bajo persona interpuesta. Encontramos referencias a la interposición de persona en el ámbito laboral, en el societario, en la normativa tributaria, en las normas que regulan el derecho de seguros y planes de pensiones, en la legislación sobre el mercado de valores, y en numerosas más. Sin embargo, y a pesar de la importancia que tiene la interposición de persona en estas materias, el objeto de esta investigación no es abarcar todos los posibles supuestos de interposición, sino establecer las claves para entender la interposición ficticia, así como la regulación y efectos de la figura.

Por ello, en artículos posteriores, abordaré el tratamiento de la interposición real, para diferenciarla de la ficticia, sobre todo cuando nos encontramos ante un mandato "proprio nomine", donde el mandatario es siempre un interpuesto real, pero que claramente se diferencia de la simulación relativa subjetiva. Y, también sin perjuicio de que en un trabajo posterior pueda ocuparme del estudio de supuestos legales específicos, aquí haré referencia a las situaciones más frecuentes y conocidas, ya que resultaría inviable un examen de todos los supuestos, por ser infinitos los medios de que pueden valerse los individuos para ocultar la realidad, o para conseguir determinados fines por vías indirectas.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DE LA SIMULACIÓN.

I. Entre voluntad y declaración.

Muchos han sido los conceptos que se han dado de simulación, y no pocas las teorías que acerca de este fenómeno se han construido. Sin embargo, la simulación es una figura jurídica mucho más compleja, que no es posible resolver a partir de líneas divisorias de teorías opuestas. De ahí la necesidad de hallar un criterio que nos permita discernir, en presencia de una regulación jurídica concreta, si un acto es o no simulado, para, en caso afirmativo, someterlo a las normas que le son aplicables.

El intento de solucionar los problemas derivados de la simulación, fomentados por la ausencia de regulación positiva¹, ha originado una de las más enconadas controversias del derecho privado, dando lugar a dos teorías opuestas: la teoría voluntarista y la llamada teoría declaracionista.

¹ Aunque hoy día encontremos ordenamientos, como el italiano o el portugués, que presentan una regulación, más o menos extensa, de la simulación, no era así en las regulaciones anteriores, o en aquellos Ordenamientos menos modernos.

La primera de ellas entiende la simulación como la divergencia existente entre la declaración y la voluntad, afirmando que entre ellas se da una clara contradicción, puesto que la declaración de una voluntad no verdadera, que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico, queda en la nada jurídica, implicando la nulidad del negocio simulado². Así es, este pensamiento parte de la idea de que el elemento del negocio es la unidad formada por la declaración (cuerpo) y la voluntad declarada (alma), y cuando ambos discrepan no es que prevalezca la voluntad interna, sino que falta un elemento esencial en el negocio que hace que éste se destruya.

Los problemas que planteaba esta teoría provocaron la reacción contra el dogma de la voluntad, que hizo pensar en la necesidad de atender a los conflictos de orden práctico y de proteger la seguridad de los actos de negociación jurídica. Así, surge una teoría fundamentalmente “declaracionista”, que defiende la nulidad del contrato simulado por existir una contradicción entre la declaración externa y la interna; de modo que la externa hace referencia al negocio aparente o simulado, y la interna al acuerdo verdadero que hayan hecho las partes³. Se afirma que el

2 Esta teoría, aunque ya se dejó entrever en los comentaristas al Code, fue propuesta por VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Diritto Romano attuale* (traducción de V. SCIALOJA), t. III, Torino, 1891, § 133 y 134, pp. 336 y ss., para quien la voluntad es el elemento principal del negocio jurídico. Aclaraba el autor que lo que el derecho realiza y dota de consecuencias jurídicas es el querer del individuo, mediante el cual se manifiesta la propia autonomía en el campo de la vida social. Sin embargo, la voluntad, como estado interno, necesita explicarse, hacerse sensible; y la declaración sirve a esta función exteriorizadora. La declaración, por tanto, es sólo un medio de revelación, de manifestación; pero lo esencial, lo jurídicamente eficaz, es la voluntad. Por eso, en el conflicto entre voluntad y declaración debe prevalecer aquélla, y la declaración de una voluntad no verdadera es tan sólo una apariencia de declaración.

Partidarios de esta tesis son, entre otros, MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile Italiano*, t. I, Torino, 1889, pp. 438 y ss.; SACERDOTI, V.: “Dell’efficacia degli atti simulati di fronte ai terzi”, *Il Foro Italiano*, t. I, 1905, pp. 1416 y ss.; PESTALOZZA, F.: *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1919, pp. 8-9 y 20 y ss.; BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, Milano, 1936, pp. 5 y ss.; LONGO, G.: “Sulla simulazione dei negozi giuridici”, *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, t. III, Palermo, 1936, pp. 113 y ss. (también en *Ricerche Romanistiche*, Milano, 1966, pp. 1 y ss.); PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, t. II, Vol. I, Firenze, 1914, pp. 413-425; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, s/f, pp. 396 y ss.; BARASSI, L.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Milano, 1955, pp. 150 y ss.; DUSI, B.: *Istituzioni di Diritto Civile*, t. I (2ª ed. puesta al día por M. SARFATTI), Torino, 1930, pp. 138 y ss.; BURDESE, A.: *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, 1974, pp. 403 y ss.; NUTI, G.A.: *La simulazione del contratto nel sistema del Diritto civile*, Milano, 1986, pp. 249 y ss.; POTHIER, R. J.: *Oeuvres*, t. I, Bruxelles, 1831, núm. 3, 7 y 119 y ss.; AUBRY, C. ET RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, 4ª ed., Paris, 1871, pp. 434 y ss.; BAUDRY-LACANTINIERE, G. et COLIN, M.: *Traité Théorique et Pratique de Droit civil*, t. I, 3ª ed., Paris, 1905, pp. 261 y ss.; DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, t. XIV, 2ª ed., Paris, 1876, núm. 81 y ss.; LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t. XV, 3ª ed., Bruxelles 1878, núm. 428 y ss.; PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité Pratique de Droit civil français*, t. I, Paris, 1926, núm. 346; TOULIER, C.B.M.: *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*, t. V, 5ª ed., Bruxelles, 1830; CROME, C.: *Parte generale del Diritto Privato Francese Moderno* (traducción y notas de A. ASCOLI y F. CAMMEO), Milano, 1906, pp. 254-288; ROUSSEAU, J.: *Simulation et fiducie*, Tesis, Paris, 1937, p. 232; DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato en el Código civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense*, Chile, 1957, pp. 8-10 y 38; VERDERA y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pp. 8 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Curso elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, Madrid, 1927, pp. 411 y ss.; PRESA, T.: “La simulación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, 1930, p. 36; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. II (revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), 14ª ed., Madrid, 1987, pp. 743 y ss.; VALVERDE y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I y t. III, 2ª ed., Valladolid, 1920, pp. 442-445; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bologna, 1988, pp. 194 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: Voz “Negocio jurídico”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, Barcelona, 1982, p. 250; MÉNDEZ, R.M. y VILALTA, A.E.: *Acción declarativa de simulación de un contrato*, Barcelona, 2001, p. 7.

3 Cfr. La tesis declaracionista fue iniciada por ROVER, W.: *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostok, 1874. Y ampliamente desarrollada por KOHLER: “Studien über Mentalreservation und Simulation”,

derecho no tiene en cuenta el elemento interno de la voluntad, que escapa a su dominio, ya que tiende solamente a los fenómenos del mundo exterior, por lo que si el hombre queda obligado con sus palabras, nadie puede impugnar el acto con el pretexto de no haberlo querido⁴.

La tesis “voluntarista” ha sido criticada por todos sus flancos, sobre todo por los declaracionistas, los cuales han afirmado que no hay una verdadera contradicción entre declaración y voluntad, pues cuando dos contratantes convienen un contrato declarando en un pacto secreto uno distinto, ambas partes quieren manifestar lo que declaran y por lo tanto no puede desconocerse que lo declarado corresponde a lo querido⁵. En efecto, en estos casos lo que verdaderamente sucede es que ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el interno querer, sino que ambas se ponen de acuerdo en dar una apariencia de veracidad a una voluntad distinta de la real, de tal forma que realizan dos actos antitéticos; de un lado declaran querer algo, y, de otro, no querer nada o querer algo diferente⁶. Se dice que el objeto de la divergencia no está ya centrado en la voluntad de declarar, sino en el resultado que se busca⁷. Asimismo, se ha entendido que esta teoría, llevada a sus últimas consecuencias, podría producir resultados injustos, perjudicando a los terceros de buena fe, en los supuestos en los que la divergencia entre declaración y voluntad fuese consciente, dado que tutela exclusivamente los intereses del declarante, dejando desatendidos los de la otra parte y los de aquellos terceros que hubiesen confiado en la veracidad de la declaración.

Los defensores más tenaces de la teoría voluntarista respondieron a las críticas de los declaracionistas, afirmando que la voluntad debe ser considerada el elemento más importante y eficaz del negocio jurídico, de modo que la relación

en *Jehrigs Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XVI, 1878, pp. 90 y ss.

En la doctrina italiana, máximo exponente de esta teoría fue MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, Milano, 1908, pp. I y ss. Asimismo, puede citarse a BONFANTE, P.: “Sulla simulazione nei negozi giuridici”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1906, pp. 186 y ss.; VENEZIAN, G.: “Errore ostativo”, *Studi sulle Obbligazioni*, t. I, Roma, 1929, pp. 467 y ss.; SEGRÉ, G.: “In materia di simulazione”, *Scritti Giuridici*, t. I, Roma, 1930, pp. 422-435; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, 7ª ed., Napoli, 1962, p. 149; AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957; STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. 123 y ss. Y, en nuestro derecho, entre otros, LUNA SERRANO, A.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. III, Barcelona, 1990, p. 203; GÓMEZ CALLE, E.: Voz “Simulación”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, 1995, p. 6217; AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, V. I. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, 1999, pp. 403 y ss.

4 STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 126.

5 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, p. 336. Aunque, como veremos, este autor critique severamente la teoría voluntarista, niega también la declaracionista.

6 Cfr. STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 122.

7 ROVER, W.: *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, cit., con el fin de buscar causas que desacreditasen la tesis volitiva, destacó que el acuerdo entre voluntad y declaración es indiferente en varios supuestos; en primer lugar, en el caso que se limite a una parte no esencial del negocio; en el caso de que la causa de la divergencia sea la reserva mental; y en las declaraciones entre ausentes, si el declarante cambia de voluntad antes de que la declaración llegue a la otra parte. En estos casos, decía el autor, nos encontramos frente al fenómeno característico de que tiene efecto lo que ha sido declarado sin ser querido. Así pues, no se trata de una regla absoluta general; y ello constituye una primera objeción al principio.

entre voluntad y declaración constituye una relación esencial que si se perturba hace nacer una contradicción, un desacuerdo entre voluntad y declaración, de la cual surge una falsa apariencia que debe ser sancionada⁸; que la declaración no tiene otro fin que el de exteriorizar la voluntad interna, de modo que si esta última falta o es disconforme a aquélla, el negocio será siempre nulo⁹. Además, entendían que la teoría declaracionista conduce a un excesivo formalismo y tutela únicamente al receptor de la declaración, dejando desamparados los intereses del declarante. Se afirma que aceptar esta teoría supondría abandonar los conceptos de culpa, dolo y buena fe, obligándose a admitir la validez de las reservas mentales y a negar toda consecuencia al error; a la violencia, al dolo y a la simulación¹⁰.

Otros defienden sistemas intermedios que tratan de conciliar las tendencias opuestas, aunque incluso ellos tengan como base la defensa de las teorías antedichas. Así surgió la llamada teoría de la “culpa in contraendo”, que, partiendo de la voluntarista y tratando de mejorarla atenuando los efectos injustos que aquélla provocaba, buscaba sanciones contra la conducta negligente de los que emiten declaraciones jurídicas contradictorias a la verdadera voluntad; de modo que si un contratante daba lugar, por su culpa, a la conclusión de un contrato nulo, era responsable frente al otro del interés contractual negativo¹¹.

Con esta teoría permanecía intacto el principio del desacuerdo entre voluntad y declaración y la nulidad del contrato en su caso, pero se establecía una excepción en el supuesto de que la causa del desacuerdo fuese imputable al autor de la declaración y la otra parte actuase de buena fe.

8 BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., p. 5.

9 Vid. PESTALOZZA, F.: *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., pp. 21.

10 Aunque, cuando trata la simulación, se decante por la teoría declarativa, dice LUNA SERRANO, A.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 196, que “es claro que la teoría de la declaración, apropiada sin duda desde la perspectiva de la certidumbre y de la seguridad, llevada a sus últimas consecuencias sería contradictoria con la realidad sustantiva o existencial y que, en el plano dogmático, desconocería que la figura del negocio jurídico se ha concebido, en cuanto representación del instrumento propio de la autonomía, como la del acto en que juega por antonomasia la voluntad privada, a la que el ordenamiento jurídico autoriza a decidirse tutelando sus resoluciones, de manera que su falta o su defecto, por más laxa que pueda ser la legislación en esta materia por consideraciones de seguridad o de mantenimiento de las apariencias, no pueden o no deben dejar de ser tenidos, de alguna manera, en cuenta”.

11 Iniciada por VON JHERING, R.: “Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte”, *Jhering's Jahrbücher*, t. I, 1858, y desarrollada por SCIALOJA, V.: “Volontà e dichiarazione”, *Giurisprudenza Italiana*, t. IV, 1880, pp. 27 y ss.; idem, *Volontà e responsabilità nei negozi giuridici*, Roma 1885, pp. 238. Le siguieron, entre otros, FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1909, pp. 20 y ss.; COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 3ª ed., Milano, 1924, pp. 368-369; DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di Diritto Civile*, t. I, Messina, s/f, pp. 238 y ss.; VON TUHR, A.: *Tratado de las Obligaciones*, traducción de W. Roces, t. I, Madrid, 1934, p. 198; ESPIN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, t. I, 8ª ed., Madrid, 1982, pp. 522 y ss.; CARCABA FERNÁNDEZ, Mª.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 18 y ss.; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1944, pp. 30 y ss. En este sentido, y citando a CÁMARA, afirma CARCABA FERNÁNDEZ, Mª.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pag. 18, que “la tesis de la responsabilidad es la más lógica y justa al tener en cuenta la buena fe de quien recibe la declaración y los intereses del emitente, tan dignos de defensa como los otros, satisfaciendo mejor las exigencias del comercio”.

La tesis de la responsabilidad fue matizada por algún autor¹², imaginando la existencia de una garantía tácita del declarante para las consecuencias perjudiciales de su declaración, afirmándose que si la divergencia entre la voluntad y la declaración es consecuencia del dolo o la culpa lata del declarante, éste responderá de lo declarado como si verdaderamente lo hubiese querido, puesto que asume la garantía de sus consecuencias jurídicas.

Pero en realidad, ambas teorías, de la responsabilidad y del compromiso tácito de garantía, partían de la defensa de la voluntarista, que se intentaron demostrar acudiendo a las fuentes del Derecho Romano¹³ y estudiando el problema desde un punto de vista psicológico, llegando a la conclusión de que la declaración sin la voluntad es un nihil. Sin embargo, no tuvieron gratos admiradores, sino que se tacharon de soluciones insatisfactorias y artificiosas que no llegaban a ningún sitio, afirmando que la voluntad es un simple momento psicológico, un quid metafísico que en el mundo de los hechos no tiene cabida¹⁴.

Junto a ella, y teniendo como base la declaracionista, la “teoría de la confianza”, que entendía que el contratante debe responder de los daños que causa con su falsa declaración cuando traiciona la confianza de la otra parte¹⁵. Esta teoría intenta salvaguardar los intereses de los destinatarios de la declaración, y parte de la idea de que la declaración vincula al declarante cuando el que la recibe no tiene motivos para entender que es distinta a la intención. El elemento decisivo para elegir entre la voluntad real y la aparente es, según esta tesis, la buena fe del tercero.

Algún autor ha intentado una combinación de las anteriores teorías intermedias, la de la responsabilidad y la de la confianza. Así, se ha dicho que responsabilidad (del declarante) y confianza (de los demás) pueden a su vez coordinarse, de guisa que la declaración que discrepe con la voluntad deba mantenerse a base de la responsabilidad, pero sólo en tanto en cuanto se haya confiado razonablemente en la concordancia de ambas; pudiendo ocurrir que, aun siendo responsable

12 Vid. WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, t. II (traducción italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENSÀ), Torino, 1925, § 309, pp. 202 y ss. (nota 6).

13 Cfr. WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, t. II, cit., § 309; LONGO, G.: “Sulla simulazione dei negozi giuridici”, cit., pp. 116 y ss.

14 Cfr. BONFANTE, P.: “Sulla simulazione dei negozi giuridici”, cit., pp. 187 y ss. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 3, criticó sin compasión esta doctrina (aunque parece que se refería más a la teoría del compromiso tácito de garantía) afirmando que estas teorías, que surgen de distintos campos para auxiliar y moderar a un tiempo la teoría volitiva, son sintomáticas y predicen ya la tormenta. Resoluciones a medias que no satisfacen a nadie; recursos menguados, que a duras penas producían alguna reparación; expedientes artificiosos, que sólo en apariencia contentaban, no podían detener una nueva corriente de ideas que, ascendiendo de la vida práctica y sus necesidades, viniera a afirmar con gran energía y exigiera una nueva regulación jurídica, más adecuada, de los intereses de las partes en las declaraciones de voluntad. Sin embargo, hay que matizar que FERRARA, aun criticando inicialmente la teoría de la responsabilidad tal y como la entendieron sus predecesores, termina por aceptarla y admitirla como la solución que equilibra mejor los intereses de las partes (p. 24).

15 Cfr. MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, cit., pp. 3 y ss.; BARASSI, L.: *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., pp. 160 y ss.; GIANTURCO, E.: *Sistema di Diritto Civile Italiano*, Napoli, 1909, pp. 290 y ss.

de la discrepancia del declarante, el negocio sea inválido si el destinatario de la declaración se percató o debió percatarse de tal discrepancia¹⁶. Las razones que se proponen para la admisión de esta mezcolanza de teorías son: en primer lugar, que la razón última del negocio es que el sujeto regule sus relaciones e intereses según su voluntad real; en segundo lugar, que elemento del negocio lo es la declaración de voluntad; y, en tercer lugar, que la seguridad del tráfico jurídico exige, aunque discrepen voluntad y declaración, que se mantenga la validez de esta última, cuando sea el declarante responsable de la discrepancia, y los demás que hayan confiado justificadamente en que tal discrepancia no exista, resultarían perjudicados por su existencia¹⁷.

Teoría más afortunada es la que propone un sector doctrinal que, negando las teorías anteriores, viene afirmando que el problema simulatorio no se reduce a una divergencia entre voluntad y declaración, ni entre unas declaraciones contrarias, sino en la falsedad de la causa que ha dado lugar al contrato simulado; de modo que la discrepancia entre la causa típica del negocio y el intento práctico perseguido en concreto, configura una verdadera incompatibilidad que da lugar al fenómeno de la simulación¹⁸. Según esta tendencia, la naturaleza específica de

16 ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1957, cit., p. 1018. En una obra muy posterior, este autor, defiende la teoría de la confianza, y a ella une la falta de causa para indicar que un contrato simulado es nulo. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La Simulación*, Madrid, 2005, pp. 18-19 y 24-26

17 ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", cit., p. 1018-1019. Afirma el autor, con relación a la simulación, que "realmente, según nuestra opinión, la divergencia existe entre la declaración y la voluntad; porque en el negocio simulado la declaración externa, que es la declaración propia del negocio (simulado), no discrepa de la voluntad; y el hecho de que ésta coincida con otra declaración -declaración interna o contradecación- no modifica las cosas, pues lo que acontece es que, además de discrepar de la voluntad, la declaración discrepa también de la contradecación (en la que se recoge esa voluntad). Lo importante es que aquella discrepancia y no esta, aunque es cierto que es a través de esta como aquella se hace patente (p. 1028).

18 Cfr. CARNELUTTI, F.: *Sistema del Diritto processuale civile*, t. II, Padova, 1928, pp. 405 y ss.; BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1994, pp. 393 y ss.; PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", *Diritto Civile*, Milano 1951, pp. 539 y ss. (también en *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja*, t. III, Bologna, 1953, pp. 421-462), aunque este autor subrayó la importancia del acuerdo simulatorio en relación con el negocio simulado; DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, pp. 141 y ss.; ID., Voz "Simulazione nei negozi giuridici", *Novissimo Digesto Italiano*, t. XVII, 1957, pp. 359 y ss.; MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), t. II, Milano, 1972, pp. 467 y ss.; ROMANO, S.: "Contributo esegetico allo studio della simulazione (L'art. 1.414 C.c.)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, pp. 29 y ss.; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 151 y ss.; BREDIN, J.D.: "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, pp. 261 y ss.; JOSSERAND, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, núm. 192 y ss.; BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1959, p. 624; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 334 y ss.

Algunos autores, a pesar de seguir una teoría voluntarista, o teoría de la responsabilidad, admiten, e incluso aplican, la tesis que defiende la divergencia entre la causa típica del contrato y el intento práctico de las partes. Así, ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", cit., pp. 1032 y ss.; ID. *La Simulación*, cit., pp. 18-19 y 24-26; ID.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, t. I, vol. II, 9ª ed., Barcelona, 1985, pp. 250 y ss.; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 43 y ss., 75 y ss.; SIMONCELLI, V.: *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3ª ed. (aumentada por FILIPPO E. VASALLI), Roma, 1921, p. 311; NUTI, G.A.: *La simulazione del contratto*, cit., pp. 256 y ss. Sigue también una tesis compartida entre causa y divergencia entre voluntad y declaración, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: "Comentario al art. 1.276 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), t. XVII, vol. I B, Madrid, 1993, pp. 595-596; ID., *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 197 y ss. Así también GÓMEZ CALLE, E.: Voz "Simulación", cit., p. 6217 y ss., que a pesar de partir

la simulación se encuentra, no en una declaración vacía de voluntad, sino en una declaración en desacuerdo con el resultado propuesto, o, lo que es lo mismo, en una declaración con causa falsa¹⁹.

No cabe discutir la enorme complejidad de la materia, sobre todo si se intenta ofrecer un estudio lo más completo posible de la interposición ficticia de persona. Me ahorraré la amplia discusión crítica de dichas teorías, por ser tarea que excede del cometido actual, y me limitaré a precisar que, a mi juicio, los absolutismos doctrinales son inaceptables, aunque se haya intentado, incluso, abrir paso a una teoría conciliadora de los dogmas de la voluntad y la declaración²⁰. La “voluntarista” por ser esencialmente individualista, descansa en una consideración unilateral de la personalidad del agente, cuya voluntad se quiere que actúe y sea decisiva para las consideraciones jurídicas del acto, sin tenerse en cuenta la protección de los intereses sociales; de modo que todos aquéllos que entablen relaciones contractuales no podrán tener nunca confianza en la relación establecida, en cuanto ella se mostrará siempre en estado de suspensión e incertidumbre, expuesta a la continua amenaza de que, en cualquier momento, sea derribada y declarada nula por una divergencia, que no pudo examinarse ni preverse, entre la manifestación y la intención del declarante. La “declaracionista” por defender a los que reciben la declaración y dejar indefensos a los declarantes; por detenerse ante simples palabras, signos exteriores, haciendo eco sólo del contenido verbal, onda sonora elevada a potencia jurídica²¹.

Además, debemos tener presente que los conflictos que puedan surgir entre voluntad y declaración no pueden resolverse con una única teoría o regla general, sino que será necesario valorar toda una serie de consideraciones razonables. Hoy día se hace difícil tomar en consideración el llamado “dogma de la voluntad”, en cuanto que al Derecho lo que le interesa son las conductas externas, susceptibles de ser enjuiciadas; pero también hay que tener presente que la buena fe de los

de la teoría declaracionista, advierte que los negocios simulados son negocios causalmente defectuosos, cuyo régimen general debe buscarse en los vicios de la causa.

Aunque a ello haré referencia más adelante, la jurisprudencia más reciente mantiene la falsedad o inexistencia de la causa como la razón del fenómeno simulatorio. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 18 julio 1989 (RAJ 1989, 5715); 31 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9758); 27 abril 2000 (RAJ 2000, 2676); 6 junio 2000 (RAJ 2000, 4004); 17 junio 2000 (RAJ 2000, 4425); 27 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9317); 9 marzo 2001 (RAJ 2001, 3185); 22 marzo 2001 (RAJ 2001, 4750); 28 mayo 2001 (RAJ 2001, 3438); 23 septiembre 2002 (RAJ 202, 8028); 8 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10015); 6 febrero 2003 (RAJ 2003, 622); 1 abril 2003 (RAJ 2003, 2841); 26 mayo 2004 (RAJ 2004, 3975); 2 enero 2006 (TOL809.691); 15 diciembre 2009 (TOL1.762.175); 1 octubre 2012 (TOL2.659.966); 20 febrero 2012 (TOL2.481.095); 5 marzo 2013 (TOL3.407.508); 4 marzo 2013 (TOL3.416.616); 11 marzo 2013 (TOL3.413.674); 2 octubre 2019 (TOL7.523.167).

19 *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 336.

20 *Cfr.* CASELLA, M.: Voz “Simulazione (diritto privato)”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII, Milano, 1990, pp. 613 y 614, quien advierte que el tiempo presente intenta una simbiosis, más que una contraposición, entre las dos teorías, conservándose la “preciosa” forma creativa de la autonomía privada para perseguir los propios intereses.

21 *Vid.* FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. I y ss., el cual hace un estudio completo y riguroso acerca de las teorías expuestas.

destinatarios de la declaración deberá ser tenida en cuenta, puesto que estos tendrán que ser protegidos si razonablemente han creído en la regularidad y validez de la misma.

Y, sobre todo, no debemos olvidarnos del elemento esencial de todo contrato para su validez, su causa; que, desde luego, debe ser verdadera y lícita. Si las partes han querido o no un determinado contrato es un hecho, pero que se plasma sobre la causa. Es acertado, por tanto, tratar la simulación dentro de la doctrina de la causa, como anomalía negocial que es; pero no podemos pretender reducir todos sus supuestos a un puro defecto de causa, pues quedarían huérfanos aquellos casos en los que la interposición ficticia de persona -elemento subjetivo- sea la causa que ha producido el fenómeno simulatorio. Por último, decir que no podemos atender a las enseñanzas de nuestro Código Civil, en cuanto no se puede afirmar con certeza que se haya inspirado de una manera uniforme en alguna de las dos teorías extremas anteriores²².

De todas formas, si hay algo que no me cabe la menor duda, es que el dogma principal que debe someterse a crítica, y que no puede admitirse como teoría única válida para declarar la simulación de un acto, es el obsoleto dogma de la voluntad, aunque nuestra jurisprudencia lo haya seguido con ojos vendados²³. Que

22 Si hacemos un rápido análisis podemos observar que, si bien algunos preceptos de la norma se inclinan por la llamada teoría voluntarista (arts. 1.254, 1.258, 1.261 y 1.263) dando valor al consentimiento prestado como elemento esencial del contrato, debemos tener presente que estos consentimientos, evidentemente, deben ser manifestados; y, por poner un ejemplo, el art. 1.288 dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no pueden favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”, por lo que parece que se acerca a la teoría declarativa.

Incluso la Jurisprudencia se ha decantado en numerosas ocasiones por la teoría declarativa, afirmando que si bien prevalece la teoría voluntarista, este principio ha de entenderse con ciertas restricciones y, en muchas ocasiones, los conflictos deberán resolverse, atendiendo al caso, con base en la teoría declarativa. Así, la STS 23 mayo 1935 (JC 1935, 44) decía que si bien “puede admitirse como regla general la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada... a propósito de la interpretación de determinados actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad, con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales los siguientes; 1º. Que la divergencia debe ser probada por quien la afirme, ya que si no se prueba, el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. 2º. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la bona fides y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real, cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido”. Vid. también al respecto, las SSTs 12 marzo 1952 (RAJ 1952, 729); 1 diciembre 1959 (RAJ 1959, 4476).

23 Así es, no es menos cierto que nuestra jurisprudencia ha sido propulsora, y aun lo es, de la teoría según la cual en la simulación de lo que se trata es de resolver cuál fue la voluntad e intención de los contratantes, advirtiendo que la voluntad real es la que prevalece sobre la declarada. En un principio se partía de la aplicación de los arts. 1.255 y 1.256 CC, advirtiendo que en la simulación al existir una discrepancia entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos necesarios para que el negocio nazca (STS 30 junio 1966, RAJ 1966, 3661). Vid. también SSTs 25 de mayo 1944 (JC 1944, 88); 16 noviembre 1956 (RAJ 1956, 4115); 31 mayo 1963 (RAJ 1963, 3592); 31 mayo 1965 (RAJ 1965, 3214); 5 julio 1966 (RAJ 1966, 3672). Como más recientes, entre otras, las SSTs de 15 diciembre 1980 (RAJ 1980, 4750); 22 diciembre 1987 (RAJ 1987, 9649) que apelando al art. 1.281 CC, sancionador de que, si las palabras aparecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, debe prevalecer esta sobre aquéllas, declara la inexistencia del contrato simulado. En sentido análogo, las SSTs 17 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8604) y 23 abril 1998 (RAJ 1998, 2599). E incluso se ha afirmado “que la simulación es definida como un vicio de la declaración de

cualquier intento de construir un sistema cerrado que dé respuesta a todas las preguntas e intente dar soluciones a todos los supuestos, acaba conduciendo a un laberinto, cuyo resultado es la imposibilidad práctica de encontrar la misma salida a distintas hipótesis.

2. Simulación, acuerdo simulatorio y fin de engaño.

Lo que ahora interesa es establecer un concepto tal de simulación que se aleje de teorías extremas y unilaterales, partiendo de la base de que el fenómeno simulatorio se funda en la necesaria intención de crear una apariencia jurídica, distinta de aquélla que realmente es querida por las partes.

Como acertadamente se ha señalado²⁴, se puede decir que hay simulación cuando los contratantes crean, con la propia declaración, la apariencia exterior de un contrato, el contrato simulado, del cual no quieren los efectos, o bien creando la apariencia exterior de un contrato distinto de aquél por ellos querido, que es, por ello, un contrato disimulado.

Con la simulación se quiere crear una apariencia para un fin determinado, y para ello se requiere un acuerdo simulatorio que desenmascare el contrato simulado²⁵. De la naturaleza del acuerdo simulatorio, llamado también contradecларación²⁶, se ha discutido mucho, construyéndose para ello numerosas teorías.

voluntad en los negocios jurídicos, por el cual las partes, ponen de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer" (así la STS 26 enero 1994 RAJ 1994, 446).

- 24 GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", *Commentario del Codice Civile* (dirigido por FRANCESCO GALGANO), Bologna-Roma, 1998, p. 6.
- 25 Aunque ha habido quien ha negado la necesidad de dicho acuerdo, afirmando que no es lícito admitir sin más que el acuerdo simulatorio sea requisito esencial y necesario de la simulación. Así, PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938, pp. 10 y ss., afirmaba que no es necesario el acuerdo porque en la simulación es suficiente el conocimiento de la otra parte del significado anormal de la declaración. En el mismo sentido, nos dice VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., p. 12, que "estando este acuerdo privado entre las partes destinado tan sólo a eliminar toda posibilidad de equívocos en sus recíprocas relaciones, concretando de manera precisa el real contenido de su voluntad, no parece necesario la existencia en todo caso de tal acuerdo previo y expreso. La simulación exige, ciertamente, que las partes estén de acuerdo sobre el valor de sus actos exteriores; pero ello no supone, necesariamente, que hayan pactado previamente el exacto valor de los mismos. En la mayoría de los casos, tal acuerdo acompañará al negocio simulado, porque las partes, buscando la seguridad en sus transacciones, siempre deseable, no suelen conformarse con la simple esperanza de ser entendidos, lo que, unido al interés en ocultar la simulación frente a todo intento de desenmascaramiento, induce a celebrar el acuerdo inter partes". En sentido análogo, afirma DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, ob. cit., p. 58, que si bien la contraescritura, por su naturaleza, requiere siempre simulación, la simulación no requiere siempre de contraescritura para producir todos sus efectos legales. Así también, MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, cit., pp. 505 y ss.; DAGOT, M.: *La simulation en droit Privé*, Paris, 1967, p. 23.
- 26 Aunque debo aquí señalar, que algunos autores advierten la distinción entre "acuerdo simulatorio" y contradecларación, viniendo a decir que, si bien el acuerdo simulatorio sería un verdadero y propio acuerdo negocial, la contradecларación es una mera declaración de ciencia cuya función es simplemente probatoria. Al respecto, DOGLIOTTI, R.: "Nota a la Sentencia de 15 de septiembre de 1987, de la Corte Suprema di Cassazione", *Nueva Giurisprudenza Civile Commentata*, t. I, 1993, pp. 361-362; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 26 y ss. y 36 y ss.
En este sentido, advierte ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", cit., pp. 1028-1029, que "no es acuerdo simulatorio, sino declaración disimulada (es el nombre que le da a la contradecларación) aquélla en que se manifiesta un contenido volitivo no invalidador total o parcialmente, sino distinto de la

La opinión dominante, y a mi juicio la más razonable, ha sido aquella que se refiere al acuerdo como verdadero contrato, de modo que tanto el acuerdo simulatorio como el contrato simulado deberán reunir los requisitos exigidos para la formación y validez de los contratos. Pero la configuración del acuerdo como contrato ha sido formulada en términos más complejos, que han supuesto, en ocasiones, soluciones distintas. De hecho, algunos autores advierten que contrato simulado y acuerdo simulatorio son negocios autónomos e independientes, pero advirtiendo que ambos se anulan y neutralizan²⁷. Esta concepción ha conducido a la construcción del acuerdo como un contrato resolutorio que viene a modificar o anular el contrato simulado, corrigiendo las inexactitudes resultantes de un error, imponiendo la modificación como requisito imprescindible de la contradeciaración²⁸. Otros autores resuelven la naturaleza contractual del acuerdo simulatorio incluyéndolo entre los contratos declarativos, y asimilándolo al contrato de “ascertamento” (contrato de fijación)²⁹.

En contraposición a la autonomía del acuerdo simulatorio, se parte de la premisa de que si bien la contradeciaración debe reunir las condiciones necesarias para su validez, no puede considerarse autónoma e independiente del contrato simulado, advirtiendo que el acuerdo entre los simulantes ha de ser estimado

declaración simulada. A veces, en la práctica, declaración disimulada y acuerdo simulatorio se hallan unidos (e incluso la declaración disimulada muchas veces supone implícitamente un acuerdo simulatorio que quite rigor a la parte de la declaración simulada que contradice la disimulada), pero son separables”.

- 27 Cfr. COLIN, A. et CAPITANT, H.: *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, t. III, Paris, pp. 700 y ss.; DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, 2ª ed., Paris, 1876, pp. 270 y ss.; AUBRY, C. et RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, t. VIII, Paris, 1871, § 756 bis; LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t. XIX, 3ª ed., Bruxelles 1878, p. 195; PLANIOL, M. - RIPERT, G.: *Traité Pratique de Droit civil français*, t. VI, Paris, 1926, pp. 465 y ss.; BREDIN, J.D.: “Remarques sur la conception”, cit., pp. 267-268; GIANNATTASIO, C.: “Simulazione della contradeciarazione e sua prova”, *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, t. III, 1951, pp. 514 y ss., también en “Delle Obbligazioni”, *Commentario del Codice Civile* (dirigido por D'AMELIO y FINZI), t. II, vol. II, Firenze, 1949, quien advierte que el acuerdo simulatorio es un negocio efectivo, consistente en la negación del negocio aparente.
- 28 Cfr. PLASMAN, L.C.: *Traité des contre-lettres*, 2ª ed., Paris, 1889, pp. 10 y ss.; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prêt-nom*, Tesis, Caen 1898, pp. 181 y ss.; GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, Tesis, Paris, 1897, p. 61; BARTIN, V.: *Théorie des contre-lettres*, Tesis, Paris, 1885, pp. 86 a 101; ESMEIN, P.: *Cours de Droit Civil*, 1956, p. 484; PESTALOZZA, F.: “Appunti in tema di simulazione relativa”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1917, p. 745; PUGLIATTI, S.: “La simulazione dei negozi unilaterali”, *Diritto Civile. Saggi*, Milano 1951, p. 548. En contra FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 314-315, para quien la contradeciaración no es modificativa, ni derogatoria, ni anula la convención precedente, porque si esta es fingida y nula, no puede ser destruido lo que no existe, y si es simulada, no sufre restricción o supresión en sus efectos por la contradeciaración que la descubre. Por el contrario, la contradeciaración es, por su naturaleza, declarativa y sirve para advertir la inexistencia o la verdadera índole del contrato realizado, descorriendo el velo de la simulación. Tiene una eficacia reveladora, no modificativa, y el contrato simulado o disfrazado tiene existencia independiente de la contraescritura que lo hace constar y existirá también si ella.
De hecho, FERRARA, anclado en la creencia y defensa del negocio jurídico, calificaba la simulación como un simple hecho, admitiendo la prueba de la misma por cualquier medio (al igual que la mayoría de la doctrina francesa), independientemente de la forma del contrato simulado. En el mismo sentido, MATTEA, L.: “L'orientamento più recente della suprema corte in tema di forma e prova dell'interposizione fittizia di persona: un preoccupante revirement”, *Diritto e Giurisprudenza*, 1991, p. 913, que, refiriéndose a la interposición ficticia, defiende la posibilidad de probarla por cualquier medio admisible por el ordenamiento.
- 29 Cfr. GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., p. 17; CASELLA, M.: Voz “Simulazione (diritto privato)”, cit., p. 612; BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 405; DISTASIO, N.: Voz “Simulazione nei negozi giuridici”, cit., pp. 364-365; MESSINEO, F.: “Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto”, *Rivista di Diritto Civile*, t. I, 1966, pp. 241 y ss.; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, Napoli, 1982, p. 276 y ss.

como una parte del negocio aparente; la contradecларación, se dice, no puede separarse del fenómeno simulatorio, dado que se comprende que lo proyectado por las partes es un todo complejo integrado por la creación de una apariencia que esconde una voluntad negocial; advierten que los tres elementos posibles, contrato simulado, contrato disimulado y acuerdo simulatorio, constituyen un corpus unitario que no puede ser separado³⁰.

Estas teorías han sido rebatidas por un sector importante de la doctrina. De un lado encontramos aquéllos que demuestran su discordancia con la naturaleza contractual del acuerdo³¹, apuntando que el acuerdo simulatorio es una mera declaración de ciencia³², y advirtiendo que es un hecho normal de entendimiento el que las partes se pongan de acuerdo en que el contrato celebrado no produzca sus efectos; y de ahí al concepto de acuerdo como negocio jurídico al que le son aplicables las normas sobre la forma, licitud o legitimación del contrato, hay una gran distancia³³. Esta es una de las causas que ha llevado a decir que el acuerdo simulatorio es un hecho, un simple medio de prueba, que sirve tan sólo para hacer constar la simulación existente desde el principio, sin añadir ni quitar nada a la relación anterior, reflejando la verdadera intención de las partes³⁴. Y se ha llegado

30 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 338 y ss.; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 26 y ss.; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 216, quien señala que “las declaraciones simuladas son inseparables del acuerdo simulatorio que las explica, da origen y valor”; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., pp. 201 y ss., el cual dice también que el acuerdo simulatorio es siempre antijurídico, pero relevante; DISTASIO, N.: Voz “Simulazione nei negozi giuridici”, cit., pp. 362 y ss.; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 124.

Afirma DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 338, que “la separación más o menos completa de acuerdo simulatorio y negocio simulado, acarrearía consecuencias imprevistas. Un acuerdo simulatorio previo - advierte el autor - con eficacia independiente, obligaría a las partes a la celebración del negocio simulado. Cada uno de los supuestos negocios independientes habría de reunir sus propios requisitos de validez; con lo que si, por ejemplo, el acuerdo simulatorio fuese nulo, el negocio simulado resultaría válido, por el hecho de haberse eliminado aquello a lo que se atribuye su eficacia”. En contra de la autonomía del acuerdo simulatorio se muestra también AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 26 y ss., quien, si bien no se pronuncia explícitamente sobre la naturaleza del acuerdo, termina afirmando que este es un simple preliminar de hecho del negocio simulado, privado de una autonomía tal que lo pueda calificar de negocio jurídico (p. 46). De hecho, este autor calificaba, al igual que FERRARA, la simulación como un mero hecho. Y, en contra también se muestra MESSINEO, F.: “Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto”, cit., p. 252, quien afirma que como mucho se podrá hablar de “collegamento funzionale” entre el acuerdo simulatorio y el contrato simulado: conexión (no recíproca) solo en el sentido de que el segundo (contrato disimulado) presupone el primero (acuerdo simulatorio); pero se tratará de dos negocios (o de un contrato, más un negocio) y nunca de un contrato (o negocio) único.

31 Cfr. LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 223; MARANI, F.: *La simulazione negli atti unilaterali*, Padova, 1971, pp. 27 y ss.; CARRESI, F.: “Il contratto”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), Milano, 1987, p. 415; STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 130; FURGUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992, pp. 72 y ss.; TERRANOVA, G.: “La prova della simulazione nelle revocatorie fallimentari”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 2 marzo-abril, 1999, pp. 151-152.

32 Afirma ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Invalidéz de la declaración de voluntad”, cit., pp. 1028 y ss., refiriéndose al acuerdo simulatorio, que “hay quien opina que se trata de un prenegocio (precontrato) encaminado a concluir la declaración simulada. Pero realmente el acuerdo no es fuente del deber de emitir la declaración simulada, sino -como decimos- simplemente algo enderezado a hacer nula la declaración que se emitirá”. Vid. también MATTERA, L.: “L'orientamento più recente”, cit., p. 913.

33 Cfr. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pag. 27.

34 Cfr. MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, cit., pp. 506 y ss.; ROMANO, S.: “Contributo esegetico allo studio”, cit., pp. 34 y 43 y ss., aunque reconoce sus dudas, termina por decir que no parece necesario acudir a la figura del negocio para hacer caer en la nada un contrato, y señala que no solo el acuerdo simulatorio no tiene naturaleza negocial en cuanto tiene sólo una pura función probatoria, sino que en el fenómeno simulatorio,

más lejos, calificándolo de simple pacto por medio del cual las partes manifiestan su intención real³⁵; terminología esta utilizada en ocasiones por nuestro Tribunal Supremo³⁶.

Cuestión discutida ha sido también la referente al momento en el que debe llevarse a cabo el acuerdo simulatorio; si debe ser simultáneo, anterior, o posterior al contrato simulado. Si bien se ha dicho que el acuerdo debe ser siempre precedente³⁷, también se entiende que, por lo menos, debe no ser posterior a la declaración simulada, puesto que si así sucediese no habría realmente simulación, sino posterior anulación de la misma voluntad contraria³⁸. Incluso se ha diferenciado entre contemporaneidad y contextualidad del acuerdo simulatorio, en cuanto que la primera alude a un dato temporal y la segunda a un dato estructural (y también documental), afirmándose que por ello el acuerdo es esencial que sea anterior al contrato simulado³⁹. Sin embargo, otros opinan que no pierde carácter probatorio la contradecación hecha posteriormente, admitiendo que sea anterior, simultánea o posterior al acto simulado⁴⁰.

Aunque al acuerdo simulatorio haré referencia más tarde, en atención a la clase de simulación de que se trate, cabe aquí aclarar que es este un acuerdo, normalmente secreto⁴¹, mediante el cual las partes declaran y reconocen la no subsistencia o la existencia con diferente contenido o entre personas distintas de

además del contrato simulado y del acuerdo simulatorio para probar la simulación, es necesario un tercer requisito objetivo; la relevancia del comportamiento ejecutivo de las partes y del fin perseguido por ellas.

35 Vid. SACCO, R.: "Le contradichiarazioni", *Tratatto di Diritto*, t. X, vol. II, Torino, 1982, pp. 181-182; también en *Voz "Simulazione (diritto civile)"*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXVIII, Roma, 1992, p. 6.

36 Vid. STS 21 de julio 1997 (RAJ 1998, 219). Incluso se le ha dado el nombre de "acto conciliatorio" (STS 12 noviembre 1985, RAJ 1985, 5577).

37 Cfr. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pag. 33.

38 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. I, vol. II, cit., p. 247; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 39, que exige como requisito esencial de la contradecación que ésta sea simultánea al acto simulado. JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 216, advierte que el acuerdo simulatorio debe ser previo o simultáneo a las contradecaciones simuladas.

39 Vid. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 123. Ya BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 398, había mencionado esta distinción, para quien entre el negocio simulado y el disimulado debía haber, no sólo un nexo de contemporaneidad, sino también un nexo de contextualidad psicológica y lógica, nexo no sólo genético, sino funcional. Así también, MESSINEO, F.: "Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto", cit., pp. 250 y ss., que diferenció entre ambos términos, exigiendo la contextualidad entre el acuerdo simulatorio y el contrato disimulado, advirtiendo que únicamente en el caso que los dos elementos estén compenetrados entre ellos, y por lo general en un único documento, podrá hablarse de contextualidad; pero es importante advertir que este autor admite la posibilidad de que el acuerdo sea posterior.

40 Cfr. GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, cit., p. 281, nota 77; DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 577; AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 179; PIAZZA, G.: *L'identificazione del soggetto del negozio giuridico*, Napoli, 1968, pp. 115 y ss.; SACCO, R.: "Il contratto", *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por FILIPPO VASSALLI), Torino, 1975, p. 394; BIANCA, C.M.: *Il contratto*, Milano, 1984, pp. 656 y ss.; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 314, aunque advierte el autor que el hecho de que el acuerdo sea posterior podría levantar sospechas, en cuanto podría creerse que la contradecación es también simulada.

41 Aunque no es este requisito esencial lo normal será que el acuerdo sea secreto, principalmente debido a que la finalidad de los contratantes es la ocultación, de modo que si se prescinde del carácter secreto es posible que no puedan alcanzarse los fines perseguidos.

una relación jurídica preexistente; por lo que, tanto el acuerdo como el contrato simulado deberán reunir los requisitos de validez y eficacia impuestos por la ley. Nos encontramos ante varias declaraciones distintas, con fines distintos, y diversa importancia jurídica; una sirve para regular las recíprocas relaciones, y la otra para producir la apariencia frente a terceros con el propósito de engañar. Y porque es un acuerdo, es precisamente un contrato, pero cuya naturaleza es declarativa; por lo que la contradecларación se puede definir como un contrato declarativo⁴².

Además, debemos tener presente que la llamada contradecларación no es el único requisito imprescindible del fenómeno simulatorio. El hecho de que con la simulación se quiera crear una apariencia supone, a su vez, un fin de engaño⁴³. Pero ello no implica que el acto sea ilícito o dañino, sino que es posible encontrarnos ante situaciones en las que habiendo simulación y fin de engaño no haya ilicitud ni intención de dañar. Desde luego, premisa clave debe ser no confundir la intención de engañar con la intención de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lícita, como cuando se pretende sustraer a la curiosidad e indiscreciones de los demás la naturaleza de un acto jurídico⁴⁴. En efecto, si bien debemos reconocer que la mayoría de las veces la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal, no sería justo ni apropiado caer en la tentación de creer, como muchas veces se ha hecho, que toda simulación lleva consigo un efecto defraudatorio, porque no siempre será así.

3. Simulación absoluta, simulación relativa e interposición ficticia.

En el campo de la simulación contractual encontramos tres tipos posibles; la simulación absoluta, la simulación relativa, que a su vez puede ser total o parcial, y la simulación por interposición ficticia de persona, aunque esta última en realidad es una especie de la relativa, llamada también simulación relativa subjetiva⁴⁵.

42 GALGANO, F.: *110 esercizi e 70 schemi di Diritto privato*, Padova, 1997, p. 111.

43 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 339; LUNA SERRANO, A.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 245; VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., p. 14; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 45 y ss. y 135.; DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, cit., p. 39; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 196; BELEZA DO SANTOS, J.: *A simulação em direito civil*, Coimbra, 1921, pp. 65 y ss.; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 37 y ss.; PESTALOZZA, F.: *Voz "Simulazione"*, cit., p. 747.

44 Cfr. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 38; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidéz de la declaración de voluntad", cit., pp. 1027-1028; GÓMEZ CALLE, E.: *Voz "Simulación"*, cit., p. 6217; PUIG BRUTAU, J.: *Voz "Negocio jurídico"*, p. 250. Tras decir que no todas las simulaciones son ilícitas, afirma CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 135-136, que "también son posibles las simulaciones inocentes y hasta con objetivos generosos".

45 Algunos autores han hecho una clasificación más amplia de simulación. Así, CARCABA FERNÁNDEZ, M^{ra}: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 61-62, entiende que la simulación puede ser clasificada atendiendo a dos criterios; el móvil perseguido al engañar a los terceros, que permite ordenar la simulación en lícita e ilícita (será lícita cuando el fin perseguido por las partes sea legal e ilícita cuando aquél fin sea el fraude legal o perjudicar a terceros); y en atención a su contenido, distinguiéndose entre simulación absoluta y relativa; y esta última a su vez se subdivide en varios tipos: la referida a la naturaleza del negocio realmente celebrado; la que recae sobre condiciones del negocio; y la interposición de persona o simulación relativa en atención a los sujetos del contrato. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, si bien en un primer trabajo admite y sigue la teoría de CARCABA ("Comentario al art. 1276 del Código Civil", cit., p. 591), en uno posterior (*La causa del contrato*,

Es tarea que excede del cometido actual reseñar los distintos casos de simulación absoluta y relativa, las múltiples formas que pueden utilizarse para simular un contrato que disfrace la posición de las partes. Por ello analizaré brevemente el punto de la simulación absoluta y relativa, con el único fin de poder dar las nociones claves indispensables que nos ayuden a entender más tarde la simulación relativa subjetiva o interposición ficticia de persona, que es la aquí nos interesa. Y me referiré a las situaciones más frecuentes y conocidas, ya que resultaría inviable un examen de todos los supuestos, por ser infinitos los medios de que pueden valerse los individuos para ocultar la realidad.

A) Simulación absoluta y figuras afines.

La simulación absoluta es la forma más simple de simulación y supone la creación de una apariencia contractual, es decir, cuando las partes celebran un contrato, y en un acuerdo distinto declaran no querer efecto alguno de aquel contrato. La intención es engañar a los terceros, crear una apariencia de transmisión de un derecho o de asunción de una obligación.

El contrato simulado es el medio más frecuente al que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia y escapar al cumplimiento de sus obligaciones⁴⁶. De hecho, aunque también pueda estar dirigido a otros fines, el fin fundamental y principal que se proponen las partes al llevar a cabo un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo para, de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción. Por otra parte, la lucha de los acreedores consiste en romper el velo con el que han tapado los deudores su fraude para mantener íntegra su garantía sobre el patrimonio del obligado, que sólo fingidamente se disminuyó o gravó.

Por ello, normalmente, aunque no siempre, la simulación absoluta tiene carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a terceras personas, en cuanto

cit., p. 206), vuelve a exponer la teoría de la autora, pero afirmando que no acepta la clasificación que hace en cuanto al móvil perseguido; sino que solo admite aquella que se refiere al contenido, distinguiéndose entre simulación absoluta y simulación relativa, evidentemente incluyendo las subespecies de esta última. Así también hay quien no incluye entre las formas de simulación la interposición ficticia, aunque se refiera como tercera forma de simulación a aquella que se refiere a la identidad de uno de los sujetos contratantes. En este sentido se pronuncia VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., pp. 5 y ss. Primero el autor hace una clara distinción entre acto simulado y acto ficticio, señalando que la distinción tiene "amplias repercusiones prácticas y que viene a coincidir con la más usual dentro de la simulación contractual, de simulación absoluta (acto puramente ficticio) y simulación relativa (acto simulado)" (p. 7). Sin embargo, posteriormente, aunque admite la existencia de la interposición ficticia, cuando hace la clasificación de las formas posibles de simulación distingue tres, a saber: 1ª, cuando las partes, además de no tener la voluntad que declaran no tienen ninguna otra (simulación absoluta); 2ª, cuando en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia) tienen otra que no revelan al exterior, efectiva, el supuesto es de simulación relativa, en la que coexisten un negocio (aparente) simulado, o fingido, y un negocio efectivo, pero secreto, esto es, disimulado; 3ª, en el caso de que alguien finja estipular un negocio con un determinado sujeto, mientras que, en realidad, quiere estipularlo y lo estipula con otro, que no parece, nos encontremos en el supuesto de interposición ficticia de persona" (p. 26).

46 O, como por ejemplo, aquéllos que recurren a la simulación absoluta para ocultar sus bienes del Fisco y evitar el pago de impuestos.

que la apariencia creada se utiliza de ordinario para frustrar la satisfacción de legítimas expectativas⁴⁷.

De hecho, gran parte de la doctrina ha sostenido que los actos simulados de forma absoluta son siempre fraudulentos⁴⁸. Ha sido esta una concepción largamente seguida por la jurisprudencia, que por encontrarse en numerosas ocasiones con casos de simulación fraudulentos, ha construido un principio económico de simulación que no difiere del fraude⁴⁹. Sin embargo, dicha opinión no debe ser seguida sin objeciones, en cuanto que, a pesar de que normalmente esta simulación es ilícita, siempre ha sido permitido a las partes, para cumplir sus fines económicos, escoger los medios lícitos que creyeran más convenientes. De conformidad al principio de libertad de pactos, a todo individuo le está permitido hacer indirectamente lo que puede efectuar directamente⁵⁰.

47 Dice CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 109, que "los objetivos de las partes al efectuar un acto con simulación absoluta son innumerables, aunque casi siempre fraudulentos... Es una arma peligrosa y terrible de los deudores en bancarrota poco escrupulosos, y que las usan en las formas más variadas, sobre todo en épocas de depresión económica".

48 Cfr. MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, cit., pp. 3 y ss.; VALENTE, A.: *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961, pp. 142 y 167, según el cual, cualquier fenómeno de sustitución subjetiva que no entre en el esquema de la representación cae en el ámbito del fraude; DAGOT, M.: *La simulation en Droit Privé*, cit., p. 50; DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, cit., pp. 73-74 y 90, si bien este autor piensa que, mientras la simulación absoluta y la relativa propiamente dicha son siempre fraudulentas, la simulación por interposición de persona puede ser lícita o ilícita y por lo tanto puede ser fraudulenta, o tener simplemente la finalidad de burlar una incapacidad legal.

49 En cuanto a la jurisprudencia española, si bien la concepción actual es la distinción entre ambas figuras, no son pocas las sentencias que han afirmado que la simulación implica siempre un ánimo fraudulento. Entre otras, pueden verse, las SSTs de 25 junio 1930 (RAJ 1930, 1046); 29 enero 1945 (RAJ 1946, 1021); 6 junio 1950 (RAJ 1950, 2856); 19 diciembre 1951 (RAJ 1951, 2777); 29 octubre 1956 (RAJ 1956, 3421); 13 febrero 1959 (RAJ 1959, 590). Con relación a la jurisprudencia francesa, vid. BREDIN, J.D.: "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", cit., pp. 280-282. Respecto a la italiana, vid. BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., pp. 54 y ss.; CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, pp. 105 y ss.; GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, Milano, 1968, pp. 74 y ss.

50 Como acertadamente dijo MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi*, cit., p. 441.

Además, fraude y simulación no son, ni mucho menos, instituciones sinónimas, sino al contrario. De facto, tanto doctrina⁵¹ como jurisprudencia⁵² reconocen que en el negocio fraudulento no existe un contraste entre la apariencia de una situación negocial y su realidad, característico de la simulación; porque mientras que la simulación se sustancia en poner una situación negocial meramente aparente (simulación absoluta) o diversa de la realidad (simulación relativa); en el “fraudem legis”, el negocio realizado es realmente querido por las partes, aunque con él se persiga verificar un fraude. Así es, diferencia fundamental es, ante todo, que la simulación supone un acto ficticio mientras que el fraude es un acto real. Por eso

51 Acerca de la diferencia entre contrato simulado y fraude de ley, véanse, SOLS LUCIA, A.: *El fraude a la ley. Estudio analítico del artículo 6.4 del Código Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1989, pp. 205 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 375; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 252; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 135-138; MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi*, cit., pp. 445 y ss.; BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., pp. 54 y ss.; ROTONDI, G.: *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Roma, 1971 (reimpresión de la edición Torino, 1911); CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, cit., pp. 105 y ss.; GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2ª ed., Torino, 1917, pp. 36-48; BONFANTE, P.: “Sulla simulazione nei negozi giuridici”, cit., pp. 189 y ss.; COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, cit., p. 371; GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, cit., pp. 74 y ss.; MESSINEO, F.: “Il contratto in genere”, cit., pp. 573 y ss.; BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 396-397; CERONI, C.: *Autonomia Privata e simulazione*, Padova, 1990, pp. 22-23; JOSSELAND, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques*, cit., p. 241; DAGOT, M.: *La simulation en Droit Privé*, cit., pp. 50-51; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: “Comentario al art. 1276 del Código Civil”, cit., pp. 605-607, aunque este autor en su trabajo sobre la causa (*La causa del contrato*, cit., p. 203), rectifica diciendo que si bien “había afirmado inexactamente que es lícito el acuerdo simulatorio si es lícito el negocio oculto...aclaro ahora que, siendo siempre ilícito dicho acuerdo, la sanción del Ordenamiento consiste en las medidas represivas contra la simulación, una vez descubierta ésta: entre otras, no vale el negocio que se pactó aparentar”.

Incluso un sector doctrinal, partiendo de la oposición entre acto simulado y negocio fraudulento, ha llegado a sostener una postura radical de incompatibilidad entre ambas figuras, afirmando que solo el negocio disimulado puede ser fraudulento, por lo que no es posible una simulación absoluta fraudulenta. Se parte de la base de que la simulación no es un medio para eludir la ley, sino un artificio para ocultar la violación. Al respecto, siguiendo a FERRARA, afirma LUCES GIL, F.: “El fraude a la ley en las normas del Título Preliminar del Código Civil Español”, *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1976, p. 490, que “con los actos fraudulentos no se pretende engañar, sino aprovechar los resquicios del sistema legal para alcanzar un resultado prohibido por el Derecho; se utilizan las propias normas legales - ley de cobertura -, como artilingio para burlar una norma imperativa o prohibitiva - ley defraudada”. En el mismo sentido, VERDERA Y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, cit., pp. 23-26; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 58-59; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., pp. 152-154; PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., pp. 53 y ss.; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 77 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, cit., pp. 442-443; DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 135 y ss., que se pronuncia a favor de una antítesis radical entre fraude y simulación.

52 Advierte la STS 15 diciembre 1980 (RAJ 1980, 4750) la clara diferencia entre negocio simulado y negocio celebrado en fraude de Ley “en cuanto que aquel supuesto contemplado en la litis (negocio simulado), fue sólo querido aparentemente, pues lo que se pretendía en realidad era celebrar el negocio encubierto, mientras el acto en fraude de la ley es en sí querido y lo único que pretenden los interesados es evitar la aplicación de una norma dictada para otro negocio, respetando su letra pero contraviniendo su espíritu...”. Asimismo, la STS 15 de marzo 1995 (RAJ 1995, 2656) decía que “en ningún sitio consta dicho por esta Sala que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria”. En cuanto a la diferencia entre simulación y fraude, *vid.* también la STS 9 marzo 2001 (RAJ 2001, 3185). Asimismo, aunque en este supuesto la Sala estima que ha habido fraude, se advierte que para que se entienda que ha habido fraude en el negocio es necesario que concurren ambos presupuestos del “damnus emergens y del consilium fraudem” (STS 1 abril 2003, RAJ 2003, 2841).

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Madrid, 1966, pp. 158-159, en el comentario que hace a la STS 8 enero 1959, que califica el supuesto de fraude de ley, le reprocha que “más que un auténtico caso de fraude de ley, se trata de un supuesto de simulación relativa, ya que para que exista fraude de ley en sentido estricto es menester que un negocio realmente celebrado, para eludir la aplicación de una norma jurídica, trate de ampararse en otra -disposición de cobertura-, que no lo proteja de modo suficiente, por no encontrarse en la de tal norma el amparo de los negocios o actos jurídicos de índole semejante”.

el contrato simulado no es en sí un negocio fraudulento, aunque pueda servir de medio o instrumento, como cualquier otro contrato verdadero, para defraudar.

La simulación puede plantear asimismo problemas con la reserva mental. No deben confundirse ambas figuras, en cuanto que la reserva mental es un hecho interior, de una sola de las partes contratantes, mientras que la simulación es un acuerdo bilateral. Cuando la reserva mental es conocida, deja de ser tal, y sus semejanzas con la simulación aumentan, porque en este caso ambas partes conocen la verdadera voluntad, saben que la declaración no es querida. Sin embargo, tampoco en este caso deben ser confundidas, ya que el conocimiento de la otra parte nunca puede integrar un elemento esencial de la simulación, cual es el acuerdo simulatorio, que será el que reflejará que las partes han procedido de común acuerdo para crear la apariencia engañosa⁵³.

La diferencia fundamental es que en la reserva mental no se exterioriza nada, de forma que se desenvuelve en el refugio secreto de la mente de uno de los contratantes, mientras que en la simulación se lleva a cabo una manifestación externa acordada por ambas partes; por lo que el dato distintivo lo encontramos en el acuerdo simulatorio, que falta en la reserva mental pero es esencial en la simulación⁵⁴. Ello ha llevado a decir que no es posible la simulación en los actos jurídicos unilaterales no recepticios⁵⁵, en cuanto que todo intento de simulación sería resuelto en una reserva mental⁵⁶. Asimismo, diferencia sustancial entre

53 Vid. CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 51, que afirma que, “únicamente nos encontraríamos ante un supuesto de simulación si la contraparte, conocida la reserva, manifiesta tal conocimiento a través de un acuerdo con la misma”.

54 Cfr. BREDIN, J.D.: “Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé”, cit., p. 280; BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., pp. 30 y ss.; PESTALOZZA, F.: *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., pp. 42 y ss.; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 104 y ss.; DISTASIO, N.: Voz “Simulazione nei negozi giuridici”, cit., pp. 365; GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., pp. 17-19; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 345-347; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Invalidez de la declaración de voluntad”, cit., p. 1029; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 50-51; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 51 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación. Simiótica de los negocios jurídicos simulados*, Barcelona, 1972, p. 118; NUÑEZ IGLESIAS, A.: “La donación de inmueble encubierta como compraventa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 1813-1814. Así también DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, cit., p. 89, que, si bien entiende, como ya se ha dicho, que el acuerdo simulatorio no es imprescindible en la simulación, advierte después que es éste mismo, el acuerdo entre el interponente, interpuesto y tercero, en la interposición de persona, lo que lo diferencia de la reserva mental, en cuanto si el tercero no participa en el acuerdo será para él una simple reserva mental, y por tanto ineficaz. Con ello, el autor señala la necesidad del acuerdo en la interposición de persona para que se pueda hablar de simulación.

55 Dado que los actos unilaterales recepticios, que estén destinados a una persona determinada, pueden ser simulados si hay acuerdo entre el declarante y el destinatario de la declaración. Así, podrán ser objeto de simulación, por ejemplo, la novación, la promesa de pago, la compensación, el perdón, la renuncia y aceptación etc. Al respecto, vid. MARANI, F.: *La simulazione negli atti unilaterali*, cit., pp. 27 y ss.

56 Cfr. VERDERA Y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, cit., p. 16; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 345-347; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 98-99; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 51 y ss.; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 195; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 361; CÁMARA LAPUENTE, S.: *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996, pp. 504-505; BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., pp. 30 y ss.; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 90 y ss.; CASELLA, M.: Voz “Simulazione (diritto privato)”, cit., p. 605; GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto”, cit., pp. 17-19.

ambas figuras es el efecto o consecuencias jurídicas para cada una de ellas; la reserva mental no afecta al acto viciado en cuanto seguirá siendo eficaz, pues el Derecho no toma en consideración el propósito secreto de la parte; mientras que la simulación puede ser causa de ineficacia del contrato, no vinculando a las partes simulantes entre sí.

B) Simulación relativa.

En la simulación relativa se crea la apariencia de un contrato distinto del realmente querido por las partes. Con el contrato estipulado se crea una telaraña que sólo sirve para engañar a los terceros, en cuanto detrás de esa farsa se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar. En este caso hay dos contratos; un contrato simulado, que es el que se hace ver frente a terceros, el que crea la apariencia; y un contrato disimulado, que es el verdadero contrato, el querido efectivamente por las partes. La simulación relativa puede recaer sobre el propio contrato, o bien sobre el objeto, sujetos o contenido del mismo⁵⁷. En el caso de que recayese sobre los sujetos del contrato estaríamos ante un supuesto de simulación por interposición ficticia de persona, en cuanto lo que se quiere enmascarar es la identidad de uno de los sujetos contratantes.

La simulación relativa (me refiero a la objetiva), a su vez puede ser total o parcial: la relativa total supone que nos encontramos ante dos contratos, el simulado y el disimulado, completamente distintos; el simulado es el destinado a engañar y crear la apariencia y el disimulado es el realmente querido por las partes. Se suele poner como ejemplo típico la simulación de un contrato de compraventa cuando en realidad lo que se quiere es un contrato de donación⁵⁸.

En contra se muestran BARASSI, L.: *La notificazione nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1908, pp. 176 y ss.; MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, cit., pp. 508y ss. Estos autores parten de la premisa de que es posible la simulación en los actos unilaterales.

57 En contra AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 167 y ss., para quien la simulación relativa no puede recaer sobre el sujeto o el objeto del contrato simulado, en cuanto éstos no son elementos del negocio. Asimismo, SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., pp. 111 y ss.

58 Debo decir que esta clase de simulación relativa es riquísima en variedades, en cuanto puede efectuarse de diversas maneras. Así, se puede ocultar bajo la apariencia de un contrato de préstamo una transacción, STS 26 junio 1959 (RAJ 1959, 2935); un contrato de permuta para simular una compraventa, STS 27 febrero 1954 (RAJ 1954, 708); un contrato de permuta que simula una donación, STS 16 mayo 1961 (RAJ 1961, 2319); un contrato de arrendamiento que simula un subarriendo, STS 20 diciembre 1957 (RAJ 1957, 3447); un contrato de compraventa que simula uno de renta vitalicia, STS 7 abril 1961 (RAJ 1961, 1256); un contrato de compraventa que simula un arrendamiento, SSTS 14 julio 1981, (RAJ 1981, 3078), 15 diciembre 1980 (RAJ 1980, 4750), 12 noviembre 1985 (RAJ 1985, 5577), 17 diciembre 1992 (RAJ 1992, 10506); un arrendamiento de local de negocio que simula uno de industria, SSTS de 8 enero 1959 (RAJ 1959, 430), 17 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8604); un contrato de compraventa de vivienda bajo la forma de uno de cesión de derechos, STS 24 junio 1991 (RAJ 1991, 4577); un contrato de préstamo que encubre uno de garantía de pago, 10 julio 1995 (RAJ 1995, 5561); un contrato de asesoramiento técnico que encubre una compraventa de acciones, 12 febrero 2001 (RAJ 2001, 3963).

Si bien la más típica es la simulación de donaciones, donde pueden encontrarse, por ej., donaciones encubiertas bajo forma de préstamo como las: SSTS 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921) y 27 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9317). Aunque la más usual es la donación simulada bajo forma de compraventa; *vid.*, entre otras, SSTS de 3 marzo 1932 (JC 1932, 11); 29 enero 1945 (RAJ 1946, 1021); 19 enero 1950 (RAJ 1950, 29); 24 marzo 1950 (RAJ 1950, 711); 13 febrero 1951 (RAJ 1951, 259); 29 marzo 1952 (RAJ 1952, 1211); 23 junio

La simulación relativa parcial implica la simulación de alguna o algunas cláusulas contractuales, de modo que el contrato disimulado, si bien es de igual naturaleza, tendrá un contenido distinto del simulado. Así, por ejemplo, se puede realizar un contrato de compraventa por un precio inferior o superior al realmente acordado.

Esta forma de simulación puede plantear numerosos problemas, por las similitudes que presenta con otros actos que pueden llevar a confusión; el contrato erróneamente denominado y el contrato redactado oscuramente. El primer supuesto se da cuando las partes, por ignorancia o por error, atribuyen al contrato un nomen iuris que no corresponde a su naturaleza, dándole una denominación falsa. Sin embargo, como es bien sabido, la imprecisión del lenguaje jurídico deja intacto el contenido del contrato, pues las relaciones jurídicas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Pero en este caso, no nos encontramos ante un supuesto de simulación, dado que la apariencia del contrato ha sido involuntaria sin ningún fin determinado⁵⁹; mientras que en la simulación se ha llevado a cabo un acuerdo simulatorio para crear una apariencia y cuyo fin primordial es el engaño, siendo la regla fundamental la clandestinidad del acto. Además, en la denominación errónea del contrato se puede, atendiendo al contenido del mismo, descubrir la intención de las partes, rectificando la denominación impropia; mientras que en el contrato simulado relativamente, al ser hecho con intención de engañar, no será posible, ni siquiera con una vasta interpretación, saber cuál ha sido la voluntad real de las partes, y, a veces, ni siquiera sospechar que se trata de una simulación.

Asimismo, son extraños a la doctrina de la simulación aquellos contratos que tienen un contenido oscuro o confuso en los que la dificultad fundamental es la de

1953 (RAJ 1953, 1673); 31 enero 1955 (RAJ 1955, 128); 2 junio 1956 (RAJ 1956, 2691); 19 de junio de 1956 (RAJ 1956, 2712); 29 octubre 1956 (RAJ 1956, 3421); 5 octubre 1957 (RAJ 1957, 2853); 5 noviembre 1956 (RAJ 1956, 4114); 16 noviembre 1956 (RAJ 1956, 4115); 30 abril 1957 (RAJ 1957, 1573); 15 enero 1959 (RAJ 1959, 1044); 10 octubre 1961 (RAJ 1961, 3293); 13 mayo 1965 (RAJ 1965, 2594); 16 de octubre de 1965 (RAJ 1965, 4467); 6 octubre 1977 (RAJ 1977, 3713); 7 de marzo 1980 (RAJ 1980, 845); 31 de mayo 1982 (RAJ 1982, 2614); 19 noviembre 1987 (RAJ 1987, 8408); 9 mayo de 1988 (RAJ 1988, 4048); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 22 enero 1991 (RAJ 1991, 306); 19 noviembre 1992 (RAJ 1992, 9417); 20 julio 1993 (RAJ 1993, 6168); 14 marzo 1995 (RAJ 1995, 2430); 20 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9278); 6 abril 2000 (RAJ 2000, 1819); 17 junio 2000 (RAJ 2000, 4425); 30 diciembre 2002 (ROJ 8925/2002); 4 mayo 2009 (ROJ 2681/2009); 26 marzo 2012 (ROJ 1913/2012); 11 enero 2007 (ROJ 822/2007) que es la sentencia que viene a sentar la doctrina que actualmente se mantiene en nuestra jurisprudencia.

Hay que decir que algunas de las sentencias citadas han negado la eficacia de la donación disimulada por falta de requisitos de forma, y otras no admitan la validez de la donación en escritura de venta. Vid. al respecto el estudio que hace RODRÍGUEZ ROSADO, B.: "Donación disimulada en escritura pública", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, pp. 369-407. También pueden verse los estudios de ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Validez de la escritura pública de venta simulada para encubrir la forma escrituraria de la donación de inmuebles", *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 221-232; DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación de Inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995; ID. *Donaciones encubiertas*, Barcelona, 2009; ID. "Jurisprudencia comentada: la forma en la donación de inmuebles: unificación de doctrina por el Tribunal Supremo (STS del pleno de la sala primera de 11 de enero de 2007)", *Revista de Derecho Privado*, 2007, pp. 79-93. Y, como estudio más reciente el realizado por GARCÍA VICENTE, J. R.: *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona 2017.

59 Aunque, evidentemente, podemos encontrarnos ante supuestos en los cuales se ha denominado falsamente un contrato con una intención deliberada; pero ello no significa que las partes lo hayan hecho con el propósito de simular.

conocer la verdadera intención de las partes (por las contradicciones que pueden darse en el contenido del contrato), ya que en los actos simulados relativamente no existe confusión alguna, sino una alteración de la verdad⁶⁰.

En ambos tipos de simulación, absoluta y relativa, será el acuerdo simulatorio el que desenmascare el contrato simulado; en la absoluta especificando que el contrato celebrado o que se va a celebrar es falso (inexistencia o falsedad de la causa), en cuanto las partes no quieren celebrar ningún contrato; en la relativa las partes declaran que el contrato estipulado no es el realmente querido, sino uno de naturaleza diversa, en distintas condiciones o con personas distintas. Como tendremos ocasión de ver, mientras en la simulación absoluta y relativa es necesario el acuerdo de dos personas (o varias en el caso que el contrato simulado sea plurilateral), las partes contratantes; en la relativa subjetiva o interposición de persona se requiere el acuerdo de tres personas, el interponente y las partes contratantes.

El contrato disimulado, oculto bajo el aparente, deberá reunir las condiciones formales y sustanciales exigidas por el Derecho para ser válido, aparte de no afectar los intereses de terceros y no ser hecho en fraude de ley. El contrato disimulado debe surgir perfecto, como si originariamente fuera concluido y contenido en un acto sincero⁶¹. Se ha dicho que el hecho de que el contrato sea simulado implica que no puede sanarse por cumplimiento, confirmación o convalidación posterior porque adolece de un vicio de raíz, porque no se ha extinguido, ni nacido derecho alguno⁶²; y que tampoco puede ser objeto de novación, delegación o cesión⁶³. No obstante, si bien la simulación no es susceptible de conversión, sí admite la confirmación⁶⁴.

4. La simulación en el Código Civil.

A diferencia de otros Códigos europeos, en los que existe una regulación específica de la simulación, en nuestro Ordenamiento la concepción del fenómeno simulatorio se construye atendiendo a la noción de causa falsa que establece el art. 1.276 CC, conforme al cual “la expresión de una causa falsa en los contratos

60 Vid. CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., p. 118.

61 BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., p. 382.

62 VERDERA Y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, cit., p. 28. Afirma CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., p. 108, que el negocio jurídico simulado en forma absoluta es algo efímero, inexistente jurídicamente, es decir, nulo por falta de substancia, y por tanto no puede ser sanado con ningún acto confirmativo expreso; es un continente sin contenido.

63 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 348. Le sigue MÉNDEZ, R.M. Y VILALTA, A.E.: *Acción declarativa de simulación de un contrato*, cit., p. 16.

64 Para afirmar esto parto de la premisa de que el contrato simulado no es nulo, sino que adolece de ineficacia relativa. A ello haré referencia más adelante.

dará lugar a la nulidad, si no se probare que estaban fundados en otra verdadera y lícita”⁶⁵.

Si bien es esta la norma que regula las reglas generales de la simulación, dicho término no se menciona. Sí lo hacen, en cambio, otros preceptos que se refieren a ella directamente, como es el art. 628 cuando habla de donaciones hechas “simuladamente” bajo la apariencia de otro contrato; o el art. 755 que declara la nulidad de la disposición testamentaria, “aunque se la disfraze bajo la forma de un contrato oneroso”⁶⁶.

Dicho precepto -me refiero al art. 1.276- fue consecuencia de la fusión de los arts. 998 y 999 del Proyecto de 1851, cuyo primer precepto establecía que “la obligación fundada en una causa falsa o ilícita no produce efecto legal, la causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o a las buenas costumbres”; y, en el sucesivo, que “el contrato será válido, aunque la causa en él expresada sea falsa, con tal que se funde en otra verdadera”. Aunque lo cierto es que el origen más remoto del 1.276 CC, y en el cual se inspiró García Goyena, fue el art. 1.131 del Code Napoléon, al disponer que “la obligación sin causa o sobre una causa falsa, o sobre una causa ilícita, no puede tener efecto alguno”.

Las opiniones de la doctrina acerca de la regulación o no de la simulación en este precepto son dispares. Se ha dicho⁶⁷ que el art. 1.276 CC se refiere a la causa falsa en tres sentidos: cuando hay ausencia total de causa, en cuya hipótesis se incluiría la simulación absoluta; cuando hay una causa falsa aparente para encubrir una verdadera y lícita, en este caso estaríamos ante la simulación relativa; y, como supuesto de error en los motivos que se incorporan a la causa. Sin embargo, algún autor⁶⁸, apoyándose en los antecedentes de dicho precepto, ha afirmado

65 Aunque según algún autor este precepto “deja sin resolver numerosas cuestiones para cuya solución resulta necesario acudir a la doctrina y a la jurisprudencia” (CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 43). JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 199, afirma que “por lo que respecta al fundamento normativo del tratamiento jurídico de la simulación contractual en nuestro Derecho, no me cabe la menor duda que se asienta en las normas del consentimiento y no, como autorizadamente se ha sostenido, en las de la causa; en otras palabras, la simulación es siempre una anomalía del consentimiento, no de la causa”. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 245, aunque en trabajos posteriores cambie de opinión, e indique que “el negocio simulado es doblemente es nulo, por falta de voluntad y por falta de causa” (*La Simulación*, cit., p. 24). Asimismo, PRESA, T.: “La simulación”, cit., p. 41, declara que la terminología empleada por el legislador en la redacción del art. 1.276 es inexacta e inadecuada, porque aunque se pruebe la existencia de otra causa lícita y verdadera, la nulidad subsiste con respecto a aquel contrato cuya causa se falseó, quedando únicamente en vigor el oculto. Y, advierte que habrá que atenerse a los requisitos del art. 1.261 para regular la simulación (pp. 36-37).

66 Aunque en este precepto tampoco se aluda al término “simulación”, se refiere a ella cuando utiliza el término “disfraze”.

67 Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 44.

68 Cfr. LUNA SERRANO, A.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., pp. 204 y ss. Advierte el autor que “de esta manera, aparte de tener la seguridad de que operamos con las normas en que se contiene la concepción legal de la categoría, podremos construir un concepto de simulación que no se refiera exclusivamente a la causa, sino también a los otros elementos o circunstancias del contrato, de acuerdo, por lo demás, con lo que ocurre en la realidad”.

que la norma utiliza un solo sentido de causa falsa; el del error sobre la existencia de alguno de los elementos y presupuestos que las partes consideran esenciales en el negocio; es decir, el error en que se fundó el consentimiento y sin cuya equivocación no se estaría dispuesto a contratar, por lo que la construcción técnica de la simulación debe llevarse a cabo sobre los preceptos que indudablemente se refieren a ella, esto es, con base en los arts. 628, 755 y 1.459 CC.

En una línea de pensamiento paralela, pero partiendo de la discrepancia entre voluntad y declaración como fundamento de la simulación, se ha mantenido que si bien es cierto que el CC en el art. 1.276 alude al contrato simulado y al error, la determinación del carácter falso de la causa es un problema ajeno a esta y debe resolverse extracausalmente; de modo que la causa falsa es la causa no querida, por lo que solo a través del consentimiento se puede determinar la falsedad de la causa, llegando a la conclusión de que el problema de la simulación es siempre un problema de falta de consentimiento en el contrato simulado; es decir, si bien el precepto se refiere al problema de la simulación, no lo sitúa en el terreno de la causa, sino que a efectos de determinar la nulidad del contrato simulado se remitirá a la voluntad de las partes, tanto en la simulación absoluta como en la relativa⁶⁹.

Incluso se ha dicho, ante la existencia de dos contratos en la simulación relativa -uno simulado y otro disimulado-, que el art. 1.276 CC sólo es aplicable a la simulación absoluta, porque el precepto se refiere al caso de un mismo contrato en el que la causa es otra distinta de la expresada, lo cual es perfectamente distinto de la simulación relativa, en la que no hay el mismo sino otro contrato (el disimulado)⁷⁰. Y, algún autor, ha afirmado que, si bien el art. 1.276 CC se aplica a

Se muestra en contra CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 45, quien, criticando a LUNA SERRANO, afirma que el hecho “que los más remotos orígenes de nuestro artículo 1276 se encuentren en el 1.131 del Código Napoléon no es suficiente para sostener que el concepto de causa falsa se refiere al error en los motivos, máxime cuando la jurisprudencia francesa se ocupa de la simulación como si se tratara de una anomalía de la causa, reconociendo reiteradamente que tras una causa falsa puede haber otra subyacente y lícita. Sostener que el artículo 1.276 al hablar de causa falsa se refiere al error en la causa, haría que este precepto, al no ser aplicable a la simulación, fuera prácticamente superfluo pues en caso de error no se encontraría casi nunca una causa subyacente, porque al producirse inconscientemente no es normal tener la previsión de establecer otra causa verdadera y lícita con la que mantener la validez del negocio de causa falsa”.

69 JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., pp. 199 a 203. Según este autor la fundamentación causal de la simulación debería llevar a la exclusión de toda posibilidad de la misma fuera del estricto ámbito de la causa. “Pero esta conclusión -añade- que, a ser coherentes, conduciría al planteamiento asumido, no se extrae en modo alguno por quienes lo aceptan, viéndose, por el contrario, forzados a admitir supuestos de simulación relativa no atinentes a la causa, de manera un tanto vergonzante y a contrapie” (nota 201). El jurista se basa, para criticar la teoría causalista, en los supuestos de simulación relativa, sobre todo, en aquéllos en los que se da una interposición ficticia de persona, en cuanto en éstos no podría aplicarse las teorías de falsedad de la causa para admitir la existencia de un contrato simulado. Concluye diciendo que el “artículo 1.276 sólo aplica respecto de la causa (en su sede sistemática) los principios generales de la simulación, del consentimiento (arts. 1.261-I, 1.300, 1.310, 1.255, 1091 Cc.)”.

70 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Invalidez de la declaración de voluntad”, cit., p. 1033. Dice el autor que aunque “el negocio simulado sea nulo y válido el disimulado... es equivocado traer a colación, sin más salvedad, el artículo 1.276 como apoyo positivo de la validez de tal negocio disimulado, porque dicho artículo sería aplicable al mantenimiento de la validez del negocio querido (pero en el que se simula un elemento, la

la simulación absoluta y a la relativa, no sirve para la simulación relativa subjetiva (por persona interpuesta), pues esta se regula en los arts. establecidos al efecto, que son el 628, 755 y 1.459 CC⁷¹.

Lo cierto es que la admisión o no de la regulación del fenómeno simulatorio a tenor de la norma antedicha, de modo que la falsedad o carencia de causa sea la razón u origen de la ineficacia del contrato simulado, depende de la teoría que se adopte. Aquéllos que se rigen por la teoría de la voluntad, opinan que la regulación de la simulación no sólo se encuentra en el art. 1.276 CC, sino también, y sobre todo cuando se refiere a la absoluta, en el art. 1.261 CC, dado -afirman- que esta constituye un supuesto de nulidad radical, inexistencia o nulidad de pleno derecho, por defecto absoluto de consentimiento⁷².

No obstante todo lo dicho, y a pesar de algunas voces discordantes, a mi juicio, la teoría de la simulación, absoluta y relativa, en nuestro Código resulta, indirectamente, de los principios que rigen la formación de los contratos. Entre los requisitos para la existencia de estos, figura la causa lícita de obligar; si no se cumple nos encontraremos ante un contrato fingido. Así es, tanto la simulación relativa como la absoluta encuentran su regulación en el art. 1.276 CC; la absoluta por inexistencia de causa y la relativa por falsedad de la misma⁷³. Por lo que la

causa) a base de una causa distinta de la expresada... pero no abarca en su letra la validez de otro negocio -el disimulado- cuando éste sea distinto del simulado; una cosa es mantener un negocio cuando siendo verdadero hay en él un elemento simulado, elemento que se sustituye por el elemento disimulado, y otra cosa es la validez de un negocio diferente: el disimulado". Se opone CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 46, quien, ante la afirmación de ALBALADEJO, entiende que "hablar de negocio simulado y de negocio disimulado induce a confusiones, haciendo pensar que nos encontramos ante dos negocios perfectos, autónomos e independientes. Ahora bien, si se entiende que en el caso de la simulación relativa desde el principio existe un solo negocio: el disimulado, y que las expresiones negocio simulado y disimulado, sólo se utilizan para hacer más fácil la comprensión del fenómeno simulatorio, diferenciando la apariencia de la realidad, y sin que impliquen su validez como contrato, el artículo 1.276 le es perfectamente aplicable ya que con él se quiere mantener no la validez de otro negocio, sino la del único negocio existente en todo momento: el disfrazado, por ser el simulado negocio una apariencia".

- 71 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 335, 341-342, al advertir, que, si bien la norma general que regula la simulación la encontramos en el art. 1.276, el Código se ocupa de la interposición de persona en los arts. 628, 755 y 1.459. Asimismo, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: "Comentario al art. 1.276 del Código Civil", cit., p. 587; ID: *La causa del contrato*, cit., p. 200; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 46 y ss., aunque esta autora se apoye en la teoría voluntarista y entienda insuficiente la teoría de la causa para resolver los supuestos de simulación. Al respecto, advierte, GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., p. 363, que "quedan fuera de este precepto los casos de simulación referentes no a la causa sino a otros elementos del contrato (por ejemplo, los sujetos o el objeto)"; sin embargo, después añade que a estos deberá aplicarse, por analogía, el mismo precepto.
- La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, afirmando, en ocasiones, que la simulación relativa, al contrario de la absoluta, no siempre ha de incidir necesariamente sobre la causa. Así, las SSTs 12 julio 1951 (RAJ 1951, 921) y 10 abril 1978 (RAJ 1978, 1268). Y, evidentemente, es una posición clarísima, si tenemos en cuenta que la simulación relativa puede ser parcial, incluyéndose en ella la interposición ficticia de persona.
- 72 Cfr. VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., p. 28; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 250 y ss.
- 73 Interesante es la STS 9 mayo 1988 (RAJ 1988, 4048), que en un supuesto de donación encubierta bajo un contrato de compraventa, simulación relativa, señala que "sanciona el artículo 1.276 del Código Civil que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que están fundados en otra verdadera y lícita; lo que hace el juzgador, frente a la pretensión de la parte actora de la antes dicha nulidad radical o absoluta por falta de causa (causa falsa) y tras dar por plenamente acreditado que lo

simulación, como anomalía negocial que es, afecta a la causa del contrato, pero, evidentemente, solo en aquellos supuestos en los que la simulación se refiera a la causa, porque esta falte, porque sea falsa, o porque se oculte algún elemento⁷⁴. Pero aquí no se incluyen los supuestos de simulación relativa subjetiva, por lo que hay que tener presente que, en cuanto a la regulación de los supuestos de simulación por interposición ficticia, habrá que atender a los preceptos establecidos al efecto.

Con la simulación se oculta la carencia o falsedad de la causa, lo que conlleva que se declare la ineficacia del contrato⁷⁵, aunque para ello habrá que desvirtuar la presunción legal de su existencia establecida en el art. 1.277 CC⁷⁶. De modo que, si bien al amparo del art. 1.276 CC puede admitirse la eficacia de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar⁷⁷, y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley; pues si ello no se prueba, la simulación será absoluta. De hecho, la simulación relativa se caracteriza, en materia contractual, por encubrir un convenio con realidad causal, lo que permite, en aplicación del art. 1.276 CC, declarar la ineficacia del contrato simulado o ficticio y mantener la eficacia del contrato disimulado cuando este obedece a una causa verdadera y lícita⁷⁸.

realmente celebrado no fue un contrato de compraventa por la incuestionable inexistencia del precio sino de otro de donación de los arts. 618 y siguientes del Código Civil, es aplicar, en relación con el precitado artículo 1.276 con cita expresa del mismo, la doctrina de esta Sala, que aunque para algún sector doctrinal sea errónea y equivocada, al entender que dicho artículo se refiere al caso de un mismo contrato, supuesto distinto al de la simulación relativa, discutible si tenemos en cuenta que la simulación tiene su apariencia en un contrato, el simulado, si bien embebe o contiene al disimulado, pues bien, esto aparte, como se decía, aplica la doctrina de esta Sala que entiende que al amparo de dicho artículo 1.276, puede admitirse la validez de los negocios disimulados justificada la causa verdadera y lícita". En el mismo sentido, *vid.* las SSTs de 23 noviembre 1961 (RAJ 1961, 4115); 18 julio 1989 (RAJ 1989, 5715); 31 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9758); 22 enero 1991 (RAJ 1991, 306); 6 junio 2000 (RAJ 2000, 4004); 17 junio 2000 (RAJ 2000, 4425); 27 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9317); 9 marzo 2001 (RAJ 2001, 3185); 28 mayo 2001 (RAJ 2001, 3438); 8 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10015); 6 febrero 2003 (RAJ 2003, 622).

Aunque también debemos decir que desde la STS 7 enero 2007 (ROJ 822/2007), de la que tantos comentarios se han realizado, a favor y en contra de su fallo, parece ser que en el supuesto de las donaciones encubiertas bajo compraventas, el problema no está ya en si la causa es o no lícita, si existe o no causa, sino que se trata de un problema de forma, dado que los contratos de compraventa en escritura pública no cumplen con los requisitos de forma propios de la donación. En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R.: *La simulación de los contratos*, cit., pp. 169 y ss., entiende que en estos casos "ya no será preciso, por tanto, recurrir a la causa ilícita, puesto que la invalidez de la donación disimulada descansa sencillamente en la ausencia de forma esencial", aunque reconoce que esto solo es posible en este tipo de simulaciones, y que el recurso de la causa ilícita se ha empleado con relativa frecuencia, y se sigue empleando.

- 74 Advierte, correctamente, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., p. 200, que también se aplica el art. 1.276 CC cuando se "oculta algún elemento intencional definitivo de la operación en su conjunto..., aunque no se mienta exactamente sobre el tipo, pues este término, como sabemos, no es sinónimo del de causa".
- 75 No voy a entrar aquí en la polémica existente entre la nulidad o ineficacia del contrato simulado, pues me referiré a la ineficacia del contrato disimulado en la simulación relativa subjetiva.
- 76 Establece la norma que "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario".
- 77 Ya era doctrina en las SSTs de 3 marzo 1932 (JC 1932, 11); 22 febrero 1940 (RAJ 1940, 102); 23 junio 1953 (RAJ 1953, 1992).
- 78 Por lo que se refiere a la distinción entre simulación absoluta y relativa en la jurisprudencia, véanse las SSTs de 5 diciembre 1917 (JC 1917, 116); 3 marzo 1932 (JC 1932, 11); 22 febrero 1940 (RAJ 1940, 102); 27 enero 1945 (RAJ 1945, 257); 19 enero 1950 (RAJ 1950, 29); 12 julio 1951 (RAJ 1951, 921); 23 junio 1953 (RAJ 1953,

Aunque de este precepto podamos inferir la ineficacia del contrato simulado y la eficacia, en su caso, del disimulado, falta en nuestro Ordenamiento una regulación específica del fenómeno simulatorio. Deberíamos tomar ejemplo de Códigos como el italiano de 1942, cuyos arts. 1.414 a 1.417, regulan los efectos de la simulación entre las partes, efectos con respecto de terceros y en relación con los acreedores, así como la prueba de la simulación⁷⁹. De modo análogo, se pronuncia el Código Civil Argentino, dedicando los arts. 333 a 337 a la regulación de la simulación⁸⁰. Asimismo, el actual Código portugués, cuyos arts. 240 a 243 se refieren a la simulación⁸¹.

Aun así, encontramos Códigos que, si bien no tienen un capítulo dedicado a la regulación de la simulación, se ocupan de ella a lo largo de su articulado,

1992); 29 octubre 1956 (RAJ 1956, 3421); 13 febrero 1958 (RAJ 1958, 590); 15 enero 1959 (RAJ 1959, 1044); 10 octubre 1961 (RAJ 1961, 3293); 3 abril 1962 (RAJ 1962, 1847); 1 diciembre 1964 (RAJ 1964, 5572); 10 abril 1978 (RAJ 1978, 1268); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 28 abril 1993 (RAJ 1993, 2952); 29 julio 1993 (RAJ 1993, 6493); 19 junio 1997 (RAJ 1997, 5418); 21 julio 1997 (RAJ 1998, 218); 27 febrero 1998 (RAJ 1998, 968); 27 febrero 1998 (RAJ 1998, 968); 6 marzo 1999 (RAJ 1999, 2247); 22 marzo 2001 (RAJ 2001, 4750); 8 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10015); 13 febrero 2003 (RAJ 2003, 1046). *Vid.* también las SSAP de Baleares 6 febrero 1997 (AC 1997, 344) y 8 abril 1997 (AC, 1997, 926).

79 Sin embargo, no se pronunciaba en el mismo sentido el Código Civil italiano de 1865, que, siguiendo las huellas del Code Napoléon, solo contenía disposiciones dispersas que se referían a la simulación. Es interesante tener en cuenta el Proyecto italo-francés del Código de las obligaciones y de los contratos, el cual ya dedicaba algunos preceptos a la simulación. El texto del Comité francés para la unificación legislativa era distinto al que, más tarde, fue aprobado. Así, el art. 42 del mismo expresaba que “en el caso de simulación, el contrato aparente no surte efectos entre las partes. Si bajo la forma de un contrato las partes han designado en él otro, éste último es válido con tal que reúna todas las condiciones de fondo requeridas para su validez. Los acreedores de las partes contratantes y los terceros de buena fe pueden prevalecerse del contrato aparente; pueden asimismo probar por todos los medios la simulación hecha en perjuicio suyo”; y el art. 42 bis agregaba que, “los contradocumentos que no son declarados nulos por la ley, tienen efecto entre las partes contratantes y sus sucesores a título universal; no pueden ser opuestos a los que han sido ajenos, pero estos pueden prevalecerse de los mismos”. Pero el texto aprobado definitivamente, dedicaba los arts. 49 y 50 a la simulación, estableciendo en el primero que “en el caso de simulación, el contrato aparente no produce efectos entre las partes; si bajo las formas de un contrato dado las partes han disimulado otro, vale el contrato oculto siempre que tenga las condiciones requeridas para su validez. Los acreedores de los contrayentes o de los terceros de buena fe, pueden invocar a su favor el contrato aparente: ellos pueden probar la simulación que los dañe; la simulación se puede probar por cualquier medio, aún entre las partes”; y el artículo siguiente añadía que, “las contradecaraciones que no son declaradas nulas por la ley, tienen efecto entre los contrayentes y sus sucesores a título universal; ella no puede ser opuesta a quienes han sido extraños, más puede invocarla cuando se trate de simulación que les cause daño” (Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e di contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927, Roma, 1928).

80 El Código civil argentino fue modificado en 2014, y en los arts. 333 a 337 regula lo que antes trataban los arts. 955 a 960. El articulado actual que regula la simulación, al igual que el anterior, enumera algunos casos de simulación y entre ellos la relativa subjetiva. De hecho, se advierte en el art. 333 que la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

81 El Código portugués de 1868, si bien no tenía una específica regulación de la simulación, supo condensar ordenadamente los principios de la simulación, refiriéndose a ella los arts. 1.031 y 1.032, estableciendo en el primero que “los actos y contratos simulados pensados con el fin de defraudar los derechos de terceros, pueden ser anulados y resueltos en toda época, a requerimiento de las personas simuladas. Se llama simulado el acto o contrato en el cual las partes declaran o afirman falsamente una cosa, que en realidad no ha tenido lugar o que no ha sido convenido entre ellos”, añadiendo el 1.032 que “en caso de rescisión del acto o del contrato simulado, la cosa o el derecho que son el objeto, serán restituidos al propietario con los frutos dados y los beneficios realizados”. En atención al antecedente anterior, en el código de 1966 se reguló específicamente la simulación, dedicando el art. 241 a la simulación relativa, y que se ha mantenido inalterado en las últimas modificaciones que ha sufrido el código civil.

aunque sea de forma desordenada. En efecto, el Code Napoléon, modelo de las codificaciones del siglo XIX, no se ocupa de la simulación específicamente, pero tampoco se olvida de ella. Así, por ejemplo, al tratar de la prueba de las obligaciones, al art. 1.321 y 1.321-I que establece la inoponibilidad de la simulación a terceros, afirmando el precepto que las contradecaraciones no pueden tener efecto más que entre las partes contratantes y no frente a terceros; es esta la norma clave para la regulación de la simulación. Pero, encontramos otros análogos que también se ocupan de ella, como el art. 1.396 que, al hablar del contrato matrimonial, advierte que ningún cambio o contraescritura será por otra parte válida sin la presencia y consentimiento simultáneo de todas las personas que fueron parte en el contrato de matrimonio. Asimismo, el artículo 911, al que antes he hecho referencia, al referirse a la capacidad para disponer o recibir a título gratuito.

Tampoco se ocupa de la simulación de forma específica el Código Civil alemán (BGB); tan sólo encontramos el § 117, inmerso en el Título “De las declaraciones de voluntad”, el cual declara que si una declaración de voluntad que debe dirigirse a otro se hace de acuerdo con este sólo en apariencia, es nula. Si bajo un negocio se oculta otro, se aplicarán las normas que rijan respecto del negocio disimulado.

III. INTERPOSICIÓN Y SIMULACIÓN.

I. Perspectiva histórica de la interposición de persona, real y ficticia: en especial en la simulación.

Cuando se habla de interposición y se pretende encontrar residuos de la misma en los Derechos antecedentes se plantean varios problemas; uno de ellos es la despreocupación del Derecho romano por la figura de la interposición de persona. No es fácil saber cuáles eran, verdaderamente, las normas impuestas en la época romana para dar por supuesto que la interposición de persona, y, sobre todo, la simulación, se hallaba regulada entre sus fuentes. De hecho, variadas son las opiniones de los estudiosos de la materia, que han visto en las fuentes diversos tipos de interposición de persona, interpretando de forma distinta los mismos pasajes de las leyes romanas. Pero aquí interesa saber hasta qué punto se reconoció la simulación y cómo se regulaba, a fin de poder averiguar si en las fuentes, como algunos han afirmado⁸², se distinguía entre interposición real y ficticia, y si esta última era considerada como especial forma de simulación.

Se ha dicho que el formalismo imperante en el antiguo Derecho romano hacía que la simulación fuera una figura desconocida, ya que si se respetaba el ritual

82 Cfr. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 118 y ss.; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 134-135.

exigido para cada acto en concreto este resultaba válido cualquiera que fuese el pensamiento interno de los declarantes⁸³. Sin embargo, los juristas romanos no desconocieron la simulación, aunque sea difícil individualizar en las fuentes clásicas un criterio ordenador que defina la figura, sobre todo aquel fundado en la divergencia entre voluntad y declaración. De facto, aunque con alguna excepción⁸⁴, la doctrina dominante, incluso la defensora de la tesis de la voluntad, admite que en la época romana la simulación no era considerada como una discrepancia entre la voluntad interna y la declarada, sino que más bien se partía de la premisa clave de considerar un contrato simulado cuando este no correspondía a la realidad⁸⁵; de ahí su ineficacia.

De hecho, los juristas romanos constataban en el acto simulado, no una discrepancia entre voluntad y declaración, sino entre realidad y apariencia. Se sigue el principio de que la verdad debe prevalecer sobre la ficción, pues los actos simulados no pueden cambiar la sustancia de la verdad ni perjudicarla. No invocaban la falta de voluntad como causa determinante de la ineficacia del contrato, sino que tenían en consideración la situación de hecho, y decidían en cada caso concreto si el contrato era o no ineficaz, era o no simulado. Partían de un punto de vista puramente objetivo, sin tener en cuenta elementos psicológicos⁸⁶.

La simulación, como fenómeno en el que se realizan actos que en contra de la apariencia no encierran acto jurídico alguno o contienen uno diverso, comienza a tratarse a partir de la “*Lex Iulia Iumaritandis ordinibus*”, estudiándose el “*negotium simulatum*” en los contratos en fraude de la legislación augústea⁸⁷. Pero será en el período clásico donde cobre importancia la institución, encontrándose pasajes que expresan la ineficacia o nulidad⁸⁸ de los actos absolutamente simulados, aquellos casos en los cuales se ha concluido aparentemente un negocio con

83 CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 39.

84 Cfr. LONGO, G.: “*Sulla simulazione dei negozi giuridici*”, cit., pp. 113 y ss. Señala que los casos de simulación se producen por la discordancia entre declaración y voluntad y la prueba se halla en el campo romanístico, en el cual se consideró operativo el principio de la voluntad (p. 114).

85 Cfr. FORRER: *Simulation und Mentalreservation nach röm. Recht*, St. Gallen, 1892, pp. 27 y ss. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 137 y ss.; BETTI, E.: *Esercitazioni romanistiche sui casi pratici*, Padova, 1930, pp. 175 y ss.; PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., pp. 100 y ss.; ID., Voz “*Simulazione (diritto romano)*”, *Novissimo Digesto Italiano*, t. XVII, 1957, pp. 351 y ss.; ARANGIO RUIZ, V.: *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, 1960, pp. 77 y ss.; KASER, M.: *Derecho Romano Privado* (traducción de SANTA CRUZ TEJERO), Madrid, 1968, pp. 58 y ss.; VOLTERRA, E.: *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1993, pp. 172-173; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 1 y ss.

86 Cfr. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 137 y ss. Afirma el autor que el problema que realmente queda es el de saber qué sea la apariencia y en qué consista la no verdad del acto. Y como conclusión, advierte, que puesto que el negocio simulado, como fenómeno jurídico externo, tiene para sí la realidad de su mentira, los juristas entendían y presuponían que no tenía una realidad económica y jurídica y que, por tanto, no debía producir ningún efecto en las relaciones entre las partes; es decir, que las partes no lo habían llevado a cabo realmente, no habían tenido la voluntad de hacerlo eficaz (p. 139).

87 TORRENT, A.: *El negocio jurídico en Derecho Romano*, Oviedo, 1984, p. 80.

88 Porque no puede decirse claramente que el Derecho romano se decantase por la nulidad o ineficacia de los actos simulados. En ocasiones hablaba de nulidad, en otras de ineficacia, y, otras veces, utilizaba la expresión “se tenga por no hecha”.

finés de engaño, cuando en realidad las partes no han querido dar existencia a ninguna relación jurídica⁸⁹; y, otros, en los cuales se realiza un contrato fingido para enmascarar otro contrato distinto, que sería el efectivamente querido por las partes; en el que, si bien se declara nulo el acto fingido, el acto real quedaría eficaz (siempre que reuniese los requisitos sustanciales exigidos para su validez)⁹⁰.

No obstante, si una cosa es cierta es que en el Derecho romano no se seguía una regla general mediante la cual todos los actos simulados eran ineficaces quedando eficaces los actos disimulados, sino que se atendía a la práctica, de modo que se decidía en cada caso concreto la eficacia o ineficacia del acto, lo que hace difícil delinear un concepto unitario del instituto de la simulación, sobre todo si tenemos en cuenta que no se aplicaba un criterio único⁹¹.

Respecto a la interposición de persona como particular especie de simulación, es complicado saber si en los pasajes de las fuentes que trataban la interposición se distinguía entre la real y la ficticia. Lo cierto es que la disciplina de la interposición sí la encontramos reflejada en las fuentes, pero intentar distinguir cuándo se refiere a una interposición u otra parece poco probable. Algunos autores, interpretando los distintos pasajes que mencionan la interposición, han intentado distinguir varios tipos; se han visto, incluso, casos de interposición en los que la persona interpuesta podría ser un representante. Se ha dicho que en el Derecho romano se distinguían cuatro casos de interposición; cuando la persona interpuesta contrata en su propio nombre, sin tener interés en el negocio; cuando le falta una intención seria de contratar; cuando obra con representación directa; y cuando se interpone como

89 Por ejemplo, la llamada "imaginaria venditio", en la que se declara la ineficacia de la venta simulada que se descubre porque falta el precio (elemento esencial del negocio). D. 18. 1. 55; D. 50.17.16; D. 44. 7. 54.

90 D. 24. 1. 32, donde se advierte que también será nula la venta contraída por causa de donación. Al respecto, véase el elenco de pasajes de las fuentes que a juicio de FERRARA se referirían a la simulación. En el breve estudio que hace el autor de la simulación en el Derecho romano, llega a dividir las fuentes, encuadrando unos pasajes en la que hoy podríamos llamar simulación absoluta, y otros en la simulación relativa. En esta se insertarían aquellos actos por los cuales se oculta un negocio que las partes realizan seriamente, es decir, que tras el negocio fingido se esconde un negocio disimulado, otro negocio verdadero, cuya existencia se quiere enmascarar (FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 118 y ss.).

91 Al respecto, PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., pp. 190 y ss., tras hacer un largo estudio sobre la simulación en el Derecho romano, concluye diciendo que los romanos sí fueron sensibles al problema práctico de la simulación, pero las soluciones que adoptaban, obtenidas del examen de la categoría, no las adoptaban teniendo en cuenta un criterio o principio único, fruto de la elaboración dogmática. Advierte, que del estudio de las fuentes, se demuestra la imposibilidad de admitir, en líneas generales, la eficacia o ineficacia del negocio simulado, en cuanto los romanos ignoraban la regla general de la nulidad del negocio simulado; pero admite que no eran indiferentes al problema práctico de la simulación, que resolvían valiéndose de criterios diversos dependiendo de cada caso concreto. En otras palabras -dice el autor-, los juristas clásicos y también los de Diocleziano, no consideraron la simulación como una anomalía del negocio jurídico, que pudiese sujetarse a una regla unitaria, deducible de los principios fundamentales del negocio jurídico mismo; ellos no buscaron el elemento del negocio que viniese a batir la simulación y no se preguntaron si las reglas que regulaban cada categoría de los negocios reconocidos consentían la simulación, o impusieran la irrelevancia. Y dice que, probablemente, si hubiesen llevado a cabo este estudio se hubieran dado cuenta que en los contratos consensuales y, a su parecer, también en los reales, se podía reconocer eficacia al acuerdo que las partes realmente querían concluir, no obstante el diverso significado aparente de la manifestación.

contratante ficticio, porque el verdadero no quiere ser conocido⁹². Esta teoría ha sido reducida a tres supuestos: la utilización de la interposición lícitamente, en fraude de ley, o para simular un negocio jurídico, refiriéndose en este último a la interposición ficticia⁹³. Y FERRARA aun llega más lejos, afirmando que ya en la época romana podían distinguirse los dos supuestos de interposición: la real (lícita o fraudulenta) y la simulada (ficticia). Incluso hace el autor un elenco de las fuentes, agrupándolas, siguiendo esta doble categoría⁹⁴.

No obstante el excelente estudio de este autor, resulta difícil intentar especificar y encuadrar ambos tipos de interposición por separado, atendiendo a su naturaleza real o ficticia. Si se hace un breve examen de las fuentes, pueden encontrarse pasajes que se refieren a prohibiciones de interposición, pero de ahí a circunscribirla en el fenómeno simulatorio o en aquel fiduciario, parece haber un largo camino que recorrer.

En los pasajes del Digesto se encuentran referencias a la persona que hacía de intermediario, colocándose entre los verdaderos contratantes pero obrando por cuenta de uno de ellos, y se le denomina persona “interposita, supposita o subiecta”. Se prohíbe la donación per interpositam persona⁹⁵; y está también prohibida la donación entre cónyuges aunque se haya hecho bajo especie de venta por persona interpuesta⁹⁶. Asimismo, se prohíbe la compraventa entre el tutor y el pupilo, estableciéndose una presunción de interposición⁹⁷; y la prohibición de contratar a cargo de los administradores públicos⁹⁸. Otro supuesto de interposición, que podría calificarse de simulación, lo encontramos en el caso del

92 Vid. BECHMANN, A.: *Der Kauf nach gemeinem Recht: in 3 Teilen*, t. II, Aalen, 1965, p. 291.

93 Vid. FORRER: *Simulation und Mentalreservation nach röm. Recht*, cit., p. 79.

94 Vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 123-125. Afirma el jurista que, en las fuentes se graba perfectamente la idea del testafierro como contratante ficticio y aparente, distinguiéndose del interpuesto real y verdadero, enumerando los casos que se refieren a la interposición ficticia de persona. Así, señala como supuestos de interposición ficticia los siguientes; los supuestos de la Ley 2 C. 4. 22, que regula una adquisición por persona interpuesta (*Acta simulata vel non ipse sed eius uxor conparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt*); la Ley 6 § 2 C. 4. 50 (*Quod si emisti quidem tu et tibi tradita possessio est, tantum autem nomen instrumento uxoris quondam tunc scriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur*); el caso del depósito por persona interpuesta en la Ley 6 C. 5. 15 (*Etiamsi uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit*); y el del acreedor con prenda que no puede adquirir la cosa empeñada, ni por sí ni por persona interpuesta (L. 10, C. 8. 27). Y, siguiendo a FERRARA, CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 134-135, se empeña en asegurar que en las Fuentes encontramos un claro caso de interposición ficticia de persona, que, además, nos enseña la naturaleza del testafierro; aquél de la madre que quiere hacer una donación a su hijo, siendo la misma válida, ya se efectúe directamente o por interpósita persona. Así, explica el autor, que el jurisconsulto se plantea el caso siguiente; que actúe como testafierro el padre, esposo de la donante, quien es incapaz de recibir la donación de la mujer. Quien realmente adquiere es el hijo, que siendo capaz de recibir la donación aun por persona interpuesta ficticia incapaz, la relación jurídica entre madre e hijo surte plenos efectos. Según CÁMARA, con este ejemplo puede advertirse del hecho de que la persona interpuesta ficta sea incapaz, no puede derivarse la invalidez del vínculo jurídico, dada la naturaleza del testafierro.

95 D. 39.5.4.

96 D. 24.1.5.1. Así también, C. 5. 16. 20.

97 D. 26.8.5.2 y D. 27.9.9.

98 D. 50.8.2.1.

acreedor con prenda, que no puede adquirir la cosa empeñada, ni por sí ni por persona interpuesta, pues si comprase por medio de un adquirente fingido, la enajenación no se realizaría, por causa de prohibición legal⁹⁹.

De estos pasajes se observa la improbabilidad de delinear qué sea la interposición ficticia y su diferencia con la real. No obstante el vasto estudio de FERRARA, el intento por encontrar en las fuentes una clara distinción entre interposición real y ficticia no es del todo factible. De hecho, la distinción propuesta por el autor, que se consolida en la doctrina moderna, atiende a la estructura del acto, en particular a la participación en la interposición ficticia de todos los sujetos -el interpuesto, el interponente y el tercero- y en la interposición real del interponente y del interpuesto; mientras que el Derecho romano atiende a la sustancia del acto y a los fines que en concreto persiguen las partes¹⁰⁰. Por consiguiente, es más conveniente decir que los romanos sí regularon el problema de la interposición, pero que de las fuentes no puede extraerse con certeza la teoría según la cual sí distinguieron la interposición ficticia de la real, diferenciando la simulación de los supuestos de fiducia¹⁰¹.

Será en el Derecho intermedio cuando por primera vez se incluya claramente la interposición ficticia en el fenómeno simulatorio. De los pasajes de BALDO¹⁰² se infiere la posibilidad de subdividir la simulación en tres tipos: cuando el contratante quiere mostrar cosa distinta de la que en realidad se propone, o de aquello que en otra ocasión quiso realizar, o de lo que otra persona ha hecho. Pero será en la obra de PAOLO DE CASTRO¹⁰³ cuando se vea con claridad la distinción entre interposición real y ficticia. Para demostrarlo pone el ejemplo del marido que, no habiéndose inscrito en el censo de ciudadanos y por tanto no pudiendo adquirir bienes inmuebles, utiliza a la mujer, inscrita en debida forma, para llegar al mismo fin. En dicho supuesto la mujer no haría más que prestar su nombre; se trataría de una simulación por interposición ficticia de persona.

Distinto fue el camino seguido por la tradición alemana, que si bien introdujo con nitidez el concepto de interposición ficticia, en ocasiones el concepto de simulación era tan amplio que conducía a la confusión del fenómeno simulatorio

99 C. 8. 27.10. (*Et quid sub imagine alterius personae quam supposuerat, iugiter tenet, cum sibi negotium gerat alienasse non videtur... Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare creditorem per suppositam imaginarii emptoris personam semper possessionem tenuisse...*).

100 Vid. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 8.

101 Aunque a ello hago referencia en otro artículo dedicado a la interposición real en el contrato fiduciario, simplemente indicar que, no parece que en el Derecho romano se mencionase explícitamente la interposición real de persona en la fiducia. Es dudosa la fundamentación de la teoría de la interposición de persona en la fiducia romana, pues parece que ello se debe a la interpretación exacerbada que ha realizado la Pandectística de algunos pasajes de las fuentes.

102 Para más información, vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 127 y ss.

103 Vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 129-130; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 9-10.

con la figura del dolo. Viene a definirse la simulación relativa subjetiva como aquella simulación que puede efectuarse de persona ad personam, cuando lo que se simula son las personas que intervienen en el contrato, apareciendo un interpuesto que simplemente presta su nombre para beneficiar a otro.

En cuanto al Derecho histórico español, en las Partidas se encuentra alguna indicación fragmentaria de la simulación, a la que se le denomina engaño por contraposición a la verdad. En la Ley 40 del Título II de la Partida V, en la que se trata un supuesto aislado de simulación relativa, pues se simula un acto jurídico bajo el manto de otro, se prohíbe demandar la pena cuando es estipulada por razones de usura. Sin embargo, será en la Novísima Recopilación cuando se confirme la existencia de la interposición de persona; el Libro X, que trata de los contratos en general, expone, en la Ley 3ª del Título 7º, la nulidad de las donaciones hechas en fraude de las contribuciones reales; y en la Ley 4ª, se establece la nulidad de las donaciones y venta de bienes en fraude de los impuestos¹⁰⁴.

La regulación de la interposición de persona y de la simulación en nuestro Derecho antiguo ha sido, desde luego, parca e insuficiente; se atendía a supuestos aislados que solucionaban problemas concretos, como el de la represión de la usura y la evasión de impuestos. Será con la Codificación cuando empecemos a encontrar supuestos específicos de interposición, ficticia o real.

2. La interposición ficticia de persona como forma especial de simulación relativa: estática y dinámica.

Que la interposición ficticia es una particular especie de simulación relativa referida a la identidad de uno de los sujetos contratantes es hoy premisa

¹⁰⁴ Dice el texto: “por cuanto algunos hacen venta o donaciones a sus hijos o a otras personas por no poder pagar las monedas: si se probase que lo hacen en fraude y se probase con dos testigos de buena fama o que estos que hicieren las tales ventas o donaciones se mantienen en tales bienes y los poseen y llevan los frutos y rentas de ellos, que esta venta o donación no valga, y que pague la moneda, valiendo la cuantía para la paga según dicho es, y que tales bienes sean para nuestra Cámara, pues lo hicieren vendidos o donados dolosamente para no pagar”.

consolidada, tanto en doctrina¹⁰⁵ como en jurisprudencia¹⁰⁶, aunque hallemos algunas

105 Cfr. MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", cit., pp. 532 y ss.; DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 69 y ss.; GATTI, S.: "Interposizione reale e interposizione fittizia (Una distinzione ancora valida)", *Rivista di Diritto Commerciale*, t. I, 1974, pp. 217 y ss.; GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., pp. 9 y ss.; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 109 y ss.; FURGUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, cit., pp. 124 y ss.; NUTI, G.A.: *La simulazione del contratto nel sistema del Diritto civile*, cit., pp. 249 y ss.; CERONI, C.: "Nuovi profili della simulazione", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1990, pp. 171 y ss.; BRONZINI, M.: "La simulazione relativa", *Archivio Civile*, t. II, 1991, pp. 825 y ss.; ID., "Caratteristiche e prove della simulazione", *Archivio Civile*, 1984, p. 1265 y ss.; BANDIERA, F.: "Note in tema di procura alle liti e conflitto di interessi, interposizione fittizia e interposizione reale di persona nel contratto", *Rivista Giuridica Sarda*, 1989, pp. 374 y ss.; TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990, pp. 183 y ss.; TRIMARCHI, V. M.: *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 1989, pp. 200 y ss.; ID., Voz "Negozio fiduciario", *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVIII, Milano, 1978, pp. 32 y ss.; TRABUCHI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*, 35ª ed., Padova, 1994, pp. 140 y ss.; BURDESE, A.: *Manuale di Diritto Privato Italiano*, cit., p. 405; CASELLA, M.: Voz "Simulazione (diritto privato)", cit., p. 594; CONTI, R.: "Ancora in tema di simulazione", *Il Foro Padano*, 1993, pp. 226-227; GIULIANI, F. M.: "Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale", *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, t. II, pp. 10 y ss.

Respecto a la doctrina española pocos son los autores que ha tratado, aunque sea brevemente, el tema. Y, si bien todos ellos admiten la interposición ficticia como simulación relativa subjetiva, algunos, como ya he adelantado, no advierten una clara distinción con la interposición real, e incluyen al contrato fiduciario en el fenómeno simulatorio. Cfr. DE CASTRO y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 343 y ss.; NAVARRO MARTORELL, M.: "Aislamiento de los negocios fiduciarios", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, 1950, p. 435; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", cit., pp. 1031-1032; ID., *Derecho Civil*, cit., p. 249; ID., *La simulación*, cit., pp. 87 y ss.; CARCABA FERNÁNDEZ, Mª.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pags. 85 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., pp. 199 y ss.; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 208 y ss.; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 132 y ss.; DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, ob. it., pp. 89 y ss.; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed. Madrid, 2003, pp. 516 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: Voz "Negocio jurídico", p. 250; GÓMEZ CALLE, E.: Voz "Simulación", cit., p. 6218; CÁMARA LAPUENTE, S.: *La fiducia sucesoria secreta*, cit., pp. 501-502; GARCÍA VICENTE, J. R.: *La simulación de los contratos*, cit., pp. 45-46, que, a pesar de reconocer la interposición ficticia, parece incardinarla en las fiducias cum amico.

106 La jurisprudencia española es muy parca en la materia, sobre todo debido a la concepción unitaria de la interposición de persona que aun rige sus principios. De hecho, veremos como la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en la mayoría de las ocasiones, no distingue entre interposición ficticia y real, e incluso reconduce los supuestos de simulación relativa por interposición ficticia al contrato fiduciario. Aún así, encontramos honrosas excepciones que diferencian la interposición ficticia de la real, incluyendo a aquélla en el fenómeno simulatorio. En este sentido, la ya aludida STS 1 febrero 1941 (RAJ 1941, 133), aun sin ser un supuesto de interposición ficticia, expone las diferencias entre esta y la real. Así también la STS 26 abril 1940 (RAJ 1940, 301). La STS 29 diciembre 2011 (RJA 2012, 170) donde se interpone ficticiamente una persona para conseguir financiación hipotecaria que no le concedían al verdadero titular del inmueble. La STS 16 diciembre 2014 (TOL4.709.077) que deja claro que se trata el supuesto de "una intervención en la aparente compraventa meramente nominal y fingida, dando vida a lo que se conoce como interposición ficticia, perfectamente compatible con el mantenimiento de la personalidad de las sociedades". La SAP Cantabria 4 octubre 1994 (AC, 1994, 1738) que diferencia entre interposición ficticia y contrato fiduciario. Otras, si bien no diferencian ambas interposiciones, admiten la interposición ficticia como forma de simulación relativa, vid. STS de 21 noviembre 1980 (RAJ 1980, 4208); 22 diciembre 1987 (RAJ. 1987 9648); 15 diciembre 2009 (TOL1.762.175); 1 octubre 2012 (TOL2.659.966); 20 febrero 2012 (TOL2.481.095); 5 marzo 2013 (TOL3.407.508); 4 marzo 2013 (TOL3.416.616); 11 marzo 2013 (TOL3.413.674). Aunque no aporte mucho, puede verse la STS 2 octubre 2019 (TOL7.523.167) como la más reciente que hace referencia a la simulación relativa subjetiva, pero también viene a confundir la interposición ficticia con la real, y lo cierto, es que en esta sentencia encontramos un galimatías de referencias a simulación absoluta, relativa, simulación no probada, falsus procurator, que tampoco aclara nada.

Sin embargo, no tiene desperdicio la STS 2 enero 2006 (TOL809.691), cuyo ponente, Don Vicente Luís Montés Penadés, deja bien clara la diferencia entre un interpuesto real y uno ficticio. Indica la sentencia que "En la instancia se ha postulado por el comisionista que el comitente le indemnice de los daños y perjuicios que le ha ocasionado el cumplimiento del mandato. Los daños y perjuicios derivan de la existencia de un embargo anotado sobre un vehículo automóvil cuya transferencia se le había encargado al comisionista, por cuenta del comitente pero en nombre propio, a un tercero que, en vista de que no recibía satisfacción del comisionista, dedujo frente a él el correspondiente litigio, en el que venció, obteniendo sentencia que confirmó la Audiencia Provincial ante la resistencia del comisionista, que no compareció en la primera instancia, pero apeló y no satisfizo el numerario que se requería para cancelar el embargo y atender intereses y costas hasta que se vio, a su vez, constreñido mediante el embargo de sus bienes. La Sala a quo, pero de algún modo también el Sr. Juez de Primera Instancia, resuelven el problema a través de la búsqueda del verdadero autor de la decisión de venta del vehículo, en una suerte de tratamiento en clave de traslación de la responsabilidad del vendedor que tiene apoyo, a su vez, en la idea de prescindir de la apariencia para llegar al que realmente tomaba la decisión de venta, como si la se tratara de una interposición ficticia del comisionista. La Sala, sin perjuicio de llegar, en el fondo, a la misma conclusión, no comparte plenamente ese enfoque, que resulta un tanto artificioso, ya que se trata de una comisión que ha de realizar el comisionista, conforme a lo acordado, en nombre propio (arts. 246 CCom. y 1725 CC a contrario), esto es, un mandato no representativo, en el que el comisionista quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse". La sentencia deja claro que no estamos ante un interpuesto ficticio, sino ante un interpuesto real, un mandato en nombre propio.

voces discordantes, con la tendencia generalizada a reconducir la interposición ficticia a la representación indirecta.

En la interposición ficticia, al igual que en la simulación relativa objetiva, se forman dos relaciones jurídicas; un contrato simulado y uno disimulado. En este caso, en el contrato simulado aparece como contratante un sujeto (interpuesto o testafierro), que no es el contratante real (interponente). Esto es, nos hallamos ante una doble relación; una entre interponente y tercero, y otra entre interpuesto y tercero.

La persona interpuesta figura en el acto jurídico por simple apariencia, con el fin de ocultar la identidad del verdadero contratante. El sujeto que, aparentemente, asume la obligación o adquiere el derecho, es un sujeto decorativo, una simple pantalla, utilizado para sustituir al sujeto efectivo. Como mucho, se podrá decir que el interpuesto presta una simple cooperación material, que puede consistir, por ejemplo, en la comparecencia efectiva (personalmente) como parte contractual, para hacer más real la ficción. Pero también es posible, que el testafierro ni siquiera

Una sentencia que merece ser tenida en cuenta, porque además es reciente, aunque no sea del TS es la SAP Madrid 11 septiembre 2017 (TOL6.505.666), que diferencia entre la simulación relativa subjetiva y la simulación absoluta y la diferencia de la fiducia, aunque el fallo termine rechazando la interposición por falta de pruebas. Advierte la sentencia que: “Las alegaciones fácticas de la ahora apelante parecen ir más referidas al ámbito de la simulación contractual ya que parece referirse a que pese a lo que se hizo constar en el propio contrato la prestataria fue la mercantil, cuestión que se examina en base el principio iura novit curia y al propio relato de hechos de la demandada. Se trataría de una simulación relativa subjetiva en cuanto a la identidad del prestatario, se simularía un contrato de préstamo entre el sr Juan Manuel y la Sra. Rosana que no existiría cuando en realidad el préstamo, que sí existiría, sería entre el primero y la sociedad Chudak Restauración”.

En cuanto a la jurisprudencia italiana, que ha sido la que ha distinguido con mayor exactitud la interposición real de la ficticia y admitido esta como simulación relativa, y en la que encontramos mayor número de pronunciamientos, pueden verse, entre otras, las SSCSC 5 marzo 1951, núm. 533 (Foro It. Mass., 1952, núm. 1586); 1 julio 1966, núm. 1697 (Giur. It., 1966, I, I, p. 1463); 29 mayo 1972, núm. 1682 (Foro It. Mass., 1972); 7 julio 1973, núm. 1954 (Foro It. Mass., 1973); 11 noviembre 1975, núm. 3795 (Foro It. Mass., 1975); 1 julio 1976, núm. 2485 (Foro It. Mass., 1976); 13 noviembre 1978, núm. 5203 (Foro It. Mass., 1978); 2 febrero 1979, núm. 723 (Foro It. Mass., 1979); 19 septiembre 1979, núm. 4807 (Riv. Dir. Comm., 1981, II, p. 71), con nota de COLOMBATTO, M.: “Patto bilaterale d'interposizione, e suoi effetti nei confronti del terzo contraente”, *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, 1981; 24 julio 1981, núm. 4797 (Foro It. Mass., 1981); 4 noviembre 1982, núm. 5789 (Foro It. Mass., 1982); 11 junio 1983, núm. 4011 (Foro It. Mass., 1983); 6 diciembre 1984, núm. 6423 (Giust. Civ., 1985, I, p. 719); 19 enero 1985, núm. 143 (Foro It. Mass., 1985); 20 enero 1986, núm. 366 (Foro It. Mass., 1986); 19 diciembre 1986, núm. 7728 (Riv. Not., 1987, p. 564); 28 marzo 1990, núm. 2539 (Fall., 1990, p. 1016 y Giur. It. 1990, I, I, p. 1727); de 2 de julio de 1990, núm., 6764 (Dir. Giur., 1991, p. 901), con nota de MATTERA, L.: “L'orientamento più recente” y en *Corriere Giur.*, 1990, p. 1144, con nota de MARICONDA, V.: “Interposizione fittizia ed interposizione reale nell'atto costitutivo di società”, *Il Corriere Giuridico*, 1990; 21 octubre 1994, núm. 8616 (Foro It. Mass., 1994).

Respecto a la jurisprudencia francesa, no haré aquí referencia exhaustiva, en cuanto aún sigue anclada en la concepción unitaria de interposición, haciendo alusión, en la mayoría de los supuestos, a la figura del *prête-nom*. Para un análisis detallado acerca de la jurisprudencia francesa, *vid.*, BREDIN, J.D.: “Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé”, *cit.*, pp. 261 y ss.; DUMONT-KISLIAKOFF, N.: *La simulation en droit romain*, Paris, 1970; PÉTEL, P.: *Le contrat de mandat*, Paris, 1994, pp. 14 y ss.; WITZ, C.: *Le fiducie en droit privé français*, Paris, 1981, pp. 229 y ss., el cual hace un elenco de la jurisprudencia más importante. En cuanto al Derecho suizo, *Vid.* BALDAWI, A.A.L.: *La stipulation pour autrui. Étude historique et analytique spécialement en droit suisse et français*, Thèse, Genève, 1954, pp. 26 y ss.; DROIN, J.: *La représentation indirecte en droit suisse*, Tesis, Genève, 1956, pp. 39 y ss. y 145 y ss.

comparezca personalmente en el acto o firma del contrato, pues su función es la de simple prestatario nominal¹⁰⁷.

Así pues, la persona interpuesta ficticiamente es extraña a la relación jurídica, y, descubierta la simulación, se diluye completamente. Y ello porque el contrato realmente no se ha celebrado con el interpuesto, sino con otra persona, que aparecerá investida de los derechos u obligaciones contraídas. Por consiguiente, el interpuesto no adquiere absolutamente nada, sirviendo únicamente de puente, a fin de que los derechos pasen directamente del transmitente al adquirente efectivo; lo que lo diferencia del interpuesto real, el cual sí adquiere efectivamente los derechos o contrae las obligaciones, según los casos.

Pero para que se pueda hablar de interposición ficticia, y por tanto de simulación, es necesaria la existencia de un acuerdo trilateral; tanto de aquellos que participan en el contrato simulado, como del tercer interponente¹⁰⁸. La estructura del acuerdo simulatorio es fundamental, en cuanto este es el que da lugar a la interposición ficticia y la diferencia de la real¹⁰⁹. En la simulación relativa

107 Decía FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici* cit., p. 237, que la persona interpuesta, cuando para colorear el engaño interviene y hace la declaración contractual, esta debe jurídicamente caracterizarse como un *nuntius*, porque en realidad contrae la persona oculta; el interpuesto no hace más que de portavoz, pero su personalidad jurídica está ausente del contrato.

108 Cfr. GIULIANI, F.: "Interposizione, fiducia e dichiarazioni", cit., p. 17; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 281; SACERDOTI, V.: "Dell'efficacia degli atti simulati", cit., p. 1432; BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., pp. 69-70; FOSCHINI, M.: "L'interposizione fittizia di persona nel rapporto cambiario", *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, 1961, pp. 266-267; DISTASIO, N.: Voz "Simulazione nei negozi giuridici", cit., pp. 364, nota I, y 385; SACCO, R.: "Il contratto", cit., p. 395; CASELLA, M.: Voz "Simulazione (diritto privato)", cit., p. 595; CARRESI, F.: "Il contratto", cit., p. 403; GATTI, S.: "Interposizione reale e interposizione fittizia", cit., p. 233; COLOMBATTO, M.: "Patto bilaterale d'interposizione", cit., pp. 71 y ss.; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 112; NUTI, G.A.: *La simulazione del contratto nel sistema del Diritto civile*, cit., p. 249; CERONI, C.: "Nuovi profili della simulazione", cit., 1990, p. 171; BRONZINI, M.: "La simulazione relativa", cit., pp. 825-826; ID., "Caratteristiche e prove della simulazione", cit., p. 1266 y nota 16; MATTERA, L.: "L'orientamento più recente", cit., p. 907; FURIGUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, cit., pp. 127 y ss.; TRABUCHI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 141; GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., p. 10; MONTECCHIARI, T.: *La simulazione del contratto*, Milano, 1999, p. 57; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., p. 133; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., pp. 208-209; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pag. 86; CÁMARA LAPUENTE, S.: *La fiducia sucesoria secreta*, cit., p. 505; MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", cit., p. 537; ID.: "Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto", cit., p. 246, que, no obstante, habla de negocio jurídico trilateral, afirmando que no se trata de un contrato trilateral, porque entre las partes no hay una comunión de intereses, sino que obran tres intereses autónomos, cada uno de contenido diverso del interés de los otros.

Vid. SSCSC de 29 mayo 1954, núm. 1775 (Giur. Comp. Corte. Sup. Cass., núm. 2785); 14 febrero 1963, núm. 325 (Giust. Civ., 1963, I, p. 743); 1 julio 1966 (Giur. It., 1966, I, I, p. 1463); 9 noviembre 1971, núm. 3166 (Foro It. Mass., 1972, I, núm. 1644); 20 mayo 1978, núm. 2509 (Foro It., 1978, I, núm. 434); 19 marzo 1980, núm. 1845, (Giust. Civ., 1980, I, p. 1907); 4 noviembre 1982, núm. 5789 (Foro It. Mass., 1982); 23 febrero 1983, núm. 1388 (Foro It. Mass., 1983); 6 diciembre 1984, núm. 6423 (Giust. Civ., 1985, I, p. 719), con nota de FANILE, M.: "Interposición real e negocio simulado", *Giustizia Civile*, t. I, 1985; 4 febrero 1985, núm. 768, (Foro It. Mass., 1985, núm. 2891); 19 diciembre 1986, núm. 7728, (Riv. Not., 1987, p. 564); 2 julio 1990, núm., 6764 (Dir. Giur., 1991, p. 901); 18 febrero 1991, núm. 1690 (Foro It. Mass., 1991).

109 Aunque algún autor haya afirmado que para diferenciar la interposición ficticia de la real no es determinante el criterio de la participación o no del tercero en el acuerdo simulatorio ya hecho por el interponente y el interpuesto. En este sentido, CRISCI, G.: "Interposizione fittizia e interposizione reale di persona, forma del mandato senza rappresentanza", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, t. II, 1951, pp. 81-82, pone el ejemplo de la fiducia, en la cual - dice - aunque haya una interposición real, puede suceder que la obligación del fiduciario de hacer un uso determinado del derecho adquirido y de transmitirlo después al tercero, sea también asumida y acordada por el tercero. Y, asimismo, no puede excluirse que, en la representación indirecta, el tercero se adhiera posteriormente al acuerdo hecho entre interponente

subjetiva o interposición ficticia es indispensable que interponente, interpuesto y tercero, estén de acuerdo en crear la apariencia jurídica; pues si falta el acuerdo o consentimiento del tercero¹¹⁰, este podría exigir del interpuesto la ejecución del contrato¹¹¹. No basta el simple conocimiento del tercero, sino que es necesario que este dé su consentimiento; la simulación debe ser siempre acordada, dado que el conocimiento es un simple estado interior de ciencia, y como tal no puede ser el sustituto de un contrato en el que las partes se ponen de acuerdo en la creación de una apariencia. Y de ahí su diferencia con la interposición real, en la que basta el acuerdo entre interponente e interpuesto, pudiendo el tercero ignorar la interposición¹¹².

El acuerdo interpositorio normalmente será anterior o simultáneo¹¹³ al contrato simulado, pero con la posibilidad de la adhesión sucesiva del tercero, de forma que no pueda levantarse la sospecha, en el caso de que fuera posterior; de que el acuerdo interpositorio es también simulado. En otras palabras, es admisible la formación progresiva del acuerdo¹¹⁴; subsistirá la interposición ficticia también en

e interpuesto. En conclusión, viene a decir que, si bien no se es posible una simulación relativa subjetiva sin el acuerdo del tercero, no todos los supuestos donde el tercero participa en el acuerdo deben ser, necesariamente, un caso de simulación subjetiva.

Es errónea también la teoría de GÓMEZ CALLE, E.: Voz "Simulación", cit., p. 6218, que, si bien dice que el testatferro siempre participa en el acuerdo simulatorio, señala que puede hacerlo ya sea con las dos partes del negocio oculto ya sea con una sola de ellas. Sin embargo, olvida el autor la existencia de la interposición real de persona, que se diferencia de la ficticia exactamente porque el acuerdo es con una sola de las partes del contrato.

110 Al respecto, *vid.*, DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 69 y ss.; CARRESI, F.: "Il contratto", cit., p. 403; GATTI, S.: "Interposizione reale e interposizione fittizia", cit., p. 233. Importantes es la SCSC 7 febrero 1950, núm. 948 (Giurp. Comp. Corte Sup. Cass., t. II, 1951, núm. 1081), con nota de CRISCI, G.: "Interposizione fittizia e interposizione reale", cit., la cual señala que para calificarse la interposición de ficticia no es necesaria la prueba de la participación del tercero, sino que basta que éste tenga conocimiento de que el contratante es una persona interpuesta. En el mismo sentido, la SCSC 29 mayo de 1954, núm. 1775 (Giur. Comp. Corte. Sup. Cass., núm. 2785), con nota de CANDIA, V.: "Note in tema di interposizione fittizia di persona", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, t. V, 1954, pp. 86-89.

111 GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., p. 10.

112 Dice PELLICANÒ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988, p. 114, que en la interposición ficticia si falta el acuerdo del tercero, el interpuesto será un verdadero titular, prácticamente como si se tratase de una simulación absoluta. Pero no es esta, a mi juicio, una respuesta correcta, pues en el caso de que el tercero no formase parte del acuerdo simulatorio, podría darse un supuesto de interposición real, que nada tiene que ver con la simulación absoluta. La conclusión a la que llega el autor en este punto es, sin duda, consecuencia, como ya hemos visto, de la concepción unitaria que de la interposición de persona viene a defender.

113 Entiende NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 123, que es esencial para la configuración de la interposición ficticia que el acuerdo sea anterior o al menos contextual; señalando que un acto de disposición a favor de una persona no puede ser ocultado con otro acto simulado a favor de otra después de que el primero haya sido perfeccionado entre las partes. Y advierte que en la práctica puede no encontrarse diferencias de relevancia en el caso de que una enajenación sea seguida, en una breve distancia de tiempo, del acuerdo entre el enajenante, el adquirente y el tercero de dejar aparentemente el segundo en la titularidad del bien, cuando en realidad debe transferirlo al tercero; debe considerarse que en este caso no se está en presencia, como puede parecer, de una interposición ficticia hecha mediante un acuerdo simulatorio sucesivo al acto de disposición; se trata de una primera enajenación válida y eficaz, seguida de la resolución consensual de la misma y, contextualmente, de una posterior enajenación en la cual el originario adquirente es un interpuesto ficticio y el sucesivo es el interponente ficticio.

114 *Vid.* SSCSC 28 julio 1958, núm. 2726 (Giust. Civ., 1958, núm. 27); 14 febrero 1963, núm. 325 (Giust. Civ., 1963, I, p. 743); 22 octubre 1963, núm. 2801 (Giur. It., 1964, I, p. 1430); 12 abril 1979, núm. 2170 (Giur. It., Mass., 1979, c. 556); 13 agosto 1980, núm. 4940, (Foro It. Mass., 1980, núm. 1415); 23 febrero 1983, núm. 1388 (Foro It. Mass., núm. 2997).

el supuesto de que, siendo concluido el acuerdo simulatorio entre interpuesto e interponente, el tercero se adhiera al mismo sucesivamente; o bien en el supuesto de que el acuerdo se inicie entre los dos futuros contratantes, los cuales, una vez puestos de acuerdo, buscarán a la persona interpuesta que sea apta para figurar como contratante aparente¹¹⁵.

Pero, como acertadamente ha sido puesto de manifiesto¹¹⁶, el que la interposición ficticia se forme sobre la creación de una doble relación, y una común voluntad de entender válida y eficaz sólo una de ellas (la del interponente y el tercero), no significa que se trate de tres acuerdos separados; uno entre interponente y tercero, otro entre interpuesto y tercero, y otro en la declaración en la que se dice que se atribuye eficacia solo al primero; sino que se constituye en un único acto, un único acuerdo simulatorio formado por un contrato simulado y un contrato disimulado.

La visión ofrecida de la interposición ficticia permite ahora clasificarla. Así es, la interposición ficticia puede ser, a su vez, estática o dinámica. La dinámica es utilizada por la simulación subjetiva relativa; es la forma clásica y más usada de interposición, por medio de la cual el interesado adquiere un bien bajo el nombre de otro, ocultando así la adquisición a los terceros. La interposición ficticia estática es aquella que resulta de un contrato absolutamente simulado, y es utilizada con el fin de ocultar a los terceros la pertenencia del bien enajenado ficticiamente; así, el comprador aparente sería testaferro del enajenante fingido¹¹⁷.

3. Los efectos de la interposición ficticia: ineficacia del contrato simulado y eficacia del disimulado.

Como ya se ha dicho, en la interposición ficticia el interpuesto resulta contratante solo en apariencia, cuando en realidad el contratante efectivo es otra persona -el interponente-, frente al cual se verifican todos los efectos del contrato. El interpuesto desaparece a los efectos jurídicos, hasta tal punto que el que desee hacer valer el acto disimulado y derivar las consecuencias jurídicas que le son propias puede directamente promover las acciones contra el contratante real¹¹⁸. Tal afirmación comporta que los interesados, para obtener la ejecución del contrato, deberán accionar contra el contratante efectivo, no contra el interpuesto, el cual no tiene ninguna legitimación, ni pasiva ni activa, para exigir la tutela jurisdiccional de los derechos nacidos del contrato. Ya se sabe que esto es consecuencia del

115 MESSINEO, F.: "Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto", cit., p. 246.

116 Vid. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 124.

117 Cfr. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 280; GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., p. 9; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 175.

118 SCSC 17 de marzo 1955, núm. 810 (Giust. Civ. 1955, p. 277).

acuerdo simulatorio, el cual tiene la función esencial de establecer quien es el efectivo contratante, y en el que se funden el contrato simulado y el disimulado.

La simulación, y portanto también la realizada por persona interpuesta, conlleva la ineficacia relativa del contrato; y se dice relativa porque las consecuencias entre las partes y respecto a los terceros son muy distintas¹¹⁹. Entre las partes, en la interposición de persona, el contrato es ineficaz, y ello conlleva la eficacia del contrato disimulado, siempre que concurran los requisitos necesarios para su validez. Así es, debe ser válido y eficaz el acuerdo de las partes de crear una apariencia de una relación entre ellos ineficaz.

Y digo ineficacia, y no nulidad o inexistencia. Si bien distinguir los tres términos sería de suma importancia, no es este el lugar apropiado, pues supondría la elaboración de una investigación ajena al estudio que nos interesa. Pero, aunque el tema no pueda desarrollarse aquí con la extensión que merece, a fin de evitar el desconcierto de tan rotunda afirmación, a pesar del tenor del art. 1.276 CC¹²⁰, cabe, como mínimo, hacer una breve sistematización del problema.

Teorizar sobre la inexistencia o no del contrato simulado es inútil, por muchos que hayan sido los intentos de justificarla, a veces incluso sin ni siquiera diferenciarla

119 GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., p. 14. Así también, AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 107 y ss.; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, cit., pp. 153 y ss. y 201 y ss.; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 124 y ss.; LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*, cit., pp. 219 y ss.; BIANCA, C.M.: *Il contratto*, cit., pp. 658 y ss.; MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", cit., p. 466; MONTECCHIARI, T.: *La simulazione del contratto*, cit., p. 50; VALLE, L.: "La categoria dell'inefficacia del contratto", *Contratto e Impresa*, t. III, Padova, 1998, pp. 1203 y ss.

120 Aunque debemos tener en cuenta que, si bien nuestro Código Civil es impreciso en la regulación del fenómeno de la eficacia e ineficacia de los contratos, se encuentran estas categorías recogidas en el art. 1.275, en el que con referencia a los contratos faltos de causa o con causa ilícita, dice que "no producen efecto alguno".

de la nulidad¹²¹. Ha sido observado que la inexistencia es una categoría absurda¹²², pero aún más lo sería si se tratara al simulado de contrato inexistente. El contrato simulado existe, independientemente de su ineficacia. De hecho, la simple lógica lleva a la conclusión de que si no es descubierta la simulación y el contrato simulado reúne todos los requisitos para su validez, este desplegará todos sus efectos jurídicos.

Descartada la inexistencia del contrato simulado, tan solo queda matizar la diferencia entre nulidad e ineficacia, que doctrina y jurisprudencia han utilizado indistintamente¹²³, aunque algunos hayan optado por la nulidad del contrato

121 Es este un tema bastante complejo, a pesar de los estudios que intentan demostrar que la inexistencia no puede ser aplicada al ámbito jurídico, partiendo de la premisa de que en el ámbito estrictamente jurídico la terminología de la inexistencia no tiene cabida, en cuanto no puede decirse que existen o no, sino que valen o no valen (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La confirmación del contrato anulable*, Bologna, 1977, pp. 29 y ss.). No obstante, algunos autores, han llegado a decir que la simulación a lo que conduce es a la inexistencia del negocio; unos diferenciando la acción de nulidad de la acción de simulación, equiparando inexistencia y nulidad, y utilizando ambos términos indistintamente. En este sentido, PRESA, T.: "La simulación", cit., pp. 37 y 38, aunque este autor afirma que "tanto la acción de nulidad como la de simulación conducen al mismo resultado: la declaración de inexistencia del negocio jurídico en cuestión"; NUÑEZ IGLESIAS, A.: "La donación de inmueble", cit., 1991, pp. 1811 y ss.; BUTERA, A.: *Della simulazione*, cit., p. 59 y ss. En contra de declarar inexistente el contrato simulado se muestra, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La Simulación*, cit., p. 24. Tampoco la Jurisprudencia ha sido ajena a esta confusión, que ha utilizado los términos nulidad e inexistencia indistintamente, pronunciándose en numerosas ocasiones a favor de la "inexistencia", y por tanto "nulidad", del contrato simulado; llegando, incluso, a decir, en más de un supuesto, que la nulidad admite la confirmación (que, como veremos, es una de las diferencias entre la nulidad y la simulación, en cuanto esta sí admite la confirmación). Algún pronunciamiento se refiere solo a la inexistencia sin hacer referencia alguna a la nulidad, para declarar la eficacia del contrato disimulado. Lo cierto es que el desastre jurisprudencial es bastante obvio, equiparando en algunos supuestos la inexistencia, la nulidad y la ineficacia. En cuanto a la declaración de nulidad por inexistencia del contrato simulado, véanse, entre otras, las SSTs 19 de enero 1950 (RAJ 1950, 29); 21 marzo 1956 (RAJ 1956, 1520); 13 mayo 1956 (RAJ 1956, 2435); 24 febrero 1986 (RAJ 1986, 935); 22 diciembre 1987 (RAJ 1987, 9649); 13 abril 1988 (RAJ 1988, 3146); 17 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8604); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 4 junio 1990 (RAJ 1990, 4728); 22 enero 1991 (RAJ 1991, 306); 12 marzo 1993 (RAJ 1993, 1793); 20 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9278); 27 abril 2000 (RAJ 2000, 2676). Incluso, la STS 24 febrero 1992 (RAJ 1992, 1425), reafirmada por la STS 21 julio 1997 (RAJ 1998, 218), ha llegado a decir que la inexistencia del negocio simulado se advierte porque "éste no ha tenido vida, por ser sólo artificial". Otros matizan y señalan la diferencia entre nulidad e inexistencia, partiendo de la base de que el contrato simulado es inexistente. En este último sentido, CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pags. 62 y ss., y 141 y ss.; PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", cit., p. 546; CARRESI, F.: "Il contratto", cit., p. 394, que llega a comparar el contrato simulado con el contrato estipulado para realizar una ficción escénica. Sin embargo, como acertadamente ha advertido SOTO NIETO, F.: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*, t. III, Madrid, 1976, p. 25, en la doctrina se ha abandonado el concepto de inexistencia como autónomo y propio para quedar englobado en la nulidad radical. Acerca de la distinción entre nulidad e inexistencia, vid. DE LOS MOZOS, J. L.: "La inexistencia del negocio jurídico", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960, pp. 463 y ss., aunque termina derivando en un enredo terminológico, concluyendo que la inexistencia no es más que la forma más absoluta de la ineficacia jurídica, y, "que la inexistencia es una causa de nulidad, si bien la más absoluta, o si se quiere una causa de ineficacia, y, por lo tanto, más que hablar de acción de inexistencia se debe de hablar de acción de nulidad por inexistencia".

122 Vid. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 453 y ss. Advierte el autor que el concepto de inexistencia carece seguramente de utilidad y necesidad. Carece de utilidad porque la inexistencia no produce unas consecuencias mayores que aquellas a las que conduce la nulidad radical y absoluta. Y carece de necesidad porque no es preciso que la nulidad esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuirse a la propia ley o por obra de los principios generales del Derecho.

123 Si bien ineficacia y nulidad no son términos sinónimos, no es esta opinión unánime. Al respecto, Vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: "Comentario al artículo 1.276 del Código Civil", cit., pp. 595-596, que aunque afirma que la acción de simulación es una acción de nulidad, luego utiliza el término *ineficaz* al tratar los efectos de la simulación, hablando de *ineficacia* del negocio simulado; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., pp. 204-205, habla de la ineficacia del contrato simulado en la simulación absoluta, utilizando después

simulado¹²⁴. Se ha tendido a generalizar, dando el calificativo de ineficaz al contrato nulo, traspasando los límites de la nulidad, y equiparando ambos términos¹²⁵.

Pero no existe tal sinonimia. Si bien todo contrato nulo es ineficaz, no todo contrato ineficaz es nulo. Sin caer en la oscuridad de las definiciones y con gran claridad, ha sido correctamente advertido que el contrato inválido es también ineficaz, puesto que la sentencia que declara la nulidad de un contrato lo hace improductivo de efectos, tanto entre las partes como respecto a los terceros, y con efectos retroactivos (salvo el caso de los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe); la ineficacia presenta una extensión mayor que la invalidez, en cuanto aquélla consigue la invalidez del contrato, pero puede investir también contratos en sí válidos; la nota saliente está en la mayor elasticidad de esta figura, en su idoneidad para acoger el tratamiento que mejor corresponda a los intereses en juego, en contraste con la rigidez de la disciplina de la invalidez¹²⁶.

el término nulidad; y en atención a la simulación relativa señala que la “eficacia de lo disimulado (querido) por las partes es inseparable de la ineficacia (nulidad) de lo simulado frente a terceros para encubrirlo”. De hecho, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones utilizando el término nulidad o ineficacia indistintamente. Véanse las SSTs de 29 de octubre 1956 (RAJ 1956, 3421); 21 noviembre 1980 (RAJ 1980, 4208); 22 diciembre 1987 (RAJ 1987, 9649); 13 abril 1988 (RAJ 1988, 3146); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 4 junio 1990 (RAJ 1990, 4728); 2 julio 1990 (RAJ 1990, 2578); 22 febrero 1991 (RAJ 1991, 1590); 24 junio 1991 (RAJ 1991, 4577); 20 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9278); 21 julio 1997 (RAJ 1998, 218). Como acertadamente ha dicho PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 120, “la simplicidad del esquema de la invalidez basada en sus dos formas típicas (nulidad y anulabilidad) ha determinado que el Tribunal Supremo tenga la inercia de situarse en esta dualidad cada vez que se presenta un problema cualquiera de ineficacia, de tal modo que con más frecuencia de la deseable trata como nulos de pleno derecho e inexistentes a contratos que, no pudiendo entrar en los lindes de la anulabilidad, sin embargo, en rigor, sólo habrían de considerarse ineficaces parcialmente o relativamente.”.

124 Piensan que es nulo, BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 404 y ss.; VALENTE, A.: *Nuovi profili della simulazione*, cit., pp. 98 y ss.; DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 206 y ss.; SACCO, R.: Voz “Simulazione (diritto civile)”, cit, p. 5; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, cit., p. 351; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., p. 154; CASELLA, M.: Voz “Simulazione (diritto privato)”, cit., pp. 609 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Ineficacia e invalidez del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, 1958, p. 606; ID., “Invalidez de la declaración de voluntad”, cit., pp. 1032 y ss.; ID., *Derecho Civil*, cit., p. 250; ID., *La Simulación*, cit., p. 24 y ss.; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 267-271, que afirma que “el acto simulado no es inexistente, sino que tiene una vida defectuosa viciada de nulidad por carecer de concurso real de voluntades para efectuarlo”. Así también DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, cit., pp. 102 y ss.

125 Afirma PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, cit., p. 120 que “la nitidez doctrinal de las nociones de nulidad y anulabilidad y las imprecisiones de nuestro Código en materia de ineficacia de los contratos ha favorecido la expansión de la nulidad (en su concepción dual) hacia ámbitos institucionales peor dibujados por nuestra doctrina científica, eliminando toda gama de matices que escapan del ámbito institucional de la invalidez, para situarse en el más genérico de ineficacia”. Para un análisis de la diferencia y de la jurisprudencia al respecto, véase la obra del autor, en la que realiza un estudio pormenorizado de la nulidad, anulabilidad, inexistencia e ineficacia, estableciendo las líneas divisorias entre dichas categorías.

126 Vid. GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., pp. 1 y ss. De hecho ya había afirmado el jurista (“Il negozio giuridico”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, Milano, 1988, pp. 316 y ss.), y lo reafirma en la obra antedicha, que es un hecho que el Código Civil califica como ineficaz y no como nulo el contrato simulado, al distinguir la acción de simulación de la acción de nulidad y, lo que es más importante, regula la simulación de modo absolutamente distinto de la nulidad: si la eficacia a que se refiere el art. 1.414 fuera nulidad, sería una nulidad peculiar, ya que sería inoponible a los terceros protegidos por los arts. 1.415 y 1.416. Además - continúa el autor - quien se expresa en términos de nulidad termina posteriormente constatando que la simulación, a diferencia de la nulidad, no puede ser declarada de oficio por el Juez, que no es susceptible de conversión, y que, por el contrario, admite la confirmación (“Simulazione. Nullità del contratto. Annulabilità del contratto”, cit., p. 13).

Es evidente, y me reafirmo, que el contrato simulado no es ni nulo ni anulable, sino ineficaz¹²⁷; pero, que la inoponibilidad de la simulación a los terceros que de buena fe hayan confiado en la apariencia creada por el contrato simulado, pueda dar lugar a la eficacia del mismo (respecto a los terceros) es, a mi juicio, índice suficiente para calificar de relativa la ineficacia.

La acción de simulación, como ya se ha puesto de manifiesto, no es una acción de nulidad, sino una acción declarativa cuya característica fundamental, en el caso de la interposición ficticia, no es la de declarar la apariencia de un contrato y la realidad de otro como sucede en la simulación relativa objetiva, sino que la acción se orienta a la identificación del verdadero contratante, que ha sido ocultado por el interpuesto. La acción de simulación deberá cumplir con unos requisitos formales, esto es, quiénes tienen la legitimación activa y quiénes la pasiva¹²⁸. Resulta perfectamente lógico que cualquiera de las partes del contrato simulado y del acuerdo simulatorio pueda demandar la ineficacia de este frente a su contraparte en todo momento¹²⁹. Asimismo, están legitimados para ejercer la acción de simulación todos aquellos que tengan un justificado interés jurídico en declarar dicha simulación. Así, los terceros que resulten perjudicados por el contrato simulado, aquéllos a quienes se dirige el engaño, pueden pedir, en todo momento, frente a las partes del acuerdo simulatorio, la ineficacia de lo simulado y la declaración o descubrimiento de lo disimulado¹³⁰.

Se comprende perfectamente la legitimación para instar la ineficacia del contrato simulado de los herederos de las partes del acuerdo simulatorio, a tenor del art. 1.257 CC que establece la producción de efectos de los contratos entre las

127 El Código Civil italiano es claro en este sentido al establecer en su art. 1.414 la ineficacia del contrato simulado. Señala el precepto que el contrato simulado *no produce efectos* entre las partes.

128 Hay que reseñar, brevemente, que sobre la prescripción de la acción de simulación reina todavía una fuerte polémica. Desde luego, el problema no lo hallamos en el caso de la simulación absoluta, pues en estos supuestos la acción es imprescriptible. Respecto a la simulación relativa, la jurisprudencia más reciente se decanta por la imprescriptibilidad de la acción para declarar la simulación relativa (STS 29 noviembre de 1989, RAJ 1989, 7921). Sin embargo, también se ha dicho que en este caso debe aplicarse el plazo de prescripción de las acciones personales. E incluso se ha acogido el criterio según el cual es más acertado imponer el plazo de cuatro años al que se refiere el art. 1.301 CC (Vid. DURÁN RIVACOBA, R.: "El error sobre la causa", *Estudios de Derecho civil en honor al Profesor Catán Tobeñas*, t. III, Pamplona, 1969, p. 29). Al respecto, entienden MÉNDEZ, R.M. y VILALTA, A.E.: *Acción declarativa de simulación de un contrato*, cit., pp. 8-9, que en la simulación relativa al contrato disimulado o encubierto se le aplicarán los plazos de prescripción de los arts. 1.930, 1.940 o 1.961 CC, según los casos, mientras que para el contrato simulado no regirán los plazos de prescripción.

129 En contra se muestra DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 145 y ss., quien, alegando la doctrina de los actos propios, ha venido a negar la posibilidad de que cualquiera de las partes simulantes pueda atacar el contrato simulado. Conforme a esta doctrina los contratantes deben adecuar su conducta a las normas que ellas mismas han establecido en el negocio, de manera que cuando una de las partes trata de apartarse unilateralmente del negocio, o intenta ejercitar sus derechos o cumplir sus deberes sin respetar las prescripciones negociales, se dice que va contra sus propios actos porque contradice lo libremente declarado.

130 Vid. SSTs 11 de marzo 1960 (RAJ 1960, 1237); 31 mayo 1963 (RAJ 1963, 3592); 26 octubre 1965 (RAJ 1965, 4631); 5 enero 1966 (RAJ 1966, 1); 30 diciembre 1976 (RAJ 1976, 5582); 22 marzo 2001 (RAJ 2001, 4750).

partes y sus herederos¹³¹. Así es, los herederos de las partes del acuerdo simulatorio reciben por vía sucesoria la acción de simulación que estaba en el patrimonio de su causante, y pueden ejercerla libremente frente a la contraparte de éste o frente a sus herederos. Pueden, por consiguiente, demandar en todo momento, frente a la contraparte de su causante o los herederos de este la ineficacia de lo simulado, y, en su caso, la eficacia de lo disimulado¹³².

La legitimación pasiva, es decir, las personas a las que hay necesariamente que demandar para obtener la sentencia, se extiende a todos los que aparecen como partes en el negocio y a sus causahabientes en los derechos que se pretenden nacidos del negocio impugnado; además, contra cualquier persona que pretenda ampararse jurídicamente en el negocio que se trata de impugnar. Dirigida a destruir una apariencia engañosa, habrá de entablarse la demanda contra todos los que se hayan opuesto¹³³.

A) Entre las partes contratantes.

El interpuesto ficticio, como tantas veces he dicho, no adquiere ningún derecho inherente al contrato, puesto que solo presta su nombre a una de las partes (interponente), del cual se sirve para quedar oculto a los terceros. Así pues, los efectos entre las partes contratantes se darán directamente entre el interponente y el tercero.

Podrá suceder que el interpuesto acepte la relación real, desvelando el nombre del interponente, con el fin de designar a este como verdadero contratante, y pedirle el cumplimiento de las respectivas obligaciones. A su vez, el interponente podrá hacerse reconocer como el contratante real, con el fin de impedir que tenga lugar la ejecución voluntaria del contrato a favor de la persona interpuesta. Restableciendo la realidad, la parte interesada conseguirá que el acto despliegue todos sus efectos¹³⁴, anteponiendo la realidad sobre la apariencia. De forma que,

131 Cfr. JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 217; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 358; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 107 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., pp. 245 y ss.

132 Respecto a la simulación relativa y la eficacia de lo disimulado, se distingue con frecuencia entre herederos voluntarios y legitimarios, pero por norma general que “los herederos voluntarios pueden atacar el negocio aparente, tanto en el supuesto de que invoquen derechos propios que, aunque referidos a la herencia, los coloquen frente a ella en la posición del tercero, como cuando actúan ejercitando los derechos de su causante, puesto que éstos están legitimados para hacerlo. También pueden refutar el negocio simulado los legitimarios al ser su posición semejante a la de los terceros, ya que sus derechos no se derivan de la voluntad del testador, sino de la ley. Cuestión más discutida es la que hace referencia a los sucesores a título singular o legatarios, entendiéndose generalmente que pueden atacar el negocio simulado, pues aunque la simulación no sea dirigida contra ellos, se estima que tienen un interés jurídico propio distinto de los simulantes” (CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 110). En este sentido la STS 17 junio 2000 (RAJ 4425) advierte que en los supuestos de simulación relativa que encubra una donación, la acción la tienen los herederos forzosos, siendo dudoso que la tengan también los herederos no forzosos.

133 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 358.

134 GATTI, S.: “Interposizione reale e interposizione fittizia”, cit., p. 234.

en la interposición ficticia, se asegura la tutela global de las partes, en cuanto interponente e interpuesto pueden oponer el uno al otro la simulación, y ambos oponer al tercero (parte del acuerdo simulatorio) el real contenido del acuerdo, y viceversa¹³⁵.

La acción de simulación va encaminada a declarar la eficacia del contrato entre interponente y tercero y la ineficacia de aquel estipulado con el interpuesto, es decir, orientada a declarar la identificación del verdadero contratante. De modo que, una vez probada la simulación mediante la prueba del acuerdo simulatorio, el contrato simulado será ineficaz entre las partes, y cobrará fuerza el contrato disimulado, que será eficaz si cumple los requisitos exigidos por la ley de fondo y forma¹³⁶; es decir, en el caso de la interposición ficticia, será ineficaz el contrato estipulado entre interpuesto y tercero, y será eficaz el realizado entre interponente y tercero.

B) Respecto de terceros.

El contrato simulado, respecto de terceros, no siempre será ineficaz; como es lógico, habrá que proteger de algún modo a aquellos terceros que de buena fe hayan confiado en la veracidad de la apariencia creada. El sentido de la protección del tercero se refiere, sobre todo, a la inoponibilidad de la declaración de simulación frente a determinados terceros dignos de especial amparo, no de inoponibilidad frente a todos los terceros, pues habrá terceros a los cuales les sea perfectamente oponible. Ninguna norma establece explícitamente la no oponibilidad de la simulación a los terceros; pero, como veremos al estudiar la prueba de la interposición, haciendo una interpretación extensiva de los arts. 1.219 y 1.230 CC, puede mantenerse dicha oponibilidad¹³⁷.

¹³⁵ NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 156.

¹³⁶ La doctrina en este sentido es prácticamente unánime, aunque algunos autores hablen en términos de nulidad o inexistencia. Cfr. JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 217; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 360; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 141-142; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., p. 211; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., pp. 245 y ss.; VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., pp. 29 y ss.; GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., p. 52; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 124 y ss.; AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 107 y ss.; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, cit., pp. 153 y ss.; MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", cit., p. 465; BIANCA, C.M.: *Il contratto*, cit., pp. 658 y ss.

¹³⁷ Sin embargo, si lo hace el Código Civil italiano, cuyos arts. 1.415 y 1.416 regulan los efectos de la simulación respecto de terceros, estableciendo que esta no podrá ser opuesta a los terceros que de buena fe hayan adquirido del titular aparente (art. 1.415), ni tampoco a los acreedores del titular aparente que, de buena fe, hayan realizado actos de ejecución sobre los bienes que fueron objeto del contrato simulado (art. 1.416). Con base en estos preceptos se ha venido a decir que el contrato simulado es un contrato válido, pero relativamente ineficaz. Cfr. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 107 y ss.; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, cit., p. 153 y ss.; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 124 y ss.; LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*, cit., pp. 219 y ss.; BIANCA, C.M.: *Il contratto*, cit., pp. 658 y ss. Al respecto, advierte MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", cit., p. 466, que, en la simulación absoluta, indudablemente, las partes no quieren el contrato; pero eso, en el sentido que no quieren el efecto sustancial. No es verdad -dice- que no quieran ningún efecto, y ello se debe a la presencia del acuerdo simulatorio y de la función técnica, y de la utilidad (para las partes) de la simulación absoluta; es decir, al evocar, en los terceros, la apariencia del contrato efectivo, un efecto encontramos, y es la creación de esa apariencia.

Tampoco encontramos normas reguladoras de los efectos de la simulación en nuestro Derecho, pero esta protección se puede inferir de una serie de normas que protegen al tercero¹³⁸ (arts. 464, I.164, I.295, I.335, I.527, I.733, I.734, I.738, I.899 CC y arts. 32, 34, 37 y 40 de la Ley Hipotecaria). Algún autor, partiendo de la base de los principios generales de responsabilidad y confianza, ha advertido la no necesidad de encajar algunos supuestos de protección en concretos preceptos legales, señalando la suficiencia de estos principios¹³⁹.

La simulación, portanto, no podrá oponerse a los terceros de buena fe que hayan confiado en la apariencia creada por la misma. Sin embargo los terceros de buena fe sí podrán alegar la simulación frente a las partes simulantes¹⁴⁰, evidentemente siempre que estén legitimados para ejercitar la acción de simulación, esto es, siempre que tengan un interés legítimo y actual.

La protección del tercero parte del conocido principio de seguridad del tráfico jurídico, que obliga a proteger, por ejemplo, al tercero de buena fe que ha comprado del interpuesto, ignorando que este era un adquirente simulado, o a los acreedores del simulado vendedor, que ven disminuido el patrimonio de su deudor. Por tanto, la simulación será ineficaz respecto a los terceros cuyos derechos son perjudicados por el contrato simulado; y eficaz para aquellos terceros que, de buena fe, se han fiado de la apariencia creada por el contrato simulado.

No obstante, la protección del tercero ha de estar debidamente justificada. Se ha considerado que el mero hecho de que el tercero no ignore la simulación, ya es dato suficiente para excluir la buena fe¹⁴¹. En otras ocasiones, se ha señalado que la mala fe del tercero no puede deducirse de la mera ciencia del acuerdo simulatorio, siendo requisito indispensable demostrar que el tercero no solo podía conocer la

En contra se muestra FURGIUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, cit., pp. 43-44, quien advierte que partir de la base de que el contrato simulado es válido pero relativamente ineficaz es una teoría que no convence, en cuanto es fruto de un exasperado dogmatismo, y que además no se entiende en virtud de qué lógica se pueda retener que eso pueda realizarse.

138 Advierte CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 146, que la protección de tercero de buena fe puede ser defendida por analogía por el art. I.295 CC, conforme al cual la rescisión del contrato no tiene lugar cuando las cosas objeto del mismo se hallen legítimamente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. "De forma parecida -añade-, pese a la declaración de simulación, el tercero de buena fe que tenga en su poder la cosa objeto del contrato no puede ser despojado de la misma, bien se trate de un adquirente a título oneroso o de un acreedor que hubiera ejecutado ya su crédito".

139 Vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., pp. 213-214.

140 Vid. SSTs de 11 marzo 1960 (RAJ 1960, 1237); 3 abril 1962 (RAJ 1962, 1847); 31 mayo 1963 (RAJ 1963, 3592); 31 mayo 1965 (RAJ 1965, 3214); 26 octubre 1965 (RJA 1965, 4631); 5 enero 1966 (RJA 1966, 1).

141 Vid. SSTs de 14 marzo 1958 (RAJ 1958, 1432); 28 octubre 1965 (RAJ 1965, 1702). Parece ser esta la teoría seguida por la STS 12 marzo 1993 (RAJ 1993, 1793), al advertir que la nulidad de la adquisición del tercero adquirente, puesto que este no ignoraba la simulación, y por lo tanto ha actuado de mala fe. Vid. más adelante, donde se hace un amplio comentario de la Sentencia. En este sentido, CONTI, R.: "Ancora in tema di simulazione", cit., p. 227, quien señala que el subadquirente que no ignora la simulación, no puede no imaginar que otros sujetos o titulares efectivos serán perjudicados. Concluye el autor afirmando que se debe reforzar la tutela de los terceros subadquirentes de buena fe, pero que no puede encontrarse un límite insuperable en la ciencia de la simulación, en presencia de la cual no podría hablarse de buena fe.

simulación, sino que este ha adquirido de acuerdo con el vendedor simulante con el fin de favorecer a este último, o para aprovecharse de la simulación y dañar al simulado enajenante¹⁴². Evidentemente, habrá que tener en cuenta que la buena fe deja de ser tal, y será sustituida por la mala fe en el caso de que el tercero supiese que se estaban perjudicando los derechos de otros; es decir, que el tercero haya obrado intencionalmente en la ejecución del daño¹⁴³.

El problema surge cuando el tercero, sin intención alguna fraudulenta o de dañar, no ignoraba la simulación. De hecho, puede suceder que el tercero en el momento de contratar ignore el carácter simulado del contrato en cuya validez confía, pero que posteriormente a la perfección del contrato llegue a su conocimiento la simulación del título en que basó su adquisición. En este caso, no parece que se debiera excluir la buena fe del tercero. Sí sería excluida en el supuesto de que hubiese un reflejo registral; es decir, el caso en que a través de una anotación preventiva se hubiese constatado en el Registro la simulada adquisición. Por ello, el tercero que adquiere con posterioridad a la práctica de la anotación preventiva, no podrá alegar el desconocimiento de la misma, y se entenderá que es tercero de mala fe¹⁴⁴. Además, algo a tener en cuenta es que en nuestro sistema es principio básico el de la buena fe, por lo que esta se presume; el que alegue la mala fe del tercero adquirente deberá probarla.

Al respecto, se ha afirmado que, en el ordenamiento español es necesario para la protección del tercero de buena fe que este haya adquirido algún derecho de quien tiene su título viciado por la simulación; y, además, que haya adquirido por un contrato oneroso, dado que en nuestro Derecho no se protege al tercero de buena fe que haya adquirido a título gratuito¹⁴⁵. Sin embargo, habrá que considerar que la protección de los terceros que confiaron en la apariencia creada por el contrato simulado, va más allá de la protección de los terceros adquirentes¹⁴⁶; los terceros protegidos son los que apoyen la adquisición de su derecho en la eficacia del contrato simulado, sean o no adquirentes del simulado adquirente¹⁴⁷. Pensemos, por ejemplo, en quien adquiere por retracto una finca ejercitando su derecho ante la celebración del contrato simulado¹⁴⁸, o en los acreedores del simulante vendedor¹⁴⁹.

142 Vid. SSCSC de 26 noviembre 1991, núm. 12663 (Foro. It., 1991, I, 1173); 10 diciembre 1991, núm. 13260 (Foro. It., 1991, I, 1211).

143 GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto", cit., p. 53.

144 Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 149.

145 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 364-365.

146 JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento*, cit., p. 228.

147 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., p. 212.

148 ID., cit., p. 212. Asimismo, CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 146, defiende la protección del tercero retrayente de buena fe.

149 Advierte, CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 146, que "los terceros especialmente protegidos son los subadquirentes a título oneroso, o los acreedores que ya hubieran

Uno de los discursos más frecuentes en la doctrina es la solución que debe darse cuando se plantea un conflicto de intereses entre terceros, pues puede suceder que los intereses protegidos de una parte se encuentren en conflicto con los intereses protegidos de otra parte. Se daría el caso, por ejemplo, en el supuesto de que el acreedor del enajenante simulado se encontrase en conflicto con el interés de quien ha adquirido de buena fe del simulado aparente. Evidentemente, en este supuesto, es claro que sobre la tutela del crédito prevalece el principio de seguridad en la libre circulación de los bienes¹⁵⁰, de modo que todo conflicto entre acreedores y adquirentes se resolverá en favor de estos últimos¹⁵¹. Los conflictos pueden ser de muy diversa índole; entre acreedores, entre subadquirentes, uno que reciba del enajenante simulado y otro del adquirente, etc. No voy a entrar aquí en detalles, pues ello supondría una larga investigación ajena al tema estrictamente expuesto¹⁵².

4. La forma del contrato disimulado en la interposición ficticia.

Otro asunto más delicado es el atinente al requisito de forma en el supuesto de la interposición de persona. En reiteradas ocasiones se ha dicho que el contrato disimulado para ser eficaz debe reunir los requisitos establecidos por la ley. No hay duda al respecto; el contrato disimulado será eficaz si cumple los requisitos de forma y sustancia exigidos, de modo que el acuerdo simulatorio deberá tener la forma requerida para la validez del acto realizado.

El problema no parece haberse planteado en nuestra doctrina -dados los escasos estudios y pronunciamientos jurisprudenciales- en los supuestos de simulación por persona interpuesta. Sin embargo, en el supuesto de la simulación relativa (la llamada objetiva), el problema sigue estando patente y aún no resuelto, aunque se pretenda que ya ha sido resuelto por la STS de 11 enero 2007¹⁵³ que en Pleno viene a sentar la doctrina que actualmente se mantiene en nuestra jurisprudencia, pero que no toda la doctrina científica acepta.

Así es, una de las cuestiones debatidas ha sido, precisamente, el requisito de forma impuesto por el art. 633 CC con relación a las donaciones disimuladas bajo forma de contrato de compraventa. Este precepto exige el otorgamiento en escritura pública de la donación de cosa inmueble y de su aceptación, requisitos

satisfecho su crédito de buena fe”.

150 GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., p. 53. La respuesta, dice el autor, se haya en el mismo art. 1.415 del Codice. Pero, advierte también una serie de consideraciones, *vid.* pp. 54 y ss.

151 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 365; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., p. 216.

152 Para un mayor análisis, *vid.* CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 151 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., pp. 213 y ss.; GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., pp. 54 y ss.

153 STS 11 enero 2007 (ROJ 822/2007).

considerados de forma ad substantiam. En aplicación estricta del precepto, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁵⁴ exigen para declarar la eficacia de la donación disimulada, a parte de la existencia de cuantos requisitos se enumeran en el art. 1.261 CC -incluyendo así el animus donandi¹⁵⁵-, la existencia de formalización en escritura pública del contrato de donación.

La verdadera dificultad surge a la hora de determinar si tales requisitos deben estar contenidos en el contrato disimulado o si basta que se encuentren en el acuerdo simulatorio. Algunos autores han advertido que la forma notarial de la escritura pública de compraventa, si la donación disimulada tiene una causa lícita y no lesiona legítima alguna, cubrirá la forma exigida para la donación de bienes inmuebles¹⁵⁶. Y en análogo sentido se ha pronunciado numerosa jurisprudencia¹⁵⁷.

154 Los pronunciamientos son abundantes y bastante dispersos, y el requisito de forma exigido se diluye en las donaciones remuneratorias encubiertas, en las cuales se viene a eximir del cumplimiento de la regla del art. 633 CC. No conviene entrar en la compleja dimensión práctica de esta materia. Para un análisis de la jurisprudencia y del cambio producido a partir de la STS 11 enero 2007, *vid.* la monografía sobre el tema de DURÁN RIVACOBÁ, R.: *Donación de Inmuebles*, cit., pp. 110 y ss. y 148 y ss.; ID. *Donaciones encubiertas*, cit.; ID. "Jurisprudencia comentada", cit., pp. 79 y ss.; GARCÍA VICENTE, J. R.: *La simulación de los contratos*, cit., pp. 169 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 591-680; DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble", *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pp. 1003 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Comentario a los arts. 618 a 656 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991; ID., "Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada", *Actualidad Civil*, núm. 15 (13 al 19 de abril de 1998), pp. 319 y ss.; SOTO NIETO, F.: "Simulación contractual. Donación encubierta bajo forma de compraventa", *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, t. I, 1970, pp. 287 y ss.; DÍAZ ALABART, S.: "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo forma de compraventa de las mismas en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor de lo remunerado absorbe el del inmueble donado", *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 1101 y ss.; NUÑEZ IGLESIAS, A.: "La donación de inmueble", cit., pp. 1823 y ss.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: "Validez de la donación de inmueble encubierta en escritura pública de compraventa. Comentario a la STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2098)", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm., 9, 2002, pp. 212 y ss.; POVEDA BERNAL, M.I.: *Relajación formal de las donaciones*, Dikynson, Madrid, 2014; SANTOS MORÓN M.J.: "De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas: el retorno de la tesis clásica de la STS de 11 de enero de 2007", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, pp. 173-191.

155 En este sentido y con relación a la jurisprudencia que exige el animus donandi para que pueda entenderse válido el contrato de donación disimulado, *vid.* SSTs de 24 abril 1961 (RAJ 1961, 1835); 13 mayo 1965 (RAJ 1965, 2594); 4 diciembre 1975 (RAJ 1975, 4449); 24 febrero 1986 (RAJ 1986, 935); 2 diciembre 1988 (RAJ 1988, 9292); 22 febrero 1991 (RAJ 1991, 1590); 8 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10015); 6 febrero 2003 (RAJ 2003, 622); 13 febrero 2003 (RAJ 2003, 1046); 13 febrero 2003 (RAJ 2003, 1046).

156 *Cfr.* BONET RAMON, F.: "Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1944", *Revista de Derecho Privado*, t. XXVIII, 1944, pp. 551 y ss.; VIRGILI SORRIBES, F.: "Herederio forzoso y heredero voluntario, su condición jurídica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XXI, 1945, pp. 491 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, Barcelona 1964, pp. 196 y ss.; PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. II, Madrid, 1963, pp. 395 y ss.; DÁVILA GARCÍA, J.: "Herederos y legitimarios. Actos y contratos simulados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XXI, 1945, pp. 107 y ss. Asimismo, VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Las donaciones de bienes inmuebles", cit., p. 612 y ss., se ampara en el hecho de que la donación no es un contrato para defender la validez de la misma bajo escritura de compraventa, llegando a la conclusión de que no siendo la donación un contrato no necesita forma, y, por lo tanto, vale para la transmisión del inmueble donado la escritura de enajenación por venta.

157 Clara es la STS 9 mayo 1988 (RAJ 1988, 4048), cuando afirma que la donación encubierta bajo una simulada compraventa otorgada por las partes en litigio ante Notario "cumple el requisito formal al que se refiere el art. 633 CC revelado por la propia escritura pública en que se contiene la simulada compraventa; y es que si bajo el negocio simulado, existe el negocio disimulado, la forma de este será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra por tanto el recurrente, al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación". Esta teoría ya había sido ya puesta de manifiesto

Si bien es cierto que según algún autor este criterio solo sirve para las donaciones remuneratorias, la doctrina de la mayoría de las sentencias anteriores a la citada de 11 de enero de 2007 proclama un principio general, la validez de la escritura de venta para la donación disimulada¹⁵⁸. Y no hay mejor ejemplo que la Sentencia de 3 de marzo de 1995¹⁵⁹, que sin atender a donación remuneratoria, advierte que “si bajo una compraventa se encubre una donación, ello no determina que tal negocio carezca de validez, pues el negocio jurídico que verdaderamente querían otorgar y otorgaron fue una donación con plena eficacia por reunir todos sus requisitos, incluido el de la forma ad solemnitatem que exige el art. 633 CC”. De hecho, esta es la interpretación que del art. 1.414 § 2 del Codice¹⁶⁰ viene dando tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana.

No obstante, incluso antes de la STS de 11 de enero de 2007, que viene a dar por zanjada la problemática, algunos autores ya se habían ocupado de negar la validez para la donación de la escritura de compraventa.¹⁶¹ Defendiendo que la donación de inmuebles puramente liberal debe ser otorgada en escritura pública sin la cual es nula, puesto que no sirve la escritura de venta simulada¹⁶².

por la STS 29 enero 1945 (RAJ 1946, 1021). Vid. también, SSTS de 19 enero 1950 (RAJ 1950, 29); 31 enero 1955 (RAJ 1955, 128); 2 junio 1956 (RAJ 1956, 2691); 16 noviembre 1956 (RAJ 1956, 4115); 15 enero 1959 (RAJ 1959, 1044); 20 octubre 1966 (RAJ 1966, 4445); 27 enero 1967 (RAJ 1967, 251); 16 diciembre 1976 (RAJ 1976, 5487); 6 octubre 1977 (RAJ 1977, 3713); 10 marzo 1978 (RAJ 1978, 811); 31 mayo 1982 (RAJ 1982, 2614); 23 septiembre 1989 (RAJ 1989, 6352); 22 enero 1991 (RAJ 1991, 306); 19 noviembre 1992 (RAJ 1992, 9417); 29 marzo 1993 (RAJ 1993, 2532); 20 julio 1993 (RAJ 1993, 6168); 13 diciembre 1993 (RAJ 1993, 9615); 14 marzo 1995 (RAJ 1995, 2430).

158 Y así también lo reconoce NUÑEZ IGLESIAS, A.: “La donación de inmueble”, cit., p. 1833, que, refiriéndose a la antedicha sentencia de 29 de enero de 1945, advierte que “la validez que se otorgó al acto disimulado, obviando la insuficiencia formal de la escritura de compraventa, no fue por tratarse simplemente de donación remuneratoria, sino por tratarse de donación”.

159 STS 3 de marzo 1995 (RAJ 1995, 3888). En el mismo sentido las SSTS 13 diciembre 1993 (RAJ 1993, 9615); 30 septiembre 1995 (RAJ 1995, 6456); 13 febrero de 2003 (RAJ 2003, 1046). La STS 1 febrero 2002 (RAJ 2002, 2098), realiza un estudio de las corrientes que se han pronunciado sobre el tema, concluyendo que no se debe extremar el rigor formal del art. 633 CC, debiendo atender a las circunstancias del caso concreto.

160 Refiriéndose a la simulación relativa, establece que: “si las partes han querido concluir un contrato diverso del aparente, tendrá efecto entre ellos el contrato disimulado, siempre y cuando subsistan los requisitos de sustancia y de forma”.

161 En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F.: “La simulación”, cit., para quien “sería contrario al espíritu de nuestro Derecho un principio como el siguiente: será válido sin la forma legal cualquier negocio jurídico, sólo con que se le disimule mediante otro negocio formal aparente” (p. 1011); ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Comentario a los arts. 618 a 656 del Código Civil”, cit., p. 176; ID., “Estudio de la jurisprudencia”, cit., pp. 319 y ss.; SOTO NIETO, F.: “Simulación contractual”, cit., pp. 287 y ss.; DÍAZ ALABART, S.: “La nulidad de las donaciones”, cit., pp. 1101 y ss., en particular, pp. 1106 a 1109; NUÑEZ IGLESIAS, A.: “La donación de inmueble”, cit., pp. 1823 y ss.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: “Validez de la donación”, cit., pp. 212-213, la cual entiende que solo debe de admitirse la validez de la escritura de compraventa cuando se trate de donaciones remuneratorias.

Fue la STS 3 marzo 1932 (JC 1932, 11) la que inició esta dirección jurisprudencial, pues hasta entonces no se había planteado la cuestión, y la citada STS 11 enero 2007 la que viene a cerrar la polémica indicando que la donación disimulada es inválida por infringir las exigencias de forma. Asimismo, niegan la validez de la escritura de venta para la donación, entre otras, las SSTS de 5 noviembre 1956 (RAJ 1956, 4114); 10 octubre 1961 (RAJ 1961, 3293); 1 diciembre 1964 (RAJ 1964, 5572); 14 mayo 1966 (RAJ 1966, 2425); 4 diciembre 1975 (RAJ 1975, 4449); 7 marzo 1980 (RAJ 1980, 845); 6 abril 2000 (RAJ 2000, 1819).

162 Así, ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Estudio de la jurisprudencia”, cit., pp. 319 y ss. El autor parte de la base de que la donación puramente liberal de inmuebles requiere ser otorgada en escritura pública, sin la cual es nula, no sirviendo la escritura de venta simulada; pero que la donación remuneratoria disimulada bajo forma de compraventa es válida porque esta no requiere forma solemne al regirse por la regla de libertad de forma

Sin embargo, entiendo que será suficiente que los requisitos de forma y sustancia estén presentes en el contrato simulado, ya que si dichos requisitos tuviesen que darse también en el acuerdo simulatorio, la simulación de una donación bajo la forma de compraventa sería prácticamente imposible. Es decir, lo que se pretende es la ocultación de un contrato, y si se tuviese que llevar a cabo un acto público de donación no habría tal ocultación, dado que las partes no podrían imponer al notario la ocultación de dicho acto¹⁶³. Bastará pues, que la compraventa simulada se haya otorgado en escritura pública, para que se considere cumplido el requisito formal de la donación. Pero esto solo será posible cuando, eliminando las cláusulas simuladas, resulte el contrato querido por las partes¹⁶⁴; así, eliminada la cláusula simulada del precio (que no habrá sido entregado) el acto reflejará una donación.

Evidentemente, no es esta la solución acertada en los supuestos de interposición ficticia de persona, en cuanto no sería posible eliminar las cláusulas simuladas del acto simulado realizado entre el interpuesto y tercero. Y no es posible porque en tal caso faltaría en el contrato simulado el requisito de sustancia del contrato disimulado, es decir, la identidad del oculto contratante¹⁶⁵. En otros términos; para que se cumpliesen los requisitos de forma y sustancia según la teoría anterior sería necesario que en el contrato simulado se identificase a los efectivos contratantes, y esto no ocurre en la interposición de persona, pues en el contrato simulado falta la identificación del beneficiario real de la atribución (en el supuesto, por: ej. de una donación).

Expliquémoslo: si lo que se pretende es simular una donación de inmueble, pero realizando un contrato de compraventa en escritura pública, en ella aparecerá el nombre de ambos contratantes; lo que sucede es que en el acto realizado ante el Notario se habrá fingido la entrega de la contraprestación. Se dice que en este caso lo que pasa es que verdaderamente el Notario lo que habrá autorizado habrá sido una donación. Sin embargo, tenemos que tener bien presente que

de los contratos onerosos. Incluso ha llegado a decir que la jurisprudencia nunca ha querido significar que una escritura de venta sirva de forma de donación; y ante la dificultad de sostener esta afirmación, dados los pronunciamientos que la contradicen, se mantiene que “cuando las sentencias han dicho que la escritura de venta simulada *sí sirve* para la donación del caso que juzgaron, han querido decir que *no sirve*, pero que, a pesar de no servir, la donación vale, porque siendo remuneratoria, vale sin necesidad de forma”. Le sigue en su criterio, DIAZ ALABART, S.: “La nulidad de las donaciones”, cit., pp. 1101 y ss.

No voy a hacer aquí un elenco de los argumentos aducidos por el autor. Evidentemente se trata de un magistral estudio que merece ser tenido en cuenta, por el análisis jurisprudencial efectuado. Pero es de advertir que este autor parte de una idea clave: la casi imposibilidad de dar validez a una donación de inmuebles simulada bajo contrato de compraventa. Y esto, a mi juicio, como luego digo, es un poco arriesgado; además de atribuir a determinados pronunciamientos del Tribunal Supremo doctrina diversa de la que en realidad ha mantenido.

163 Así, GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., pp. 14 y ss.

164 Cfr. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 128-129.

165 ID., cit., p. 129; GALGANO, F.: “Simulazione. Nullità del contratto”, cit., pp. 14 y ss.; TOMMASEO, F.: “Sul patto di simulazione del prezzo nei contratti solenni”, *Giurisprudenza Italiana*, t. I, 1989, pp. 563 y ss., que incluye también los supuestos de simulación relativa parcial referente al precio; SACCO, R.: “Il contratto”, cit., pp. 395 y ss.; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 158 y ss.; FURGUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, cit., pp. 131 y ss.

por regla general, lo más frecuente es que las partes cuando acuden al Notario declaran que han entregado y recibido el precio, lo que no significa que ello sea cierto¹⁶⁶; por lo que, en muchas ocasiones, todo dependerá de los indicios que se tengan cuando efectivamente el precio no es entregado ante el Notario¹⁶⁷.

Pero si lo que se pretende es la ocultación de una de las partes del contrato, -supongamos una donación con persona interpuesta- en el acto público ante Notario (contrato simulado), comparecerá el nombre del transmitente y del adquirente ficticio (interpuesto), pero no habrá ningún indicio del adquirente real.

Por consiguiente, en el supuesto de interposición será necesario un ulterior documento en el que aparezcan los efectivos contratantes, es decir, el tercero y el interponente, puesto que este último no se incluía en el contrato simulado. Si se trata de un contrato inmobiliario, para el cual es requerida la forma escrita, el contrato disimulado deberá tener la misma forma que el contrato simulado. En este caso, el interponente, puesto que no aparece como parte en el contrato simulado, deberá probar su adquisición mediante la existencia de un contrato disimulado con los requisitos de forma y sustancia.

5. Prueba de la interposición.

Ya se saben las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación en los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad.

Además, la falta de regulación específica de la simulación complica bastante las cosas, por lo que se hace así difícil establecer unos criterios que sean más o menos afortunados. Debo decir que en este punto tenemos que distanciarnos de aquellos Ordenamientos que regulan la simulación y, por tanto, la prueba de la misma. Es cierto que la solución italiana me parece la más acomodada a la realidad

¹⁶⁶ Si bien se refería a un supuesto de simulación absoluta, tenemos que reconocer lo que advirtió la STS 8 mayo 1957 (RAJ 1957, 1966), cuando decía que, “aunque el artículo 1º de la Ley del Notariado atribuye al Notario la función de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta facultad y el pleno crédito que a lo testificado en uso de ella se ha de conceder, sólo alcanza en materia de contratos a aserverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del federatario, pero no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque éste y aquélla escapan a la apreciación notarial”. En términos análogos se pronunciaba la STS 13 febrero 1958 (RAJ 1958, 590).

¹⁶⁷ MUÑOZ SABATÉ ha encuadrado bajo esta rúbrica tres indicios para saber si la contraprestación ha sido o no efectuada; el precio confesado, el precio compensado y el precio diferido. Los tres tienen en común la evitación de la *traditio* del precio. Si con la simulación del precio ínfimo la simulación no suele alcanzar al valor real del bien, aquí la falsedad se detiene en la entrega. El precio confesado -se dice- no es un indicio suficiente, pues es bien sabido que la confesión de un precio anticipado es un hábito general de la escritura pública; pero suele ayudar a apreciar el tipo de simulación (*vid.* STS 11 marzo 1960, RAJ 1960, 1237). El precio diferido cumple la finalidad de eludir la entrega y colabora a la ocultación de la subfortuna. Y el precio compensado supone el pago del precio por compensación de una obligación de la que, se dice, que el actual comprador era acreedor (*La prueba de la simulación. Simiótica de los negocios jurídicos simulados*, cit., pp. 308-323).

y la más justa, pero no es menos cierto que debo reconocer que ahora no es posible trasladar a nuestro derecho aquellos principios probatorios de los que se parte, por ejemplo, en el Código Civil italiano; aunque haré referencia a ellos, por la importancia que tienen en materia de prueba de la simulación, los cuales deberíamos tomar como modelo.

Se dice que quien pretenda hacer valer una simulación necesita probar los hechos en que se basa, por lo que la carga de la prueba siempre corresponde a quien la alega¹⁶⁸. Es cierto que, en principio y por norma general será así, de modo que a quien demanda la simulación de un acto jurídico corresponde aportar la prueba que convenzca de la verdad de lo que afirma; pero hay que tener en cuenta que en el caso de la simulación, el demandado podría encontrarse en una situación más óptima para proporcionar datos acerca de la veracidad del contrato que se pretende denunciar como simulado, por lo que también el demandado deberá producir la prueba de descargo pertinente. Así, aunque en materia de simulación sería aplicable la regla según la cual la carga de la prueba pesa sobre el actor¹⁶⁹, se ha planteado la posibilidad de adoptar el llamado principio de colaboración; que supondría que, si bien la iniciativa partirá del actor, si éste aporta antecedentes demostrativos del engaño, corresponderá también al demandado producir la de descargo, probando aquellos hechos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por el actor¹⁷⁰. Y debemos partir de la premisa de que, en atención al art. 217.7 LEC, el tribunal deberá tener siempre presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Evidentemente, la prueba de que un contrato es simulado no es tarea fácil, dado que dependerá de quien pretenda realizarla; los medios de prueba posiblemente no serán los mismos, ya que estos varían según la acción sea ejercitada por las partes simulantes, entre sí o frente a terceros, o por terceros ajenos a la simulación¹⁷¹. Esto es así si atendemos al hecho de que, si bien el acuerdo simulatorio debería ser redactado por escrito, a veces las partes no lo hacen así, pues normalmente

168 Cfr. LÓPEZ ETCHEVEHERE, M. A.: "La simulación en los actos jurídicos", *La Ley*, 1945, p. 1056; ACUÑA ANZORENA, A.: "La carga de la prueba en materia de simulación", *La Ley*, 1954, p. 514; CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 119 y ss.; VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., pp. 50-51.

169 Dado que, a pesar de la derogación, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, del art. 1.214 CC, que establecía la carga de la prueba a quien reclama su cumplimiento, podremos seguir deduciendo que corresponde la carga de la prueba a quien la alega, a tenor del art. 217 de la LEC.

170 Así lo explica MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, cit., pp. 168 y ss. Advierte el autor, que el principio de que la prueba incumbe al actor sufre una relativa derogación en juicios de esta índole, porque no puede exigirse a éste la producción de una prueba que para él pueda ser imposible. También puede consultarse la tercera edición de la obra del autor de 2011.

171 Una construcción completa del tema exigiría una amplia investigación que excede del cometido propuesto, por lo que me remito, en lo que sea pertinente (dada la derogación de los arts. 1.214, 1.215, y 1.231 a 1.253 CC), a la excelente monografía de MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, cit. Asimismo, vid. CARCABA FERNÁNDEZ, M^a: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 119 y ss.

nadie suele dar testimonio escrito de sus propias mentiras; si el juzgador aplicase el mismo criterio en la valoración de prueba a los terceros que pretenden invocar un engaño, esta sería prácticamente imposible en los supuestos en los que no hubo contradecларación escrita.

La jurisprudencia, que se ha percatado del problema, ha flexibilizado la prueba de los terceros, admitiendo en ocasiones las llamadas “presunciones de hecho”¹⁷², y la prueba indiciaria e indirecta de presunciones¹⁷³. Y el mismo criterio ha seguido alguna doctrina¹⁷⁴, admitiendo la demostración de la simulación infiriéndola de hechos que indirectamente la indique o impliquen, en cuanto guarden con ella un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano¹⁷⁵.

Respecto a la prueba realizada por alguna de las partes simulantes, dependerá si el acuerdo simulatorio, elemento probatorio fundamental, ha sido redactado por escrito o no. Asimismo, si ha sido redactado por escrito, dicho documento puede consistir en un documento público o en un simple documento privado. Habrá que atender, faltos de regulación especial, a los arts. 1.219 y 1.230 CC, los cuales advierten que las escrituras públicas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, y los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no tendrán efectos frente a terceros. Así, a tenor de los preceptos antedichos, a los que tendremos que aferrarnos dada la falta de regulación del acuerdo simulatorio¹⁷⁶, puede deducirse que el documento en el

172 Hasta la LEC de 2000, estas presunciones estaban basadas en el art. 1.253 CC.

173 Vid. SSTs de 16 abril 1964 (RAJ 1964, 1890); 30 junio 1966 (RAJ 1966, 3361); 5 julio 1968 (RAJ 1968, 3672); 18 noviembre 1969 (RAJ 1969, 5287); 9 abril 1970 (RAJ 1970, 1891); 12 abril 1975 (RAJ 1975, 1515); 10 abril 1978 (RAJ 1978, 1268); 13 junio 1983 (RAJ 1983, 3524); 2 diciembre 1983 (RAJ 1983, 6741); 24 abril 1984 (RAJ 1984, 1967); 13 octubre 1987 (RAJ 1987, 7079); 16 septiembre 1988 (RAJ 1988, 6689); 2 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8406); 5 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8418); 23 septiembre 1989 (RAJ 1989, 6352); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 17 junio 1991 (RAJ 1991, 4466); 1 febrero 1992 (RAJ 1992, 975); 21 enero 1993 (RAJ 1993, 481); 15 noviembre 1993 (RAJ 1993, 8911); 24 noviembre 1998 (RAJ 1998, 9230); 27 abril 2000 (RAJ 2000, 2676); 6 junio 2000 (RAJ 2000, 4004); 3 octubre 2000 (RAJ 2000, 8133); 27 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9317); 9 marzo 2001 (RAJ 2001, 3185); 1 abril 2003 (RAJ 2003, 2841); 22 julio 2003 (RAJ 2003, 6581); 3 noviembre 2004 (RAJ 2004, 6870); 11 noviembre 2004 (RAJ 2004, 6894). Sin embargo, al respecto, señala la STS 17 junio de 2000 (RAJ 2000, 4425) que “a la prueba de presunciones a la que se refiere el art. 1.253 CC, solo debe acudirse cuando falte la prueba directa”.

174 Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, cit., p. 210. Ya lo había admitido, CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 119 y ss. En el excelente estudio que hace MUÑOZ SABATÉ sobre la prueba de la simulación, realiza una exposición simiótica de los indicios de simulación, entre los que incluye: *causa simulandi, necessitas, omnia bona, affectio, notitia, habitus, character, interpositio, subfortuna, movimiento bancario, pretium vilis, pretium confessus, compensatio, precio diferido, inversión, retentio possessionis, tempus, locus, silencio, insidia, preconstitutio, provisio, disparintesis, incuria, inertia, nescientia, dominancia, subyacencia, contradocumento, transactio e indicios procesales (La prueba de la simulación. Simiótica de los negocios jurídicos simulados*, cit., pp. 217 y ss.). Asimismo, hace un estudio de las presunciones en materia de simulación, CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., pp. 132 y ss., la cual admite abiertamente esta posibilidad.

175 STS 28 mayo de 2001 (RAJ 2001, 3438). En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, las SSTs de 10 octubre 1995 (RAJ 1995, 7184); 27 de abril 2000 (RAJ 2000, 2676); 11 noviembre 2004 (RAJ 2004, 6894); 26 febrero 2007 (RAJ 2007, 1473).

176 Sin embargo, el Proyecto de 1851 sí regulaba la prueba de las contradecларaciones. Así el art. 1.214 establecía que “los documentos privados hechos por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero. Tampoco lo producen las contraescrituras públicas, cuando

que conste el acuerdo simulatorio tendrá valor entre las partes cualquiera que sea su forma, y que podrán utilizarlo para probar la simulación entre ellos; pero no podrá ser utilizado como medio de prueba frente a terceros¹⁷⁷.

No existen en nuestro Ordenamiento reglas que limiten la prueba de la simulación, por lo que, a tenor del art. 299 LEC, se podrá acudir a la prueba de testigos. Sin embargo, y en cumplimiento del art. 376 LEC, los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado. Asimismo, habrá que tener también en cuenta que las pruebas deberán ser apreciadas por el organismo jurisdiccional en adecuada coordinación con las restantes probanzas y no desligándose de ellas¹⁷⁸. Asimismo, como ya he afirmado, se admite por la jurisprudencia y la doctrina la prueba por presunciones; y, además, no parece encontrarse norma alguna que impida que mediante cualquier medio de prueba no se pueda desvirtuar un documento escrito.

Parece, por tanto, que en nuestro sistema, tanto las partes como los terceros, pueden probar la simulación acudiendo a todo tipo de pruebas. Y si tenemos en cuenta que el que la ocultación represente un elemento esencial y no accidental del acto simulatorio acrecenta la complejidad de la labor heurística, en la mayoría de los supuestos la simulación se revelará por pruebas indiciarias que llevarán al juzgador a la apreciación de su realidad¹⁷⁹.

no se ha anotado su contenido al margen de la escritura matriz reformada, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.

177 Al respecto, afirma RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Comentario al art. 1219 del Código Civil” *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 342, que el fundamento de esta oponibilidad se halla en la utilizabilidad de la escritura primordial por los terceros; no es -opina- un problema probatorio, sino de eficacia documental y, en ocasiones, no solamente quedan excluidas las contraescrituras, sino también la posibilidad de utilizar cualquier otro medio de prueba.

178 STS 21 noviembre 1980 (RAJ 1980, 4208). Vid. también las SSTs de 24 enero 1975 (RAJ 1975, 93); 4 octubre 1975 (RAJ 1975, 3051); 29 noviembre 1975 (RAJ 1975, 4242). En este sentido, la STS 21 julio 1998 (RAJ 1998, 6549) recopila la jurisprudencia anterior, diciendo que “la doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud”. Así también, las SSTs de 6 marzo 1999 (RAJ 1999, 2247); 31 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9758); 6 junio 2000 (RAJ 2000, 4004); 27 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9317); 9 marzo 2001 (RAJ 2001, 3185); 29 octubre 2004 (RAJ 2004, 7211). La STS 17 junio 2000 (RAJ 2000, 4425) advierte que la apreciación de la existencia de simulación es de exclusiva incumbencia del juzgador de instancia.

179 En este sentido vid. las SSTs de 24 abril de 1984 (RAJ 1984, 1967); 13 octubre 1987 (RAJ 1987, 7079); 6 junio 2000 (RAJ 2000, 4004); 29 octubre 2004 (RAJ 2004, 7211).

Decía la STS 10 abril 1978 (RAJ 1978, 1268) que “la principal cuestión que surge y dificultad con la que el Juzgador se encuentra, es cuando afecta a la prueba de la simulación, puesto que el negocio simulado se presenta como realmente querido, cuidando las partes de darle su máxima apariencia de certeza y suele redactarse en escritura pública, y de todo ello el que tengan los Tribunales que cuidar al máximo el resultado que les puedan ofrecer las pruebas practicadas, de las que por lo general, es la de presunciones la más esencial”.

No es así en el Ordenamiento italiano en el que la prueba de la simulación es mucho más rigurosa cuando sean las partes quienes deban probarla, y más elástica cuando son los terceros quienes la alegan. En principio rige la regla según la cual el documento escrito vence a los testigos¹⁸⁰. En la simulación, y así también de la interposición ficticia, deberá probarse el acuerdo simulatorio según los medios previstos en los arts. 2.721 y siguientes de dicho cuerpo legal, y en particular del art. 2.725, cuando para la validez del acto se exija la forma escrita. Las partes no pueden probar por medio de testigos, ni por medio de presunciones, el acuerdo simulatorio convenido entre ellos; de modo que, si dicho acuerdo no fue redactado por escrito o es imposible presentarlo (por desaparición, pérdida, etc.) solo podrá probarse la simulación por confesión o por juramento¹⁸¹; los terceros podrán probarla por todo tipo de pruebas, incluso mediante testigos. Se establece una excepción a la prueba mediante testigos realizada por las partes; el art. 1.417 del Codice, admite la prueba por testigos de las partes cuando el contrato disimulado sea ilícito o en fraude de ley¹⁸².

Aunque en nuestro derecho la simulación pueda demostrarse a través de cualquier medio de prueba y además sin trabas ni condicionamientos de ninguna especie¹⁸³, desde luego lo que no debe olvidarse es que requisito indispensable en la simulación, y sobre todo en la relativa subjetiva, es la existencia del acuerdo simulatorio, y por lo tanto, su prueba, en principio debería ser fundamental y obligatoria¹⁸⁴. Sin embargo, si bien, como ya hemos visto es así en otros sistemas, donde la exigencia de la prueba de la contradecларación es obvia -sobre todo cuando la simulación es alegada por una de las partes frente a la otra-, la jurisprudencia

180 Así es también en el Derecho francés que, si bien no posee regulación específica de la simulación, el art. 1.341 del Code prohíbe la prueba testifical cuando se trata de probar contra aquellos negocios jurídicos superen una determinada suma, aunque se establecen excepciones al principio general en los arts. 1.347 y 1.348.

181 En cuanto a la prueba de la simulación en el derecho italiano, vid. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 134 y ss.; MATTERA, L.: "L'orientamento più recente", *Diritto e Giurisprudenza*, 1991, pp. 901 y ss.; RAZZA, L.: "I legittimari e la prova della simulazione (Nota at. Napoli, 30 aprile 1990, Roffo c. Panico)", *Giurisprudenza di Merito*, t. II, 1991, pp. 504 y ss.; LATELLA, M.T.: "In tema di prova della simulazione", *Il Foro Padano*, 1992, pp. 100 y ss.; CRICENTI, G.: "In tema di prova della simulazione del prezzo", *Giurisprudenza di Merito*, t. I, 1993, pp. 684 y ss.; GRIECO, A.: "In tema di esecuzione dell'obbligo di concludere un contratto di prova della simulazione", *Giurisprudenza di Merito*, 1994, pp. 464 y ss.; COSTANZA, M.: "L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni", *Giustizia Civile*, t. II, 1995, pp. 3094 y ss.; TERRANOVA, G.: "La prova della simulazione", cit., pp. 129 y ss.

182 Establece el art. 1.417 que la prueba de testigos en la simulación es admisible sin límites, si la demanda es entablada por los acreedores o los terceros, siempre que vaya encaminada a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, aunque sea propuesta por las partes.

183 MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, cit., p. 180.

184 Según MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, cit., p. 398, el contradocumento no tiene una específica naturaleza instrumental, sino indiciaria. Entiende el autor que instrumentalmente el contradocumento no es más que un mero documento con iguales características y prerrogativas que otro cualquiera de los medios de prueba. Pero advierte que "su contenido le dota de un máximo valor probatorio, hasta el punto de decirse que la aportación del contradocumento equivaldría en realidad a la prueba de la propia simulación".

española no se vincula a tal requisito¹⁸⁵; de modo que aunque dispongamos de un acuerdo simulatorio por escrito, este podrá ser atacado por cualquier instrumento o técnica probatoria.

No obstante lo dicho, a mi juicio, la prueba por medio de presunciones, tan ampliamente admitida por la jurisprudencia, no debería ser solución pacífica; pero dada la falta de regulación específica de la prueba de la simulación, y la dificultad de probarla, creo que, solo en casos excepcionales, cuando nos encontremos totalmente faltos de pruebas, se podrá admitir la presunción. Y, evidentemente, debemos tener presente que cuando para la validez del contrato disimulado se exija forma escrita, no podrá admitirse otro medio de prueba que no sea por escrito. Es decir, la prueba de que el adquirente no es el interpuesto sino otra persona deberá hacerse por medio de documento escrito, pues como bien se ha advertido, la falta de contradocumento es la prueba más palpable de la ausencia de un acto simulatorio¹⁸⁶; de modo que, el defecto de forma escrita exigido para la validez y eficacia del acto (cuando este lo requiera), no podrá sanarse con medios probatorios supletorios, ni con testigos ni con presunciones¹⁸⁷.

IV. LA SIMULACIÓN RELATIVA SUBJETIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CRÍTICA A ALGUNOS SUPUESTOS.

Confusos son los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, que llama testafarro, como contratante simulado, al fiduciario. Y no solo eso, sino que parece ignorar la existencia de la interposición real, o por lo menos en cuanto al contrato fiduciario se refiere. Numerosas son las sentencias que califican de contrato fiduciario lo que es una simulación relativa subjetiva; pero es que además, la mayoría de las veces, aun diciendo que se trata de simulación relativa por persona interpuesta, la incluye en el ámbito del contrato fiduciario; en otras, se limita a llamar fiduciario al testafarro, calificando el supuesto de negocio simulado.

De hecho, pocas son las sentencias que se refieren a la interposición ficticia de persona sin asociarla al contrato fiduciario, y, en realidad, cuando efectivamente

185 Incluso la STS 26 octubre 1959 (RAJ 1959, 3965), afirmó que “sería excesivo conceder a tales notas (se refiere al acuerdo simulatorio presentado por el demandante) valor bastante para desprenderse de ellas, tan sólo, la inexistencia de la compraventa, la cual, de ser simulada, es lógico suponer que hubiera hecho exigir al padre que medió en su otorgamiento, un documento de garantía, que pusiera a salvo en su día, los derechos del recurrente”.

186 Vid. MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, cit., p. 398.

187 Vid. CIVININI, C.: “Prova della simulazione e giuramento suppletorio”, *Foro Italiano*, 1983, I, c. 190; LATELLA, M.T.: “In tema di prova della simulazione”, cit., p. 101. La SCSC de 2 de julio de 1990, núm., 6764 (Dir. Giur., 1991, p. 901), advierte que la interposición se debe probar por escrito, según el régimen probatorio previsto en el art. 1.417 del Codice, excluyéndose la posibilidad de prueba oral; con nota crítica MATTERA, L.: “L’orientamento più recente”, cit., p. 93, el cual, partiendo de la creencia de que el acuerdo simulatorio es una simple declaración de ciencia, dice que éste debería ser susceptible de prueba con todos los medios admitidos en el ordenamiento.

hablan de simulación relativa por persona interpuesta, ni siquiera le dan el calificativo de “ficticia”. No sé hasta qué punto nuestra jurisprudencia es consciente de la existencia de la doble categoría; interposición ficticia y real. Basta hacer un análisis de la doctrina del Tribunal Supremo para llegar a la conclusión de que la concepción de la misma es unitaria, bien por voluntad, bien por desconocimiento; aunque esta conclusión choque con algunos pronunciamientos, más o menos acertados, en los cuales se admite la simulación relativa por persona interpuesta sin reenviarla al ámbito de la fiducia.

En cuanto a la interposición ficticia, como particular especie de simulación relativa, si bien los pronunciamientos no han sido numerosos, importante es destacar algunas sentencias cuya preciada doctrina aclara lo esencial de esta figura, así como su indudable admisión en nuestro Ordenamiento Jurídico. Ejemplo de ello, y dada su importancia, son el heterogéneo grupo de sentencias que ahora expongo, con los supuestos que le sirvieron de base, en las que se aprecia cómo la simulación relativa que afecta a una de las partes contratantes es, sin duda, una interposición ficticia de persona, que nada tiene que ver con el contrato fiduciario¹⁸⁸. Pero aun así, veremos cómo también en estos supuestos se deja entrever el infortunio jurisprudencial que merma la figura, confundiendo la interposición estática con la dinámica e incluso viendo interposiciones de persona donde no las hay.

La Sentencia de 21 de noviembre de 1980¹⁸⁹, admitiendo plenamente el fallo de 1ª Instancia y de la Audiencia (que confirma aquélla) señala la existencia de una simulación relativa por ficticia aparición de un no contratante. Don Aníbal, casado con doña Adela con régimen económico de sociedad de gananciales, compra, con dinero de esta, una vivienda, pero utilizando a doña Socorro (madre de aquél) como persona interpuesta y, por tanto, figurando esta como adquirente. El Tribunal Supremo señala: “se está en presencia de un supuesto de simulación relativa por la ficticia aparición de un no contratante, a cuyo nombre se hace figurar la adquisición onerosa, consistiendo la combinación simulatoria en documentar como compradora (nomem commodat) a doña Socorro, ya fallecida, de quien

¹⁸⁸ Importante es la STS 28 octubre 1988 (RAJ 1988, 7746), la cual establece claras diferencias entre contrato simulado y contrato fiduciario. *Vid.* también la STS 30 enero 1991 (RAJ 1991, 349). Por tratarse de un supuesto de interposición ficticia, creo interesante la breve exposición de la SAP de Cantabria 4 octubre 1994 (AC 1994, 1738), que, fallando a favor de una simulación relativa subjetiva, niega el paralelismo entre la interposición ficticia y el contrato fiduciario. Ante un supuesto de compraventa simulada por persona interpuesta, afirma que “la acción principal que se ejercita, de nulidad del contrato de compraventa en virtud del cual Amancio y María Elena vendieron en fecha 10 de junio de 1974 a Mercedes el piso que se describe en la demanda, se sustenta en la simulación perseguida con dicho contrato al no ser la última mencionada verdadera compradora, por ser persona interpuesta que compraba para doña Froliana, unida a ella por estrechas relaciones de confianza, y que a ello se prestó con el fin de evitar que la última mencionada apareciera como titular de bien alguno, con el fin de ocultarlo a su esposo, del que estaba separada de hecho en aquellos momentos, siendo por ello por lo que tal compraventa, en modo alguno puede entenderse como negocio fiduciario, y sí como un contrato simulado”.

¹⁸⁹ STS 21 noviembre 1980 (RAJ 1980, 4208).

es único hijo y heredero el recurrente don Aníbal, cuando la realidad fue que el pago del precio del piso de que se trata, se realizó con dinero perteneciente a los bienes gananciales de la sociedad formada por dicho demandado con su esposa, la actora y recurrida doña Adela, maniobra cuya causa simulandi la halla la Sala de instancia en la grave crisis matrimonial que desembocó poco más tarde en la sentencia de separación. Obviamente no puede obtenerse otra conclusión que la establecida por los Juzgadores de ambas instancias, esto es, que el piso en cuestión ha sido pagado con numerario perteneciente a la sociedad conyugal formada por los esposos contendientes y que la figuración como fingida compradora de la madre del marido obedeció a un designio simulatorio por parte de este, fácilmente desvelable atendida la profunda desarmonía ya surgida entre los cónyuges".

Nada que reprochar a esta sentencia, en cuanto a lo que aquí interesa; la admisión de la interposición ficticia. De todas formas, la sentencia no entra en el fondo del asunto, ya que admite los pronunciamientos anteriores de 1ª Instancia. Tan solo decir, que la sentencia de 1ª Instancia declara inexistente el contrato simulado (contrato de compraventa estipulado por doña Socorro, adquirente, y el tercero, enajenante) que, como ya he expuesto, es, a mi juicio, incorrecto; el contrato existe, lo que sucede es que es ineficaz, lo que conlleva la eficacia del disimulado (compraventa entre don Aníbal y el tercero).

No menos importante es la Sentencia de 22 de diciembre de 1987¹⁹⁰ en la que nos encontramos con un supuesto bastante complicado, pero muy usual en la práctica. El supuesto es bastante paradójico, puesto que dos podrían haber sido las soluciones; una doble simulación relativa (una objetiva y otra subjetiva), que parece ser por la que se decanta la sentencia, aunque no utilice estos términos; o bien, una figura jurídica mucho más compleja, compuesta por una simulación relativa subjetiva y una simulación absoluta. Lo cierto es que es difícil afirmar si estamos ante uno u otro supuesto, aunque yo me incline por el primero, y, a pesar de la falta de tecnicismo jurídico, esté plenamente de acuerdo con el fallo del Tribunal. La exposición del supuesto mostrará mejor que nada lo justificado de esta afirmación.

Los hechos y fundamentos de Derecho son, brevemente, los siguientes: don Fidel arrendó a su mandante don Rafael un piso de su propiedad por 60.000 pts. anuales, si bien para burlar la legislación en aquel entonces interpuso a don Ramón (cuñado suyo), redactándose un contrato de subarriendo en el que figuraba este último como subarrendador y como subarrendatario don Rafael, pactándose en el contrato el subarriendo por el plazo de un año y un precio de 18.000 pts. anuales. Aunque don Fidel cobrara bajo recibo solamente la renta que figuraba en el contrato de subarriendo, percibía el resto en metálico o en talón nominativo,

¹⁹⁰ STS 22 diciembre 1987 (RAJ 1987, 9648).

a fin de que no existiera ninguna prueba ni del precio pagado ni de la realidad del contrato que ligaba a las partes. Pero en varias ocasiones don Rafael abonó a don Fidel el importe de los alquileres mediante talón cruzado y con carta dirigida mediante notario. Don Rafael interpone recurso de casación en solicitud de que se declare que el contrato de subarriendo que, en relación con una vivienda propiedad de don Fidel, tenía concertado con don Ramón, es en realidad, un contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo afirma que “el contrato de subarriendo constituido sobre un piso propiedad de uno de los demandados no es, en realidad, un contrato de subarriendo, sino de arrendamiento, dado que, quien aparece como subarrendador; también demandado, es cuñado del dueño y persona interpuesta por él, que nunca tuvo el carácter de arrendatario, con la finalidad de facilitar la resolución del contrato”. Niega la simulación absoluta y admite la existencia de simulación relativa, declarando que “todos los elementos de prueba permiten afirmar que el actor es, no un subarrendatario de un supuesto arrendatario anterior, sino un primer arrendatario de la vivienda de la que se trata”. Así que aplica el art. 1.276 CC, anulando el contrato de subarriendo, y dando validez al de arrendamiento.

La sentencia no entra en el fondo del asunto, ya que se centra en la discusión de la imprescriptibilidad de la acción de simulación cuando de simulación relativa se trata. Pero es importante tener en cuenta que si bien la Sala solo hace referencia a la simulación relativa, sin embargo, del fallo se deduce que la solución adoptada ha sido la de la doble simulación relativa (la que afecta a la causa del contrato y la que afecta a las partes, objetiva y subjetiva), en cuanto ha sido anulado el contrato de subarriendo entre don Rafael y don Ramón, y se ha dado validez al de arrendamiento entre don Rafael y don Fidel. Es decir, en este caso la hipótesis sería la siguiente; se finge subarrendar al interpuesto, cuando en realidad se está arrendando al tercero: se estipula un contrato de subarriendo ficticio (contrato simulado) entre don Rafael y don Ramón, bajo cuya cobertura se encuentra el contrato disimulado de arrendamiento entre don Rafael y don Fidel.

Otra podía haber sido la solución; que estuviésemos ante un contrato de subarriendo simulado, al que se le suma uno de arrendamiento por persona interpuesta. Veamos la hipótesis, que sería la siguiente; Fidel, propietario de una vivienda, estipula un contrato de arrendamiento con Rafael, pero utilizando a Ramón (su cuñado) como intermediario ficticio, de forma que aparentemente el arrendatario (sólo nominal) sería Ramón, cuando en realidad el derecho lo adquiere directamente Rafael. Este, a su vez, estipula un contrato simulado de subarriendo con Ramón, en relación a la misma vivienda, resultando este último subarrendador aparente del aparente subarrendatario (Rafael). Las consecuencias en este supuesto serían: por una parte, y en cuanto el contrato de subarriendo es absolutamente simulado, se producirá la ineficacia de dicho contrato; y, por

otra parte, en la simulación relativa subjetiva, el contrato simulado (arrendamiento entre Fidel y Ramón) será ineficaz, mientras que el disimulado (arrendamiento entre Fidel y Rafael) será eficaz, si cumple los requisitos exigidos para su eficacia.

Ciertamente los efectos serían los mismos en uno y otro caso, pero es más acertado optar por la figura de la doble simulación relativa, en cuanto se adapta mejor al caso propuesto. Para ello, es muy importante que se haya llevado a cabo un acuerdo simulatorio trilateral (interponente, interpuesto y tercero) para crear la apariencia. Y parece claro que dicho acuerdo existió, dado que si bien don Rafael había firmado un contrato de subarriendo con el interpuesto, el precio era pagado en parte al aparente subarrendador y en parte al real arrendador; a parte de las susodichas veces que se pagó el precio íntegro del arrendamiento a don Fidel.

Evidentemente, lo que está claro, es que no se trata de una simple simulación objetiva dado que fundamental es la figura del interpuesto, aparente contratante. Y tampoco de una simple simulación relativa subjetiva, que significaría que no hubo contrato de arrendamiento, sino solo de subarriendo en el que se simuló una de las partes contratantes, pues, como bien advierte la misma sentencia, no se puede centrar la cuestión exclusivamente en el subarriendo, desconectando este del que le sirve de sustento, y sin el cual no puede tener existencia como subarriendo.

De todas formas, de las dos soluciones propuestas como posiblemente válidas (aunque lo sea más una que otra) y se escoja la que se escoja, lo cierto es que estos supuestos se dan en la práctica con el fin de poder pedir la resolución del contrato por incumplimiento del mismo. Se trata de un artificio dirigido la mayoría de las veces a burlar el derecho de prórroga forzosa del inquilino a través de la celebración de arrendamientos simulados mediante la interposición de testaferros que actúan como supuestos subarrendadores¹⁹¹. Así es, como establece la LAU.¹⁹², la vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador (art. 8.2), y es causa de resolución del contrato de arrendamiento el subarriendo o la cesión incontinentes (art. 27. 2 c). Es decir, se estipula un contrato de arrendamiento con un aparente arrendatario, bien con la prohibición de subarrendar, bien sin dar el consentimiento posterior del subarriendo. Si, en un momento determinado, el arrendador quiere resolver el contrato lo que hace es alegar el aparente subarriendo, puesto que quien ejerce de inquilino es otra persona, por lo que se habría incumplido el contrato, teniendo aquélla la condición de subarrendataria, cuando en realidad el pretendido

¹⁹¹ Vid. MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, cit., pp. 168-169.

¹⁹² Aunque el supuesto expuesto no se rija por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (L.A.U.), siguen siendo práctica generalizada los supuestos de simulación para evitar la aplicación de las normas vigentes en materia arrendaticia.

subarrendatario es el verdadero arrendatario. Pero esto será así siempre que todas las partes estén de acuerdo en el acto simulatorio, pues en caso contrario -dado que puede suceder que el subarrendatario ignore que el arrendador es un testaferro del arrendador real- estaríamos ante una figura mucho más compleja.

Otro ejemplo bastante peculiar y complejo es el de la Sentencia de 12 de marzo de 1993¹⁹³, que resuelve a favor de la simulación absoluta con persona interpuesta. Como siempre, el problema fundamental es, no solo la falta de pruebas practicadas, sino las presunciones del Tribunal y la falta de información ofrecida, así como la excesiva simplificación de los términos utilizados, hasta tal punto que pueden inducir a confusión. En este supuesto, sin embargo, caben distintas interpretaciones y soluciones; podría tratarse de una simulación relativa con interposición de persona con varios interpuestos -correctamente llamada simulación relativa subjetiva por doble interposición ficticia dinámica-; pero también podríamos encontrarnos ante un supuesto de simulación absoluta con interposición ficticia estática; o ante una doble simulación absoluta sin interposición alguna; o ante la disimulación de un contrato simulado que, desde luego, queda fuera del fenómeno simulatorio. La solución por la que me decanto la analizaremos ahora. La que admite la Sala es ambigua, al señalar una simulación absoluta con interposición, sin decir nada más, y es importante advertir que esto podría suponer una doble simulación con interposición o una simple con interposición estática; ninguno de estos términos es utilizado.

Para una mejor comprensión y a fin de poder solucionar algo dentro de esta maraña de términos e hipótesis, expliquemos, resumidamente, el supuesto de hecho y la conclusión jurisprudencial: La Sindicatura de la quiebra de don Jerónimo formuló demanda de menor cuantía sobre nulidad de contratos de compraventa de inmuebles, contra doña M.^a Jesús, don Miguel, don Jerónimo y su esposa doña Amparo. La base fáctica es la siguiente; don Jerónimo, fue declarado en estado de quiebra voluntaria en fecha 18 de noviembre de 1984. Este, en vistas a la posterior declaración de quiebra voluntaria con efectos retroactivos, vende a don Ángel por escritura pública un apartamento (3 de abril), el cual a su vez, 22 días después, enajena la vivienda por medio de escritura notarial a don Rufino (entonces futuro yerno de dicho don Jerónimo), revendiéndola posteriormente (el 22 de mayo de 1985) por instrumento público a la recurrente, doña M.^a Jesús.

La Sala, a lo que aquí interesa¹⁹⁴, advierte que: “ante las evidencias probatorias, las ventas de don Jerónimo a don Angel como persona interpuesta, y la de este al que posteriormente se convirtió en su yerno, don Rufino, están afectadas de nulidad, volviendo así la cosa al patrimonio familiar en forma indirecta, ya que

193 STS 12 de marzo 1993 (RAJ 1993, 1793).

194 Pues no creo que se haya probado la mala fe del tercero.

fueron simuladas, al realizarse en fraude y perjuicio de la masa de acreedores... En el caso de autos no se trata de primera venta de la vivienda controvertida, sino de la tercera, de tal manera que la cadena transmisora desde don Jerónimo a la recurrente parece que se quiebra; pero esto no ocurre así...".

En el actual supuesto, conforme a lo analizado, la conclusión que se obtiene, averada probatoriamente, es que el verdadero inspirador y autor intencional de la venta a la recurrente fue don Jerónimo, aunque valiéndose de personas intermedias, para pretender así dar cobertura legal a un acto dispositivo totalmente ineficaz. Vendió efectivamente quien figuraba como titular registral, pero solo aparentemente, pues detrás e incluso interviniendo por sí o por medio de su esposa en los actos prenegociales, estaba el referido quebrado y la recurrente no permaneció totalmente extraña a todas estas actividades, que, por ello, han de afectarle en sus consecuencias negativas, ya que, al tratarse de una simulación absoluta no permite el saneamiento de la confirmación, toda vez que la nulidad actúa con efectos definitivos y con proyección a los actos posteriores a los que no cabe aplicar la protección registral.

Caso muy complejo. Veamos una primera hipótesis; supongamos que doña M.^a Jesús es simplemente un tercero de mala fe al conocer la situación de quebrado del verdadero adquirente¹⁹⁵, pero que para nada formó parte de un acuerdo simulatorio plurilateral para enmascarar una simulación absoluta, sino que quiso adquirir verdaderamente. En este caso, el supuesto habría sido el siguiente; don Jerónimo vende simuladamente la vivienda a don Rufino (su yerno), pero utilizando a don Ángel como interpuesto, con el fin de ocultar a los acreedores la pertenencia del bien ficticiamente enajenado. Sería este un supuesto de interposición ficticia estática, de modo que se trataría de una simulación absoluta, en la cual se crea la apariencia de que el bien ha salido del patrimonio del verdadero titular, cuando en realidad -a pesar de la apariencia creada por la inscripción registral a nombre de Rufino para frustrar la garantía de los acreedores- lo que se pretende es crear las bases ficticias para poder vender efectivamente el bien a un tercero.

Sin embargo, si consideramos que doña M.^a Jesús no es un tercero de mala fe, sino la verdadera última adquirente del bien, en cuanto don Jerónimo efectivamente quería vender a aquélla, el supuesto sería el de una simulación relativa subjetiva con doble interposición. En otras palabras, don Jerónimo quiere efectivamente vender el bien, pero en su afán de ocultar la titularidad del mismo, utiliza dos interpuestos (don Ángel y don Rufino). No sería este un caso de simulación absoluta, sino uno de simulación relativa, en cuanto la causa del contrato es verdadera, no se simula el contrato, sino que lo que se oculta y simula son los sujetos del mismo. Esto, desde

195 Puesto que, como ya he advertido, la buena fe quedaría truncada y sustituida por la mala fe en el supuesto de que el tercero supiese que lesiona los derechos de otro.

luego, sobre la base de que existiese una contradecларación en la que se acordase la apariencia creada por todos los sujetos (interponente, interpuestos y tercero). Dada la escasa información que nos brinda la sentencia, sería precipitado afirmar rotundamente que tal acuerdo existió, y, además, hay que decir que el Tribunal utiliza términos confusos, porque si bien señala la apariencia de la venta, en otras ocasiones habla de venta efectivamente realizada. Si admitimos que la venta fue efectivamente realizada entre don Jerónimo y doña M.^a Jesús y tenemos en cuenta el sentido literal de los pronunciamientos de la sentencia cuando advierte que el comprador efectivo llevó a cabo los tratos y acuerdos prenegociales con el quebrado, y que “la que recurre no permaneció totalmente extraña a todas estas actividades”, podemos concluir que pudo existir dicho acuerdo. Y si tenemos en cuenta que la Sala, a pesar de declarar la simulación absoluta, para nada nombra la falsedad de la causa del contrato de compraventa entre el verdadero titular y el tercer adquirente, que darían lugar, a tenor del art. 1.276 CC, a la ineficacia del contrato por falta de causa, es difícil aceptar la teoría de la simulación absoluta. En todo caso, la compraventa no sería eficaz por ser realizada en fraude de acreedores pero no por ser simulada, pues los simulados fueron los sujetos del contrato.

Lo cierto es que el caos terminológico de la Sentencia ayuda poco a calificar el supuesto y adoptar conclusiones seguras. Porque también se podría haber hablado de un contrato que enmascarase la ficción de otro contrato; en el caso de que don Jerónimo no hubiese realizado ninguna venta real, sino que todas, incluida la adquisición de doña M.^a Jesús, hubiesen sido simuladas, de modo que él hubiese seguido siendo, incluso después de la última venta, verdadero propietario, independientemente de que la mala o buena fe de la recurrente. No sería este caso un supuesto de doble simulación por persona interpuesta, sino que se trataría de una serie de contratos que escaparían del fenómeno simulatorio¹⁹⁶.

Para finalizar, llama la atención una STS de 15 de noviembre de 2012¹⁹⁷, dado que, aunque termina afirmando que no ha sido probada la simulación, viene a dejar clara la existencia de la llamada simulación relativa subjetiva o interposición ficticia de persona, pero, aunque viene a decir que hay que diferenciarla de la simulación, termina confundiéndola también con la fiducia cum amico. Primero advierte que: “Se ha ejercitado en el presente proceso, partiendo de la demanda formulada por el actual recurrente D. Serafin, acción reivindicatoria, con otros pronunciamientos, basada en la petición de declaración de simulación (que a veces confunde con la *fiducia*), en favor de la comunidad postganancial de sus padres, uno de ellos fallecido. Son tres, pues, los conceptos jurídicos: acción reivindicatoria (como en todas, la prueba es esencial), simulación relativa de carácter subjetivo (no hubo, según se afirma en la demanda, precio pagado por el comprador sino

¹⁹⁶ Sin intención redundante, al respecto, véase el comentario que hago en el apartado siguiente.

¹⁹⁷ STS 15 noviembre 2012 (TOL2.693.705).

por sus padres) y comunidad postganancial (entre la madre y los herederos del padre fallecido, sin haberse practicado la liquidación de gananciales)". Con lo que parece que tiene claro que la simulación no es una fiducia cum amico, puesto que luego refiriéndose a la sentencia de instancia sigue diciendo que: "Y en este caso, la sentencia lo ha negado; ha hecho referencia a la *fiducia* que en la propia demanda mezcla con el concepto de simulación, pero en el caso de autos lo que se planteó no es *fiducia*, sino simulación". Pero, inmediatamente después afirma que: "esta Sala ha tenido ocasión de afirmar, en reiterados casos, que la aparente *fiducia* es realmente una simulación relativa, con validez del negocio jurídico disimulado". En el caso de autos, si bien es cierto que no queda probada la interposición de persona, si se hubiese probado, sí hubiésemos estado ante a una simulación relativa subjetiva, que para nada debe confundirse con una fiducia cum amico, como ya he indicado.

V. SUPUESTOS MAL LLAMADOS DE INTERPOSICIÓN FICTICIA.

Hemos visto los pocos pronunciamientos jurisprudenciales que advierten la existencia de interposición ficticia sin reconducirla al ámbito de la fiducia. Pero también he puesto de manifiesto la falta de exactitud en la calificación de alguno de los supuestos.

No terminan aquí las dificultades cuando se trata de averiguar, ante un supuesto determinado, si estamos ante un caso de interposición ficticia. De hecho, es frecuente confundir esta figura con los contratos en los cuales el numero de personas que aparecen como contratantes es superior o inferior al real. Ya he tenido ocasión de advertir que es práctica habitual, con el fin de burlar las normas arrendaticias, estipular un contrato de arrendamiento por medio de persona interpuesta. Asimismo, es también usual, concertar estos contratos con una persona con la prohibición de subarrendar, sabiendo, sin embargo, que en realidad ocuparán la vivienda más personas. Pero, no debe confundirse la interposición ficticia con los supuestos en los cuales el número de las partes que aparecen como destinatarias del contrato es inferior o superior al real. Como ya he advertido, la interposición supone la sustitución del interpuesto, aparente, en el lugar del contratante real; mientras que las personas que participan ficticiamente en un acuerdo del tipo lo hacen para agregarse o separarse de aquélla o aquéllas que participan efectivamente en el contrato. Ello descarta que los antedichos supuestos supongan casos de interposición ficticia, aunque podamos estar en presencia de un acuerdo simulatorio, dado que el acto de disposición a favor de un cierto número de personas es la circunstancia idónea para ocultar el cumplimiento del mismo acto a favor de un número diverso¹⁹⁸.

¹⁹⁸ NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 119-120.

Particularmente difícil es diferenciar el contrato relativamente simulado por interposición ficticia de aquellos contratos que lo que pretenden es ocultar una apariencia ya creada. La hipótesis a contrastar sería la siguiente; a) Ticio adquiere simuladamente un bien de Cayo, sabiendo que no puede disponer de él porque el verdadero adquirente es Sempronio; b) Ticio adquiere simuladamente un bien de Cayo, sabiendo que no puede disponer de él porque Cayo lo ha adquirido previamente mediante un contrato simulado, de modo que lo que se pretende es esconder la naturaleza simulatoria de la precedente adquisición para reforzar la apariencia creada.

En ambas hipótesis no encontramos con la presencia de una adquisición simulada con la intervención de un tercero que concluye el contrato; en el primer caso, con el fin de enmascarar la realidad de otra adquisición, y en el segundo para enmascarar la ficción de otra adquisición¹⁹⁹. No obstante, solo el primer supuesto es susceptible de configurar una interposición ficticia de persona, en cuanto el acuerdo simulatorio ha sido concluido con el fin de enmascarar al verdadero adquirente; mientras que en el segundo supuesto, el fin del acuerdo es enmascarar el contrato simulado precedente, es decir, reforzar la apariencia de otro contrato; se trataría de una simple disimulación, la cual no se puede equiparar a una simulación²⁰⁰.

Así es, cuando se habla de interposición ficticia de persona, una premisa clave a tener en cuenta es la necesidad de un acuerdo simulatorio cuyo fin fundamental sea la ocultación del verdadero destinatario²⁰¹. Lo que en la práctica se suele llamar inscripción ficticia de un bien, aludiendo al hecho de que el bien adquirido aparece, seguido de la inscripción del contrato simulado en los registros inmobiliarios, como perteneciente a un ficticio propietario²⁰².

VI. TEORÍAS QUE NIEGAN LA INTERPOSICIÓN FICTICIA COMO FORMA DE SIMULACIÓN.

No obstante todo lo dicho, no han faltado intentos para negar que la interposición de persona sea un supuesto de simulación²⁰³, reconduciendo a la figura de la representación indirecta, la llamada simulación subjetiva. Incluso se ha

199 ID., cit., pp. 115 y ss.

200 Vid. SACCO, R.: *Voz "Simulazione (diritto civile)"*, cit., p. 5

201 NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 116. Así, afirma el autor, ha resultado vano el tentativo de configurar una forma de interposición ficticia diversa de aquella (la sola realizable), que se concreta en un acto referido ficticiamente a un sujeto y destinado en realidad a otro.

202 Vid. GALGANO, F.: *"Simulazione. Nullità del contratto"*, cit., p. 9.

203 Cfr. VERDERA Y TUELLS, E.: *"Algunos aspectos de la simulación"*, cit., p. 26; PUGLIATTI, S.: *"La simulazione dei negozi unilaterali"*, ob., cit., p. 421 y en *Diritto Civile*, Milano 1951, p. 560 y ss.; ROMANO, S.: *"Contributo esegetico allo studio"*, cit., pp. 29 y ss.; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 150 y ss.; AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 167 y ss.

llegado a decir que la hipótesis de la interposición ficticia de persona encontraría explicación sobre la base de los principios que regulan la gestión de negocios ajenos, extraña por completo al fenómeno de la simulación²⁰⁴.

La concepción que configura la interposición ficticia como un particular caso de simulación subjetiva, ha sido puesta en discusión desde el momento en que el fenómeno simulatorio ha sido reconducido al concepto de causa del contrato. De hecho, el primer intento de negación parte de una premisa clave: la imposibilidad de incluir a los sujetos que forman parte de la simulación en la teoría de la causa del contrato. Se dice que si se interpreta el fenómeno simulatorio como un vicio de la causa del negocio jurídico, quedan fuera de cualquier posible esquema teórico, tanto la interposición ficticia como las llamadas formas de simulación parcial; y ello, porque los sujetos y el objeto del negocio jurídico no son elementos de la causa²⁰⁵, porque ni tan siquiera son elementos del negocio, constituyendo meros términos de referencia²⁰⁶. Y sobre esta base, negando la teoría que distinguía entre la simulación que recae sobre la causa en sí, y aquella que recae sobre los elementos de esta, como los sujetos o el objeto del negocio²⁰⁷, se propuso la posibilidad de llevar a cabo una hipótesis de trabajo orientada a una separación entre la simulación que se refiere al negocio propiamente dicho, y los supuestos que se refieren a los particulares elementos negociales, objeto y sujetos; y así elaborar una teoría de la interposición de persona que pudiera abarcar tanto la interposición ficticia como la real²⁰⁸.

A propósito de la interposición ficticia de persona en la cual se simulan los sujetos del contrato se observaba, como problema a resolver, la estrecha relación existente entre la causa y la actuación del contrato, y esta y la simulación. La simulación, se dice, es, ante todo, un procedimiento negocial; este último implica un ciclo que se inicia con la creación del negocio y se concluye con la actuación del mismo. Una vez hecho el negocio, no existe ya en el poder de las partes el disponer, normativamente, de los efectos del mismo; como si fuese una ley por la cual no es posible parar el ulterior desarrollo de la ejecución. En este momento, las partes crean, quieren crear, una norma; no quieren la ejecución del negocio (simulación absoluta), o bien quieren la ejecución de un contrato distinto (simulación relativa),

204 Vid. CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 180.

205 Cfr. PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", cit., p. 560; AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., p. 168; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 151-153.

206 SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., p. 112 y ss.

207 BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 405-406.

Le responde CAMPAGNA, señalando que, aunque admitiésemos que el sujeto fuese elemento de la causa, no sería esta precisión suficiente para resolver el problema. Y no se puede, aun así, sostener que un cierto negocio, sólo por el hecho de haber sido cumplido en el interés de un sujeto diverso del agente, presente una alteración en la causa, y por ello sea simulado. Adoptando una perspectiva del género - añade - se terminaría por reconducir a un amplio concepto de simulación cualquier figura de interposición (*Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 152).

208 Vid. PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", cit., p. 560.

o bien no quieren la actuación del contrato simulado en orden a cualquier elemento (simulación relativa parcial). Nos encontramos ante una incompatibilidad entre la causa del negocio y el intento práctico de las partes²⁰⁹. En el supuesto de la interposición ficticia, se decía, el verdadero sujeto no ha sido indicado en el acto aparente, y ni la ley ni los interesados en la acción de simulación requieren una determinación accesoria con la cual se modifique una precedente relación en orden a los sujetos²¹⁰. Se asiste a un fenómeno verdaderamente excepcional: en presencia de un contrato y de un intento diforme, la ley hace atención a los hechos ejecutivos, no a los sujetos. No se preocupa de la falta de ciertos pasajes lógicos que no pueden ser otra cosa que negocios complementarios y modificativos; no se preocupa ni siquiera de considerarlos tácitamente concluidos. Le interesa la combinación de las declaraciones, de los intentos y de los hechos ejecutivos para reconstruir todo un comportamiento negocial²¹¹.

Partiendo de esta base inicial (imposibilidad de configurar al sujeto como elemento de la causa) se advierte otro obstáculo, según algunos fundamental, para negar que la interposición de persona sea un caso de simulación relativa; es el referido a la obligación que recae sobre el interpuesto de transferir al interesado los bienes adquiridos en nombre propio²¹²; es decir, a través de qué particular mecanismo se realiza la eficacia directa entre el contratante y el sujeto realmente interesado, puesto que este sujeto no figura en el acto, estipulado por el interpuesto en su lugar²¹³. De hecho, se ha señalado, que es la misma jurisprudencia la que se ha planteado el problema, al identificar algunos casos de interposición en los cuales el titular aparente no tiene ninguna obligación de transmitir a otros el derecho, y, sin embargo, tiene la función de hacer las veces de testafierro (prestanome), en la idéntica posición en la que se encuentra el avente causa con base en el contrato viciado por simulación absoluta; preguntándose si se puede realmente negar al testafierro la misma situación atribuida, por la ley, al adquirente simulado²¹⁴.

Se reafirma que el problema de la interposición ha sido que la doctrina²¹⁵, por haber sido tendencialmente llevada a reducir lo más posible la posición del

209 ROMANO, S.: "Contributo esegetico allo studio", cit., pp. 37-39.

210 ID., cit., p. 57.

211 ID., cit., p. 57 y ss.

212 Vid. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 167 y ss.

213 Vid. CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 154.

214 Cfr. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., p. 168. Asimismo, pero sin citar al anterior autor, CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 149.

215 CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 12 y ss. Según este autor, la base de la convicción de que la interposición ficticia sea una simulación relativa, está en un error de perspectiva, que consiste en haber considerado durante largo tiempo la actividad del interpuesto en sí y para sí, aislada y abstracta, de aquélla más compleja categoría en la cual se encuentra incardinada, y de la cual no representa más que una de las fases de su desarrollo. Es necesario estudiar la figura partiendo de la actividad del interpuesto en sus relaciones externas y ver cuál sea la posición del titular del derecho, y del interpuesto.

interpuesto, no ha sabido circunscribir tal posición a aquello que efectivamente es una mera posición formal, que lleva al interpuesto a actuar en nombre propio, pero que está privada de cualquier contenido; lo que no implica para el interpuesto la atribución de algún particular derecho o poder en orden al bien adquirido, en nombre propio pero por cuenta del interesado. Sin embargo, está demostrado que la simple posibilidad de disponer que tiene el interpuesto, aunque sea por una simple situación de carácter formal, no es por sí misma necesariamente índice de titularidad, y mucho menos de legitimidad. Puede, de hecho, suceder que un sujeto resulte formalmente investido de la titularidad de un derecho, sin que tal derecho le haga efectivamente titular; que tal sujeto, encontrándose en una situación del género - que se distingue netamente de la situación de apariencia, aunque presenten una cierta analogía -, formalmente investido, pero sustancialmente no titular, tenga la posibilidad (de hecho) de disponer de un bien que en realidad no le pertenece; y que así se aproveche de una tutela que la ley prevé, no ya en razón de una pretendida legitimación del titular, sino únicamente en consideración de la particular posición de los terceros y de los intereses de esos, los cuales no pueden saber, y que dentro de ciertos límites no están ni siquiera obligados a saber, si el sujeto con el que tratan, aparte de ser investido de un título formalmente válido, sea o no sea también efectivamente titular del bien del cual dispone²¹⁶.

La conclusión a la que se llega, además de advertir que el problema parte de la dificultad de concebir a los sujetos como elementos de la causa del contrato²¹⁷, es que el sujeto interpuesto asume una posición de carácter meramente formal o nominal del titular del derecho, sin serlo realmente, por lo que la simple posibilidad de disponer que tiene no le atribuye, por sí misma, ningún índice de titularidad, para disponer de un bien que en realidad no le pertenece²¹⁸.

Sobre estas bases y para demostrarlo, se compara un supuesto de donación disimulada bajo un contrato de compraventa, y el mismo negocio (la donación) oculto mediante una interposición ficticia de persona. En el primer caso -se afirma- el negocio aparente determina ya la atribución formal a favor del otro contratante, el cual recibe la plena tutela del ordenamiento jurídico en cuanto al contrato realmente querido; el segundo caso, en cambio, no determina ninguna atribución formal, de modo que, descubierta la simulación, falta el título a favor del destinatario que justifique la atribución del bien²¹⁹. Por ello, el negocio aparente concluido entre el contratante y el interpuesto no es idóneo para atribuir al sujeto

216 ID., cit., pp. 46-50. Así, además, se intenta construir, entiendo erróneamente, una teoría unitaria de la interposición, advirtiendo que la única diferencia entre interposición ficticia y real está en el modo de transferir el bien al verdadero interesado.

217 Cfr. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 168-169, el cual afirma que, al igual que no se puede sostener que una compraventa pueda incluir la causa de un contrato de arrendamiento, tampoco se puede admitir que la relación entre A y B sea considerada como una parte de la relación entre A y C.

218 CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 157-158.

219 ID., cit., p. 158.

realmente interesado la posición jurídica que se le debería asignar en razón del contrato disimulado²²⁰.

A pesar de todo, está claro que los supuestos son bien distintos. En el primero, lo que se simula es el contrato en sí; un contrato de compraventa con causa falsa, el simulado, que oculta una donación, el disimulado. No estamos ante un supuesto de simulación de alguna de las partes contratantes, donde un tercero actúa para enmascarar la realidad de una adquisición, sino de simulación de un contrato para enmascarar un contrato distinto.

El verdadero problema de aquella concepción es la construcción del fenómeno interpositorio partiendo de la diferencia entre forma y contenido, distinguiendo la interposición ficticia de la real por el mecanismo directo o indirecto de transferir el bien; con la necesidad de distinguir entre relaciones internas y externas, y unificando la distinción bajo la creencia de que a los terceros les es indiferente el mecanismo utilizado para realizar la adquisición. Desde esta perspectiva, paradójicamente, el mandato en nombre propio terminaría cayendo en la categoría de la interposición ficticia, lo que supone un alejamiento de esta del fenómeno simulatorio. La posición del interpuesto no puede ser unificada, aduciendo que, de todos modos, este, incluido el ficticio, obra en el interés del interponente.

Los ejemplos aducidos para negar la interposición ficticia son también expuestos desde una distinta perspectiva. Así, surge la duda de si puede encontrarse una diferencia apreciable entre el caso de la simulación en la adquisición entre dos partes, y la interposición (ficticia) de persona. Al respecto, se responde que, tanto en la primera como en la segunda hipótesis, el adquirente es de todos modos simulado; si hay una diferencia es solo en la forma escogida por las partes para llevar a cabo la simulación; el llamado interponente (adquirente disimulado) en lugar de adquirir directamente del enajenante (real) para después transferirlo por vía de simulación al interpuesto (adquirente simulado) utiliza el procedimiento más complejo que indirectamente mira al mismo resultado²²¹.

Sinceramente, el ejemplo expuesto, a primera vista, parece carente de dificultad en cuanto compararía una simulación absoluta a la que se le suma una simulación relativa por persona interpuesta; sin embargo, después, el autor, con el intento de analizar la situación, explica cual sería el supuesto, afirmando que de lo que se trata es de una secuencia en la que la interposición de persona se configura por la coexistencia de un acto de venta y de una donación; se trataría -dice- de un contrato en el que la prestación del enajenante es una venta, y la prestación (oculta) del interponente es una donación a favor de la persona interpuesta.

220 ID., cit., p. 159.

221 Cfr. PELLICANÒ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, cit., p. 67.

Y, concluye advirtiéndolo que podría haberse realizado utilizando la forma de transmisión absolutamente simulada, llegando al mismo resultado, pues la única diferencia sería que en el caso de utilizar la persona interpuesta, aquella que habría sido una donación por defecto de forma se muestra como una simulación de venta, respecto a la cual la donación entre interpuesto e interponente es el contrato simulado²²².

De todas formas, supongamos que la hipótesis a la que se quería referir el autor es la de una donación disimulada bajo contrato de compraventa por medio de persona interpuesta, es decir, el caso en el que Ticio finge vender a Cayo cuando en realidad está donando a Sempronio. Pues bien, nada tiene que ver este supuesto con una simulación absoluta, sino que se trata de algo mucho más complejo. Estamos en presencia de dos tipos de simulación relativa simultáneamente: la que afecta a la causa (simulación relativa objetiva) y la que afecta a los sujetos (simulación relativa subjetiva). El contrato concluido sería una donación, y los sujetos efectivos del contrato de donación no serían los expresados en el contrato de compraventa, sino los resultantes del acuerdo simulatorio.

Pero no concluyen aquí las negativas a admitir la interposición ficticia. Una de las principales imprecisiones ha sido la tendencia a reconducir la interposición ficticia a la representación directa, considerando que mediante el acuerdo interpositorio, las partes sustituyen los efectos de la representación directa por aquéllos de la representación indirecta, uniéndolos en la misma categoría las ventajas de uno y de otro mecanismo. Se delinea la interposición ficticia como una categoría en la que se mezclan la representación directa y la indirecta, donde obrando en nombre propio se produce una eficacia análoga a aquella que, en la representación directa, se determina a causa del obrar en nombre del representado²²³. Se llega incluso a aplicar la teoría según la cual el nombre usado en apariencia (el del interpuesto), es un simple símbolo convencional cuya función es la de representar al verdadero interesado²²⁴.

El desconcierto se incrementa cuando tropezamos con sentencias que, calificando el supuesto de simulación relativa subjetiva, se refieren, sin embargo, al mandato representativo y, más aún, a la interposición real. Un meridiano ejemplo de lo dicho, lo demuestra la Sentencia de 10 de abril de 1978²²⁵, que si bien califica el supuesto de simulación relativa subjetiva, señala la existencia de interposición real. Lo cierto es que es difícil entender cómo puede producirse un error del

222 ID., cit., pp. 68.

223 Vid. CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 172 y ss. El acuerdo interpositorio - dice - produce un doble efecto, negativo y positivo, que caracteriza la *contemplatio domini*: aleja los efectos de la esfera del intermediario y los introduce en aquella del interesado.

224 Vid. MATTERA, L.: "L'orientamento più recente", cit., p. 913.

225 STS 10 abril 1978 (RAJ 1978, 1268).

tipo; primero, con claridad y precisión, se diferencia la simulación relativa objetiva de la relativa subjetiva, definiendo esta como aquella en la “que el sujeto se hace aparecer como contratante o destinatario de la declaración, mientras en realidad es otro el efectivo”, y la objetiva como la que se refiere a “la propia naturaleza del negocio o a sus elementos esenciales o accidentales”. Sin embargo, admitiendo el pronunciamiento de la Audiencia, señala que los interpuestos actuaron por orden y cuenta del actor, de cuyo “resultado probatorio se pone de manifiesto la interposición real de persona con el resultado propio de los negocios simulados subjetivamente”.

Reproches que hacer; muchos; pero aquí tan solo adelantar que en la interposición ficticia no estamos ante un contrato concluido con un tercero en nombre y por cuenta del representado, sino ante un contrato concluido directamente con el titular del interés, aunque detrás de la apariencia de otro contrato. El interpuesto se limita a consentir que sea usado su nombre en lugar del nombre del verdadero contratante, con lo que estaríamos ante un supuesto de interposición real en el mandato en nombre propio.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, V. I. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, 1999.

ACUÑA ANZORENA, A.: "La carga de la prueba en materia de simulación", *La Ley*, 1954.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pp. 987-1037.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico", *Revista de Derecho Privado*, 1958, pp. 603-616.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, t. I, vol. II, 9ª ed., Barcelona, 1985.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Comentario al art. 628 del Código Civil" *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada", *Actualidad Civil*, núm. 15 (13 al 19 de abril de 1998), pp. 319-343.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Validez de la escritura pública de venta simulada para encubrir la forma escrituraria de la donación de inmuebles", *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 221-232.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La Simulación*, Madrid, 2005.

ARANGIO RUIZ, V.: *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, 1960.

AUBRY, C. ET RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, 4ª ed., Paris, 1871.

AUBRY, C. ET RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, t. VIII, Paris, 1871.

AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957.

BALDAWI, A.A.L.: *La stipulation pour autri. Étude historique et analytique spécialement en droit suisse et français*, Thèse, Genève, 1954.

BANDIERA, F.: "Note in tema di procura alle liti e conflitto di interessi, interposizione fittizia e interposizione reale di persona nel contratto", *Rivista Giuridica Sarda*, 1989, pp. 374-380.

- BARASSI, L.: *La notificazione nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1908.
- BARASSI, L.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Milano, 1955.
- BARTIN, V.: *Théorie des contre-lettres*, Tesis, Paris, 1885.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET COLIN, M.: *Traité Théorique et Pratique de Droit civil*, t. I, 3ª ed., Paris, 1905.
- BECHMANN, A.: *Der Kauf nach gemeinem Recht: in 3 Teilen*, t. II, Aalen, 1965.
- BELEZA DO SANTOS, J.: *A simulação em direito civil*, Coimbra, 1921.
- BETTI, E.: *Esercitazioni romanistiche sui casi pratici*, Padova, 1930.
- BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1994.
- BIANCA, C.M.: *Il contratto*, Milano, 1984.
- BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1959.
- BONFANTE, P.: "Sulla simulazione nei negozi giuridici", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1906, pp. 186-190.
- BREDIN, J.D.: "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, pp. 261-289.
- BRONZINI, M.: "Caratteristiche e prove della simulazione", *Archivio Civile*, 1984, pp. 1265-270.
- BRONZINI, M.: "La simulazione relativa", *Archivio Civile*, t. II, 1991, pp. 825-826.
- BURDESE, A.: *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, 1974.
- BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, Torino, 1936.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996.
- CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1944.
- CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962.
- CANDIA, V.: "Note in tema di interposizione fittizia di persona", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, t. V, 1954, pp. 86-89.

- CARCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, s/f.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema del Diritto processuale civile*, t. II, Padova, 1928.
- CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943.
- CARRESI, F.: "Il contratto", *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), Milano, 1987.
- CASELLA, M.: Voz "Simulazione (diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII, Milano, 1990, pp. 593-615.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. II (revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), 14^a ed., Madrid, 1987.
- CERONI, C.: "Nuovi profili della simulazione", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1990, pp. 165-174.
- CERONI, C.: *Autonomia Privata e simulazione*, Padova, 1990.
- CIVININI, C.: "Prova della simulazione e giuramento suppletorio", *Foro Italiano*, 1983, I, c. 190.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: "Comentario al art. 1.276 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), t. XVII, Vol. I B, Madrid, 1993.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.U.: *La confirmación del contrato anulable*, Bologna, 1977.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Curso elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, Madrid, 1927.
- COLIN, A. Y CAPITANT, H.: *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 2^a ed., Paris, 1921.
- COLOMBATTO, M.: "Patto bilaterale d'interposizione, e suoi effetti nei confronti del terzo contraente", *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, 1981, pp. 71-79.
- CONTI, R.: "Ancora in tema di simulazione", *Il Foro Padano*, 1993, pp. 226-227.

COSTANZA, M.: "L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni", *Giustizia Civile*, t. II, 1995, pp. 3094-3097.

COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 3ª ed., Milano, 1924.

CRICENTI, G.: "In tema di prova della simulazione del prezzo", *Giurisprudenza di Merito*, t. I, 1993, pp. 684-687;

CRISCI, G.: "Interposizione fittizia e interposizione reale di persona, forma del mandato senza rappresentanza", en *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, t. II, 1951, pp. 80-85.

CROME, F.: *Parte generale del Diritto Privato Francese Moderno*, traducción y notas de A. ASCOLI Y F. CAMMEO, Milano, 1906.

DAGOT, M.: *La simulation en droit Prive*, París, 1967.

DÁVILA GARCÍA, J.: "Herederos y legitimarios. Actos y contratos simulados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XXI, 1945.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble", *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pp. 1003-1016.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991.

DE LOS MOZOS, J. L.: "La inexistencia del negocio jurídico", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960, pp. 463-520.

DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di Diritto Civile*, t. I, Messina, s/f.

DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, t. XIV, 2ª ed., Paris, 1876.

DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, 2ª ed., Paris, 1876.

DIAZ ALABART, S.: "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo forma de compraventa de las mismas en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor de lo remunerado absorbe el del inmueble donado", *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 1001-1123

DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato en el Código civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense*, Chile, 1957.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 5ª ed., Madrid, 1996.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed., Madrid, 2003.

DISTASIO, N.: Voz "Simulazione nei negozi giuridici", *Novissimo Digesto Italiano*, t. XVII, 1957, pp. 359-422.

DISTASIO, N.: *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960.

DOGLIOTTI, R.: "Nota a la Sentencia de 15 de septiembre de 1987, de la Corte Suprema di Cassazione", *Nueva Giurisprudenza Civile Commentata*, T. I, 1993, pp. 358-365.

DROIN, J.: *La représentation indirecte en droit suisse*, Tesis, Genève, 1956.

DUMONT-KISLIAKOFF, N.: *La simulation en droit romain*, Paris, 1970.

DURÁN RIVACOBIA, R.: "El error sobre la causa", *Estudios de Derecho civil en honor al Profesor Catán Tobeñas*, t. III, Pamplona, 1969.

DURÁN RIVACOBIA, R.: *Donación de Inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995.

DURÁN RIVACOBIA, R.: "Jurisprudencia comentada: la forma en la donación de inmuebles: unificación de doctrina por el Tribunal Supremo (STS del pleno de la sala primera de 11 de enero de 2007)", *Revista de Derecho Privado*, 2007, pp. 79-93.

DURÁN RIVACOBIA, R.: *Donaciones encubiertas*, Barcelona, 2009.

DUSI, B.: *Istituzioni di Diritto Civile*, t. I (2ª ed. puesta al día por M. SARFATTI), Torino, 1930.

ESMEIN, P.: *Cours de Droit Civil*, París, 1956.

ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, t. I, 8ª ed., Madrid, 1982.

FANILE, M.: "Interposizione reale e negozio simulato", *Giustizia Civile*, t. I, 1985, pp. 721-722.

FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1909

FORRER: *Simulation und Mentalreservation nach röm. Recht*, St. Gallen, 1892.

FOSCHINI, M.: "L'interposizione fittizia di persona nel rapporto cambiario", *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, 1961, pp. 264-279.

FURGUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992.

GALGANO, F.: "Il negozio giuridico", *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), Milano, 1988.

GALGANO, F.: *110 esercizi e 70 schemi di Diritto privato*, Padova, 1997.

GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", *Commentario del Codice Civile* (dirigido por F. GALGANO), Bologna-Roma, 1998.

GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, Madrid, 1983.

GARCÍA VICENTE, J. R.: *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona 2017.

GATTI, S.: "Interposizione reale e interposizione fittizia (Una distinzione ancora valida)", *Rivista di Diritto Commerciale*, t. I, 1974, pp. 217-241.

GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, Napoli, 1982.

GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, Milano, 1968.

GIANNATTASIO, C.: "Delle Obbligazioni", *Commentario del Codice Civile* (dirigido por D'AMELIO y FINZI), t. II, vol. II, Firenze, 1949.

GIANNATTASIO, C.: "Simulazione della controdichiarazione e sua prova", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, t. III, 1951.

GIAN TURCO, E.: *Sistema di Diritto Civile Italiano*, Napoli, 1909, pp. 290 y ss.

GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2ª ed., Torino, 1917.

GIULIANI, F. M.: "Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale", *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, t. II, pp. 8-39.

GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, Tesis, Paris, 1897.

GÓMEZ CALLE, E.: Voz "Simulación", *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, 1995, pp. 6217-6221

GRIECO, A.: "In tema di esecuzione dell'obbligo di concludere un contratto di prova della simulazione", *Giurisprudenza di Merito*, 1994, pp. 464-466.

JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bologna, 1988.

JOSSERAND, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928.

KASER, M.: *Derecho Romano Privado* (traducción de SANTA CRUZ TEJJEIRO), Madrid, 1968.

KOHLER: "Studien über Mentalreservation und Simulation", *Jehrigs Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XVI, 1878.

LATELLA, M. T.: "In tema di prova della simulazione", *Il Foro Padano*, 1992, pp. 100-103.

LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t. XIX, 3ª ed. Bruxelles 1878.

LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t. XV, 3ª ed., Bruxelles 1878.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prête-nom*, Tesis, Caen 1898.

LONGO, G.: "Sulla simulazione dei negozi giuridici", *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, T. III, Palermo, 1936, pp. 111-161.

LONGO, G.: *Ricerche Romanistiche*, Milano, 1966.

LÓPEZ ETCHEVEHERE, M. A.: "La simulación en los actos jurídicos", *La Ley*, 1945.

LUCES GIL, F.: "El fraude a la ley en las normas del Título Preliminar del Código Civil Español", *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1976.

LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

LUNA SERRANO, A.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. III, Barcelona, 1990.

MARANI, F.: *La simulazione negli atti unilaterali*, Padova, 1971, pp. 27 y ss.;

MARICONDA, V.: "Interposizione fittizia ed interposizione reale nell'atto costitutivo di società", *Il Corriere Giuridico*, 1990, pp. 1149-1153.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: "Validez de la donación de inmueble encubierta en escritura pública de compraventa. Comentario a la STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2098)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm., 9, 2002.

MATTERA, L.: "L'orientamento più recente della suprema corte in tema di forma e prova dell'interposizione fittizia di persona: un preoccupante revirement", *Diritto e Giurisprudenza*, 1991, pp. 901-913.

MÉNDEZ, R.M. Y VILALTA, A.E.: *Acción declarativa de simulación de un contrato*, Barcelona, 2001.

MESSINA, G.: *Simulazione assoluta*, Milano, 1908.

MESSINEO, F.: "Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto", *Rivista di Diritto Civile*, t. I, 1966, pp. 241-254.

MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), t. II, Milano, 1972.

MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile Italiano*, t. I, Torino, 1889.

MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación. Simiótica de los negocios jurídicos simulados*, Barcelona, 1972.

MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*, 3ª ed., Colombia, 2011.

NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, Padova, 1990.

NAVARRO MARTORELL, M.: "Aislamiento de los negocios fiduciarios", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, 1950, pp. 427-477.

NUÑEZ IGLESIAS, A.: "La donación de inmueble encubierta como compraventa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991.

NUTI, G.A.: *La simulazione del contratto nel sistema del Diritto civile*, Milano, 1986.

PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, t. II, vol. I, Firenze, 1914.

PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.

PELLICANÒ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988.

PESTALOZZA, F.: "Appunti in tema di simulazione relativa", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1917.

PESTALOZZA, F.: *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1919.

PESTALOZZA, F.: Voz "Simulazione", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, t. XV, Milano, 1925.

- PÊTEL, P.: *Le contrat de mandat*, Editorial Dalloz, Paris, 1994.
- PIAZZA, G.: *L'identificazione del soggetto del negozio giuridico*, Napoli, 1968.
- PLANIOU, M - RIPERT, G.: *Traité Practique de Droit civil français*, t. I, Paris, 1926.
- PLANIOU, M - RIPERT, G.: *Traité Practique de Droit civil français*, t. VI, Paris, 1926.
- PLASMAN, L.C.: *Traité des contre-lettres*, 2ª ed., Paris, 1889.
- POTHIER, R. J.: *Oeuvres*, T. I, Bruxelles, 1831.
- POVEDA BERNAL, M.I.: *Relajación formal de las donaciones*, Dikynson, Madrid, 2014.
- PRESA, T.: "La simulación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, 1930, pp. 36-43.
- PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", *Diritto Civile. Saggi*, Milano 1951, pp. 539-585.
- PUGLIATTI, S.: *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja*, t. III, Bologna, 1953.
- PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938.
- PUGLIESE, G.: Voz "Simulazione (diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, t. XVII, 1957, pp. 351-359.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, Barcelona 1964.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, Barcelona 1964.
- PUIG BRUTAU, J.: Voz "Negocio jurídico", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, Barcelona, 1982, pp. 204-276
- PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. II, Madrid, 1963.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Comentario al art. 1.219 del Código Civil" *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B.: "Donación disimulada en escritura pública", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, pp. 369-407.
- ROMANO, S.: "Contributo esegetico allo studio della simulazione (L'art. 1414 C.c.)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, pp. 15-61.

ROTONDI, G.: *Gli atti in frode alla legge nella doctrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Roma, 1971 (reimpresión de la edición Torino, 1911).

ROUSSEAU, J.: *Simulation et fiducie*, Tesis, Paris, 1937.

ROVER, W.: *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostok, 1874.

SACCO, R.: "Il contratto", *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por Filippo Vassalli, Torino, 1975.

SACCO, R.: "Le contradichiarazioni", *Trattato di Diritto O Trattato di Diritto Privato*, t. X, vol. II, Torino, 1982, pp. 185-213.

SACCO, R.: Voz "Simulazione (diritto civile)", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXVIII, Roma, 1992, pp. I-12.

SACERDOTI, V.: "Dell'efficacia degli atti simulati di fronte ai terzi", *Il Foro Italiano*, t. I, 1905, pp. 1416-1434.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, 7ª ed., Napoli, 1962.

SANTOS MORÓN M.J.: "De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas: el retorno de la tesis clásica de la STS de 11 de enero de 2007", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, pp. 173-191.

SCIALOJA, V.: "Volontà e dichiarazione", en *Giurisprudenza Italiana*, t. IV, 1880.

SCIALOJA, V.: *Volontà e responsabilità nei negozi giuridici*, Roma 1885.

SEGRÈ, G.: "In materia di simulazione", *Scritti Giuridici*, T. I, Roma, 1930, pp. 422-435.

SIMONCELLI, V.: *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3ª ed. (aumentada por F. E. VASALLI), Roma, 1921.

SOLS LUCIA, A.: *El fraude a la ley. Estudio analítico del art. 6.4 del Código Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1989.

SOTO NIETO, F.: "Simulación contractual. Donación encubierta bajo forma de compraventa", *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, t. I, 1970.

SOTO NIETO, F.: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*, t. III, Madrid, 1976.

STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TERRANOVA, G.: "La prova della simulazione nelle revocatorie fallimentari", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 2 marzo-abril, 1999, pp. 129-170.

TOMMASEO, F.: "Sul patto di simulazione del prezzo nei contratti solenni", en *Giurisprudenza Italiana*, t. I, 1989, pp. 563-568.

TORRENT, A.: *El negocio jurídico en Derecho Romano*, Oviedo, 1984.

TORRENTE, A. Y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990.

TOULLIER, C.B.M.: *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*, t. V, 5ª ed., Bruxelles, 1830.

TRABUCHI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*, 35ª ed., Padova, 1994.

TRIMARCHI, V. M.: *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 1989.

TRIMARCHI, V. M.: Voz "Negozio fiduciario", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVIII, Milano, 1978, pp. 32-51.

VALENTE, A.: *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I y t. III, 2ª ed., Valladolid, 1920.

VALLE, L.: "La categoria dell'inefficacia del contratto", *Contratto e Impresa*, t. III, Padova, 1998.

VALLET DE GOYTISILO, J. B.: "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 591-680.

VENEZIAN, G.: "Errore ostativo", *Studi sulle Obbligazioni*, t. I, Roma, 1929, pp. 465-519.

VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", *Anuario de Derecho Civil*, 1950.

VERDERA Y TUELLS, E.: "La simulación en las anónimas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1949, t. II, pp. 349-411.

VIRGILI SORRIBES, F.: "Herederio forzoso y herederio voluntario, su condición jurídica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XXI, 1945.

VOLTERRA, E.: *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1993.

VON JHERING, R.: "Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte", *Jhering's Jahrbücher*, t. I, 1858,

VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Traducción de V. SCIALOJA, t. III y IV, Torino, 1891.

VON TUHR, A.: *Tratado de las Obligaciones* (traducción de W. ROCES), t. I, Madrid, 1934.

WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, T. II, (traducción italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENSA), Torino, 1925.

WITZ, C.: *Le fiducie en droit privé français*. Paris, 1981.



LA IGNORADA ACCIÓN DIRECTA DEL ARRENDATARIO- USUARIO EN EL CONTRATO DE LEASING*

THE IGNORED DIRECT ACTION OF THE LESSEE IN THE LEASE AGREEMENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 332-363

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto MINECO DER2015-65639-R "Nuevos Instrumentos Jurídicos para la financiación de la PYME" del que la Profa. Dra. Carmen Boldó Roda es su investigadora principal.



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 16 de diciembre de 2019

RESUMEN: En los contratos de leasing cuando el usuario resuelve la compraventa del bien arrendado por inhabilidad absoluta “aliud pro alio” se producen daños patrimoniales personales del actor. Estos daños no tienen cabida en la cesión de acciones que efectúa la sociedad de leasing. La acción directa es el único mecanismo jurídico que permite reclamar esos daños.

PALABRAS CLAVE: Contrato de leasing; acción directa; contratos conexos; daños propios; cesión de acciones.

ABSTRACT: *In leasing contracts when the user resolves the sale of the leased property by absolute inability “aliud pro alio”, damages usually take place in its patrimony.*

KEY WORDS: *Leasing agreement; direct action; linked agreements; disposal of shares.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO.- III. EL TRIPLE ELEMENTO SUBJETIVO.- IV. VENTAJAS DEL LEASING.- V. MODALIDADES DE LEASING.- VI. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL LEASING.- VII. NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING.- 1. El leasing como contrato de arrendamiento.- 2. El leasing como una venta a plazos.- 3. El leasing como contrato sui generis de financiación.- VIII. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL LEASING.- 1. El contrato de compraventa.- 2. El contrato de arrendamiento financiero.- A) La cesión del uso.- B) La opción de compra.- IX. LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING.- X. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y CESIÓN DE ACCIONES.- XI. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA POR EL USUARIO.- XII. LA PROPAGACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA COMPRAVENTA AL CONTRATO DE LEASING.- XIII. LA ACCIÓN DIRECTA DEL USUARIO FRENTE AL VENDEDOR.-

I. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo tras un análisis de los principales caracteres de la figura nos centraremos en el fenómeno de la conexión contractual, que desde finales del siglo pasado no ha vuelto a ser objeto de ninguna sentencia del Alto Tribunal si bien sí que lo ha sido en la jurisprudencia menor. Nos centraremos en sus principales efectos, en primer lugar, en el que permite que la resolución del contrato de compraventa por el usuario también alcance al del contrato de leasing en sentido estricto. Finalmente, analizaremos otro de sus efectos que consiste en la posibilidad de que el usuario reclame al vendedor los daños que le ha causado su incumplimiento. Dentro de estos daños existe una especial categoría que son los daños propios del usuario, como el lucro cesante como consecuencia de los defectos que presenta el bien arrendado, daños para cuya reclamación la figura de la subrogación convencional no puede ser utilizada por impedirlo el principio general del derecho de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene (“*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”). Reivindicamos la utilización de la acción directa para la reclamación de estos daños propios, por tratarse de un derecho de crédito que no se encuentra dentro de la esfera jurídica de la sociedad de leasing. Nos sorprende que en la jurisprudencia esta figura haya sido constantemente ignorada, hasta el punto de que, si bien ha sido utilizada implícitamente, apenas ha sido usada expresamente puesto que al juzgador le es más cómodo reconocerle al usuario la indemnización de los daños y perjuicios propios haciendo una utilización amplia de la subrogación, aunque sea a costa de emplear una mala técnica jurídica.

• **Federico Arnau Moya**

Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es

II. EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

El contrato de leasing, también denominado arrendamiento financiero, es originario de los Estados Unidos, y se introduce en nuestro país en los años sesenta del pasado siglo¹. Esta figura ha tenido un enorme éxito debido a las ventajas fiscales que ha recibido por encima de la hipoteca mobiliaria y de los préstamos puros². Este contrato es atípico puesto que carece de regulación sustantiva en el ámbito privado, si bien algunos de sus aspectos fiscales sí que han objeto de regulación³. No obstante su atipicidad podemos encontrar una definición legal de arrendamiento financiero en una norma administrativa como la disposición adicional 3ª, de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito (LOSSEC)⁴: “Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro asociado, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario”. La jurisprudencia se ha referido en numerosas ocasiones a esta definición como como “definición auténtica”⁵. El Tribunal Supremo también ha definido esta figura en varias ocasiones⁶.

- 1 Una interesante reseña histórica en GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001 pp., 25, 37 y 38. Esta figura contractual surge en Estados Unidos en 1952, cuando J.D. Boothe Jr., director de una fábrica de alimentos recibe un pedido de la Armada y al no disponer ni de suficiente equipamiento ni capital, pide a otra sociedad que, a cambio del pago de un canon mensual, adquiera el material y lo ponga a su disposición. Tras el éxito de la operación constituyó la primera sociedad de leasing: la *United States Leasing Corporation*.
- 2 O'CALLAGHAN, X: “Jurisprudencia sobre el leasing”, AC, núm. 1, 1991, pp. 1 a 19.
- 3 En el ámbito del Derecho privado la única regulación del leasing lo tenemos en la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante LVPBM).
- 4 El primer texto legal en el que aparece el concepto de arrendamiento financiero fue el RDL 15/1977, de 25 de febrero, de medidas fiscales financieras y de inversión pública, para delimitarlo a efectos fiscales. Posteriormente, se contempla en la disposición adicional 7ª, de la Ley 26/1988, de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante LEDIEC), que realiza una regulación sustantiva que resultó ser insuficiente. Esta última norma ha sido derogada por la vigente LOSSEC.
- 5 Entre otras, la STS 11 febrero 2010 (RJ 2010, 531), STS 14 diciembre 2004 (RJ 2004, 8038), 30 diciembre 2002 (RJ 2003, 3 31), STS 8 febrero 2002 (RJ 2002, 2238), STS 28 noviembre 2001 (RJ 2001, 9712), 5 octubre 2000 (RJ 2000, 7542), 20 julio 2000 (RJ 2000, 6189), 3 febrero 2000 (RJ 2000, 621), 2 diciembre 1998 (RJ 1998, 9612) y 28 noviembre 1997 (RJ 1997, 8273). La jurisprudencia citada se estaba refiriendo a la definición que proporcionaba la entonces vigente disposición adicional 7ª, de la derogada LEDIEC.
- 6 Por todas, la STS 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 42) Que lo define como un “contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto –que ella no ha producido sino que ha sido adquirido de un tercero– en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo (...) su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, (...), se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas –calculadas en función de la

III. EL TRIPLE ELEMENTO SUBJETIVO.

En la operación de leasing financiero intervienen tres partes: en primer lugar, el arrendatario financiero o usuario (que necesariamente ha de ser un empresario, profesional, agricultor o, artesano) que precisa financiación para adquirir, no tanto la propiedad de un bien, sino el uso del mismo a cambio del pago de una cuota periódica. No obstante, este usuario siempre tiene la posibilidad de ejercer una opción de compra por el precio residual⁷. En segundo lugar, el arrendador financiero, sociedad de leasing o simplemente la financiera (estas empresas revisten la condición de establecimientos financieros de crédito y, por lo tanto, de entidades de crédito en el sentido del art. 1.1.c) del RD 692/1996, de 26 de abril por el que se establece el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito que tendrá como actividad principal la realización de operaciones de leasing. La sociedad de leasing es un intermediario financiero que efectuará un desembolso y adquirirá un bien de un tercero siguiendo las instrucciones que le indique el usuario financiado⁸. Finalmente, está el proveedor o transmitente que es el fabricante o vendedor de los bienes muebles o inmuebles financiados; este último es quien vende el bien a la sociedad de leasing, si bien ha sido elegido por el usuario que es a quien se le entrega directamente.

El Tribunal Supremo ha establecido como requisito esencial, al menos en la modalidad del leasing financiero mobiliario, la intervención de tres personas, de modo que de faltar alguna de ellas no estaríamos ante un contrato de leasing⁹. No obstante, algunas modalidades de arrendamiento financiero como el *lease-back* se caracterizan porque solo intervienen dos sujetos, el usuario y la empresa de leasing.

amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota”.

- 7 BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil*, vol. II, 22ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 282.
- 8 El art. 1 RD 692/1996 establece que: “1. Los establecimientos financieros de crédito tendrán la consideración de entidad de crédito y su actividad principal consistirá en ejercer una o varias de las siguientes actividades: [...] c) Las de arrendamiento financiero, con inclusión de las siguientes actividades complementarias: 1.ª Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos. 2.ª Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura. 3.ª Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero. 4.ª Actividades de arrendamiento no financiero que podrán complementar o no con una opción de compra. 5.ª Asesoramiento e informes comerciales”. Esta misma definición ha sido incorporada al art. 6.1.c) Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Hasta este RD se exigía a las sociedades de leasing que tuviesen el arrendamiento financiero como actividad exclusiva.
- 9 En este sentido la STS 30 abril 1991 (RJ 1991, 3115) niega la calificación de contrato de leasing por faltar el tercero financiador al decir que “el contrato de Leasing requiere la intervención de tres personas, una el que suministra el bien a que afecta, otra el que haciéndose cargo del mismo dispone de él en favor de un tercero, a quien financia a efectos del pago al suministrador de dicho bien [...] por lo que al faltar en el presente caso el requerido tercero financiador indudablemente falta el elemento esencial preciso para que el vínculo jurídico creado [...] venga vinculado por contrato de leasing, que además exige una entidad autorizada a tal fin”.

IV. VENTAJAS DEL LEASING.

El leasing presenta ventajas tanto para los usuarios como para las empresas de leasing. Los primeros se sienten atraídos por los siguientes incentivos¹⁰: a) el aumento de la liquidez de sus empresas al poder utilizar los bienes necesarios para su actividad, sin tener que realizar un desembolso tan grande como en una compraventa; b) la fácil renovación de aquellos bienes de equipo, que rápidamente quedan obsoletos, con su consiguiente depreciación y dificultad añadida para deshacerse de ellos; c) las ventajas fiscales y contables, puesto que pueden deducir como gasto las cuotas satisfechas, tanto en la parte correspondiente a carga financiera como la correspondiente a amortización siempre que se trate de bienes amortizables (vid. art. 106. 5 y 6 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades [en adelante LIS])¹¹.

La empresa financiera obtiene la ganancia por la diferencia entre el precio del bien y la suma total de las cuotas pagadas por el financiado. No obstante, para la financiera el continuar siendo la propietaria del bien que ha adquirido el financiado supone su principal garantía¹²; esta ventaja es equiparable a la de la venta por precio aplazado con reserva de dominio¹³. El continuar siendo propietaria del bien financiado permite que la sociedad de leasing pueda servirse de medidas como las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio y la interposición de la tercería de dominio para levantar el embargo trabado por otros acreedores del usuario sobre el bien arrendado; por otro lado, dispone de otra serie de privilegios y acciones que le otorgan otras normas como la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante LVPBM) o la Ley 2/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC)¹⁴.

V. MODALIDADES DE LEASING.

El leasing más que un tipo específico de contrato se trata de una denominación genérica y funcional que agrupa toda una diversidad de formas contractuales, cuyo

10 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., pp. 31 y 34.

11 BOLDÓ RODA, C.: "Contratos del mercado financiero (I). Contratos de financiación crediticia", en AA.VV.: *Derecho Mercantil II* (dir. J.M. DE LA CUESTA RUTE), 4ª. ed., Huygens, Barcelona, 2016, p.173, señala que el leasing es más ventajoso que la compraventa a plazos, aun a pesar de que las cuotas del arrendamiento financiero son más caras, puesto que las puede deducir de sus impuestos por tratarse de bienes de equipo cuyo coste son considerados como gastos de la empresa ex arts. 115.5 y 6 TRLIS.

12 BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual*, cit., p.282.

13 En este sentido la STS 4 abril 2002 (RJ 3114) que en una tercería dominio establece que: "la figura del arrendamiento financiero ("Leasing"), cuya razón de ser radica en las garantías que ofrece a la entidad financiera –cuando menos equiparables a los de la venta por precio aplazado con reserva de dominio– y a las ventajas de orden económico que reporta al usuario, a las que se unen las muy notables mejoras de orden fiscal".

14 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "El leasing en el ordenamiento jurídico español", en MOLINA SANDOVAL, C. y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Leasing*, Madrid, Reus, 2007, pp. 262 y 289.

denominador común consiste en que una sociedad de financiación adquiere un bien de un tercero para ceder al arrendatario financiero su uso, a cambio de una cuota periódica junto con la posibilidad de adquirir la propiedad si ejercita la opción de compra¹⁵. De ahí que, en puridad, no quepa hablar de un contrato de leasing sino de modalidades de leasing. De entre todas ellas la variedad más utilizada, y la que está siendo objeto de este estudio, es el denominado leasing financiero mobiliario. La atipicidad del leasing ha permitido dotarle de un amplio abanico de configuraciones, siendo las más habituales las siguientes¹⁶: a) leasing mobiliario e inmobiliario según la naturaleza de los bienes cedidos; b) leasing financiero y operativo o “renting”, según que el arrendatario sea una entidad financiera o sea el propio fabricante quien arrienda mediante leasing sus productos, asumiendo también el mantenimiento de la cosa¹⁷; c) trilateral y el bilateral según el número de intervinientes. En el caso del “lease-back” o “retro-leasing”, sólo intervienen dos sujetos, siendo el propio usuario quien, para financiarse, vende un bien que ya es de su propiedad, por lo general inmueble, a la empresa de leasing que, a su vez, se lo arrienda. Esta modalidad de leasing ha sido utilizada en ocasiones para disimular un préstamo con pacto comisorio prohibido por los arts. 1859 y 1884 CC¹⁸; d) leasing directo o indirecto, según la forma de operar, en el primer caso el usuario primero contrata con el proveedor y luego acude a la compañía de leasing. En el indirecto, es la entidad de leasing la que adquiere del proveedor el bien que le ha indicado el futuro usuario¹⁹.

VI. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL LEASING.

El contrato de leasing, como ya hemos venido indicando, adolece de una normativa integral en nuestro ordenamiento, si bien ha sido regulado en algunos aspectos en materia fiscal, y de manera muy limitada en algunos aspectos jurídico privados. De ahí que la jurisprudencia haya venido manteniendo de manera reiterada que el contrato de leasing o arrendamiento financiero tiene “carácter de

15 ROJO AJURIA, L.: *Leasing mobiliario*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 23-24; GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero: contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, p. 24.

16 SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 24 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 90.

17 En la STS 19 enero 2000 (RJ 2000, 19) se distingue entre el leasing financiero del operativo “renting” al decir que en este último “la sociedad de leasing, asume el riesgo de la inversión, ya que su finalidad es ceder única y exclusivamente el uso de lo adquirido”.

18 BOLDÓ RODA, C.: “Contratos”, cit., p.174, advierte sobre la posibilidad de uso fraudulento de esta modalidad de leasing, por haber sido utilizado en ocasiones para disimular una garantía con pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento. En estos casos el Tribunal Supremo ha declarado su ilicitud (SSTS 20 noviembre 1999 [RJ 1999, 8615] y 16 mayo 2000 [RJ 2000, 5082] y 2 febrero 2006 [RJ 2006, 494]). Por el contrario, en el caso de la STS 15 abril 2010 (RJ 2010, 3536) se estima que no concurre un pacto comisorio.

19 Un caso de leasing directo es el de la STS 1 marzo 2011 (RJ 2011, 2615) en el que una empresa médica compra directamente la maquinaria al fabricante; luego suscribe un contrato de leasing con la financiera que a su vez suscribe un contrato con el fabricante subrogándose en la compraventa efectuada por el arrendatario financiero.

contrato atípico y complejo²⁰, con base en el principio de autonomía de la voluntad contractual²¹. La falta de tipicidad del arrendamiento financiero comporta que la principal fuente de regulación sea lo dispuesto por las propias partes contratantes (art. 1.255 CC), si bien lo habitual es que el contrato de leasing esté sometido a condiciones generales, redactadas por la propia sociedad de arrendamiento financiero, a las que el usuario se adhiere. En defecto de estipulación de las partes deberán aplicarse las normas generales sobre obligaciones y contratos de los códigos de comercio y civil. En resumidas cuentas, la atipicidad de esta figura ha provocado que haya sido la jurisprudencia la encargada de regular sus principales aspectos, entre otros las consecuencias jurídicas que se derivan para el usuario y la sociedad de leasing ante el incumplimiento no sólo de cualesquiera de ellos sino también de la empresa suministradora del bien²². La alta litigiosidad que se produce con ocasión de esta modalidad contractual hace difícil de entender que el legislador español todavía no haya encontrado el momento adecuado para regular el contrato de arrendamiento financiero.

Esta figura aun a pesar de su carácter atípico se trata de un contrato nominado²³, puesto que, como ya hemos avanzado, se encuentra regulada en normas de carácter fiscal y contable, como la citada Disp. Adic. 3ª de la LOSSEC o el art. 106.5 y 6 LIS²⁴, en cuyo art. 128 se establecen algunas de las condiciones que las sociedades de leasing deben incluir en sus contratos como su duración, importe de las cuotas, etc. En estas normas fiscales las referencias a los aspectos jurídico-privados del leasing son meramente tangenciales, aunque de ellas se

20 Una consolidada línea jurisprudencial establece que: “la naturaleza jurídica del contrato de leasing -arrendamiento financiero- es la de un contrato complejo y atípico en el que la propiedad se conserva por el arrendador hasta que se ejerce la opción de compra” (STS 14 diciembre 2010 [RJ 2011, 141]). En la STS 13 julio 2006 (RJ 2006, 6590) también se dice que tiene “causa única, y en principio atípico, que tiene “como objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos con dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario”. En muy parecidos términos se han manifestado muchas otras sentencias casi siempre con ocasión de tercerías de dominio en las que se tenía que calificar un contrato como de leasing o de compraventa de bienes muebles a plazos. Así, las SSTs 11 febrero 2010 (RJ 2010, 531), 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6590), 13 julio 2006, (RJ 2006, 6590), 22 febrero 2006 (RJ 2006, 829), 31 octubre 2005 (RJ 2005, 7350) 18 mayo 2005 (RJ 2005, 4234), 14 diciembre 2004 (RJ 2004, 8038), 5 octubre 2000 (RJ 2000, 7542), 8 febrero 2002 (RJ 2002, 2238), 3 febrero 2000 (RJ 2000, 621) 20 julio 2000 (RJ 2000, 6189) y 23 diciembre 1999 (RJ 1999, 9368).

21 Para la STS 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 42) el arrendamiento financiero “tratándose de un contrato atípico [SSTS 26 junio 1989 [RJ 1989, 4786] y 2 diciembre 1998 [RJ 1998, 9612]], que, sin perjuicio de la normativa imperativa, ciertamente escasa, sobre obligaciones y contratos, se rige esencialmente por sus propias estipulaciones, convenidas por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad -aunque se trate, como es el caso, de contratos de adhesión en el que la voluntad del usuario se limita a aceptar las condiciones redactadas por la empresa financiera-”.

22 AGUILAR RUIZ, L.: “La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o ‘leasing’ y la compraventa del bien arrendado”, RDP, núm. 4/2000, p. 174.

23 BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, *Manual*, cit., p. 283.

24 También hay que tener en cuenta el Real Decreto 692/1996, de 26 abril, que desarrolla el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y la Orden de 19 julio 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

pueden extraer las siguientes consecuencias sustantivas²⁵: a) Respecto a los sujetos, únicamente las sociedades de leasing pueden realizar este tipo contratos y para beneficiarse de los tratamientos fiscales y contables, el usuario ha de destinar los bienes a determinadas actividades empresariales. El que el usuario o arrendatario financiero sea un profesional impide la aplicación del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGCU)²⁶; b) Los bienes han de adquirirse según las especificaciones del usuario, lo que comporta algunas consecuencias en cuanto a la transmisión de los riesgos; c) La duración mínima del contrato de leasing ha de ser de dos años para los muebles y de diez para los inmuebles (art. 106.2 LIS); y d) La exigencia de que conste en el contrato de leasing la opción de compra va a ser determinante para diferenciarlo de las compraventas a plazo en las que el usuario ya es propietario, salvo que se haya efectuado una reserva de dominio.

La vulneración de lo establecido las disposiciones fiscales no está sancionado con la nulidad del contrato de leasing, como máximo comporta que a ese contrato no se le apliquen los beneficios fiscales que allí se contemplan²⁷.

En el ámbito del Derecho privado, el arrendamiento financiero aparece brevemente contemplado en la LVPBM, y en la LC [arts. 56.1.c); 61.1 y 2, 82 y 90.1. 4º]²⁸. En la Disp. adic.1ª de la LVPBM, se permite que los contratos de arrendamiento financiero regulados en la LEDIEC (ahora LOSSEC), que tengan por objeto bienes muebles corporales no consumibles e identificables puedan inscribirse en el Registro de Ventas a Plazos Bienes Muebles²⁹. El contrato de leasing no está sujeto a ningún requisito de forma, si bien para que tenga la consideración de título ejecutivo tendrá que otorgarse en escritura pública³⁰. Asimismo, se exigirá el requisito de forma cuando quiera inscribirse en el Registro de Bienes

25 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "El leasing", cit., pp. 247 y 248.

26 Aprobado por el 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.

27 GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 26.

28 MARTÍN MARTÍN, S.: "El contrato de leasing. Su regulación en la Ley Concursal y en la Legge Fallimentare", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2014, vol. 24, p. 68, señala que la declaración de concurso no afecta a la vigencia del contrato de leasing. De modo que el usuario mientras cumpla con sus obligaciones, tiene derecho a usar el bien objeto de leasing y la posibilidad de ejercer sus derechos de forma separada (art. 61.2 I LC).

29 En la actualidad se trata del Registro de Bienes Muebles creado por la Disposición Adicional Única del RD 1828/1999, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Para la inscripción en este Registro se requiere que el contrato se redacte en modelo oficial de acuerdo con la Resolución de 21 de febrero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban los modelos de contratos de bienes muebles de uso general a que se refiere el art. 10.1 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aprobada por Orden de 19 de julio de 1999, y se autoriza al Registro de Bienes Muebles Central su digitalización.

30 La STS 8 julio 2008 (RJ 2008, 3352) equipara el otorgamiento del leasing en escritura pública cuando ha sido otorgado mediante póliza intervenida por Agente de cambio y bolsa.

Muebles puesto que reglamentariamente se ha impuesto que los contratos deben de adaptarse a determinados formularios aprobados por la DGRN³¹.

Esta inscripción proporciona las siguientes ventajas a la arrendadora de leasing³²: a) dispondrá de una tercería registral para levantar el embargo trabado por otros acreedores del usuario sobre el bien cedido en leasing (art. 24 Ordenanza del Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles)³³. b) El arrendador financiero puede recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento financiero mediante proceso ejecutivo especial, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil I/2000, lo ha reconducido al juicio verbal (disp. adic.1ª.2) y, c) en el caso de incumplimiento del usuario podrá recuperar el bien mediante un proceso especial de recuperación (disp. adic.1ª.3). Aquella inscripción registral permite que el usuario pueda continuar usando el bien a pesar de la declaración de concurso (art. 56.1. c) y 61.1 LC³⁴. En el art. 90 LC se atribuye al leasing el carácter de crédito con privilegio especial a favor de las empresas arrendatarias a los créditos provenientes del impago de las cuotas de los arrendamientos financieros³⁵. Por todo ello se ha dicho que la LC otorga al leasing el tratamiento de una garantía real³⁶.

31 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 37ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 294.

32 La inscripción del contrato de leasing en el Registro de Bienes Muebles no tiene efectos constitutivos del derecho de arrendamiento financiero. En este sentido la STS 23 julio 2015 (RJ 2015/3706) dice que: “la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero en el Registro de Bienes Muebles y en el de Tráfico no son obligatorias para su validez y eficacia, a tenor de la regulación vigente en el caso de autos (Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito [derogada por la LOSSEC] y Disposición Adicional 1ª de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a plazos de Bienes Muebles). La última de dichas normas señala que los contratos de arrendamiento financiero que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el art. 12 “podrán ser inscritos en el Registro establecido en el art. 15 de esta ley”, para lo que era necesario formalizar el contrato en el modelo oficial establecido al efecto, inscribiéndose, en este caso, en una sección especial del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Por tanto, tratándose de una inscripción voluntaria, no afecta a la validez y eficacia de ambos contratos de arrendamiento financiero”.

33 Son numerosos los pronunciamientos del TS en materia de leasing con ocasión de una tercería de dominio. Desde las SSTs 10 abril 1981 (RJ 1981, 1532), 18 noviembre 1983, (RJ 1983, 6487), hasta las más recientes de SSTs 13 julio 2006 (RJ 2006, 4967), 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6590), 30 marzo 2007 (RJ 2007, 3557) y 29 noviembre 2007 (RJ 2007, 8653).

34 En ocasiones, estando vigente el contrato de leasing, el arrendatario insolvente deja de pagar las cuotas para luego ser declarado en concurso. La sociedad de leasing pretende la resolución del contrato y cobrar todos los créditos que este ha originado con cargo a la masa del concurso; circunstancia que le permite el cobro de las deudas con preferencia a los créditos que van con cargo al concurso tal como prevé el art. 61.2 LC. El TS se ha manifestado en contra de esta posibilidad en numerosas ocasiones, así las SSTs 12 febrero 2013 (RJ 2013, 4933), 25 marzo 2014 (RJ 2014, 1926), 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 5905) y 29 junio 2016 (RJ 2016, 3159). En todas ellas se estima que el supuesto de hecho descrito tiene cabida en el art. 61.1 LC que estima que el crédito ha de ser considerado concursal (y no contra la masa) porque las obligaciones inicialmente recíprocas dejan de serlo cuando “una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración [de concurso de acreedores], lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal”. En estas sentencias se viene a decir que una vez entregada la cosa objeto de leasing sólo queda la obligación del arrendatario de pagar la renta puesto que “no puede convertirse lo que es un derecho del arrendador financiero, cobrar la renta, en una obligación recíproca respecto de la obligación que tiene el arrendatario financiero de pagarla”.

35 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El leasing”, cit., p. 261.

36 DÍAZ ROMERO, M.R.: *El leasing mobiliario como garantía en operaciones financieras*, Civitas, Madrid, 2013, p. 164.

También es de aplicación al leasing, aunque no se mencione explícitamente en su texto, la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la contratación (en adelante LCGC), puesto que la mayoría de los contratos de arrendamiento financiero se celebran como contratos de adhesión sometidos a condiciones generales. Las condiciones generales en el contrato de leasing tienen un gran valor como en todo contrato atípico (y más en uno de procedencia anglosajona con en los que abundan las casuísticas y detalladas cláusulas)³⁷. Sin embargo, estas cláusulas han de pasar el filtro establecido en el art. 8 LCGC en materia de nulidad. Al tratarse de un contrato celebrado entre empresarios, el apartado 2 del citado art. 8 dice que no serán de aplicación las previsiones sobre cláusulas abusivas del TRLGCU³⁸. Finalmente, un sector doctrinal estima que también le sería de aplicación al arrendamiento financiero la Ley de la Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 (en adelante LRU)³⁹. Por el contrario, en la jurisprudencia no se admite la aplicación directa de la ley Azcárate al contrato de arrendamiento financiero salvo en aquellos casos en los que el contrato de leasing encubra un préstamo que, a su vez, admita la calificación de usurario⁴⁰.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING.

El tema de la naturaleza jurídica del leasing (en sentido estricto) tiene una enorme trascendencia por su condición de contrato atípico; puesto que de la calificación del contrato dependerá la posibilidad de aplicar analógicamente las normas de otros contratos típicos; lo que permitirá integrar el contrato más allá de los pactos de las partes y determinar, en su caso, la existencia de normas imperativas aplicables al mismo⁴¹. La naturaleza jurídica del contrato de leasing ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina, debido a la falta de una adecuada

37 O'CALLAGHAN, X.: "Jurisprudencia", cit., p. I.

38 En este sentido la STS de 12 noviembre 2012 (RJ 2014, 5697) al señalar que no es de aplicación "la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, al ser la arrendataria una persona jurídica de carácter mercantil". Asimismo, la SAP Barcelona (S. 15ª) 16 marzo 2016 (JUR 2011, 202030).

39 A favor de la aplicación de la LRU: BUITRAGO RUBIRA, J.R.: *El leasing financiero mobiliario y su jurisprudencia*, Pamplona, 1998, pp. 104 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La configuración del arrendamiento financiero (LEASING) por la ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional", ADC, vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 984 y ss.

40 En la jurisprudencia en la mayoría de supuestos no se admite la aplicación de la LRU porque el leasing no es asimilable a un contrato de préstamo. Solo se aplicaría aquella norma en aquellos casos en los que la operación de arrendamiento financiero encubriese un préstamo que reuniese las condiciones de usurario. Este es el caso de las SSTS 8 junio 2006 (RJ 2006, 8178), 2 de febrero de 2006 (RJ 2006, 8178) –dictada en un caso de "lease-back", 21 febrero 2003 (RJ 2003, 2893), febrero 2002 (RJ 2879) – y la 28 junio 1999 (comentada por E. SABATER BAYLE, CCJC, núm. 51, 1999, pp. 1269-1284). En la STS 18 marzo 1998 (RJ 1998, 1351) en un caso de leasing inmobiliario justifica la no aplicación de la LRU en los siguientes términos: "el contrato de arrendamiento financiero, no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, está reconocido legalmente, y se recurre a él por razones de financiación y también por razones fiscales. Aunque vaya precedido de una compraventa del inmueble por el que luego será arrendador financiero, no cabe equiparlo a las ventas con pacto de retro, también lícitas pero próximas, en ocasiones, a los préstamos encubiertos y con la garantía de la finca [...]. Por todo ello, si no hay préstamo, si no hay negocio que encubra préstamo ni abuso de situación angustiosa".

41 GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 155.

regulación jurídico-sustantiva de la figura, a su origen en un país extranjero con un sistema distinto al nuestro y a su compleja estructura contractual articulada en torno a dos contratos. En consecuencia, son varias las teorías que se han elaborado al respecto.

1. El leasing como contrato de arrendamiento.

Una de las primeras tesis elaboradas por la doctrina ha sido la que aproxima al leasing con el arrendamiento, puesto que el elemento predominante en este contrato es la cesión del uso a cambio de precio, ya que el ejercicio de la opción de compra por el usuario es facultativo. Los defensores de esta tesis estiman que, aunque se reconozca la función económica del leasing, la calificación del contrato ha de efectuarse sobre el mecanismo jurídico utilizado: el arrendamiento de cosa mueble con el añadido de una opción de compra⁴². En la primera jurisprudencia sobre el leasing había llegado a defenderse esta tesis que ha quedado superado por las que mantienen que no es posible equiparar el arrendamiento financiero con el arrendamiento de cosas⁴³.

2. El leasing como una venta a plazos.

Otra tesis es la que asimila al leasing con la venta a plazos garantizada con una reserva de dominio, habida cuenta de la cesión de uso y a la posibilidad final de adquirir el bien en propiedad. En este sentido se entiende que los pagos periódicos constituirían una fragmentación en plazos de su valor total⁴⁴. Esta teoría tiene difícil sustentación tras la Ley 28/1998 (LVPBM), en cuyo art. 5.5 se excluye expresamente de su ámbito de aplicación el arrendamiento financiero. Además, en el leasing no es la vendedora quien se reserva el dominio del bien sino la entidad financiera. En la jurisprudencia son numerosas las resoluciones que han puesto de relieve que el arrendamiento financiero “se trata de un contrato jurídicamente

42 Defienden la concepción arrendaticia: ILLESCAS ORTIZ, R.: “El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato”, *RDM*, 1971, núm. 119, pp. 108-114; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La naturaleza”, cit., pp. 59 y ss., y “El leasing financiero y la ley de ventas a plazos de bienes muebles (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978)”, *ADC*, 1980, pp. 780-781 [más tarde abandonará esta postura] y O’CALLAGHAN, “Jurisprudencia”, cit., pp. 17-19.

43 Se ha llegado a defender esta tesis en las SSTS de 26 junio 1989 (RJ 1989, 4786), 30 abril 1991 (RJ 1991, 3115) y 24 mayo 1997 (RJ 1997, 4886). Por el contrario, en alguna sentencia como la STS 7 febrero 2000 (RJ 2000, 282) se niega su carácter arrendaticio al decir que “no cabe equiparlo [el leasing] al simple arrendamiento de cosas”.

44 A favor de la asimilación con la compraventa a plazos: AMORÓS GUARDIOLA, M.: “El ‘leasing’ inmobiliario y su inscripción registral”, *RCDI*, 1985, núm. 569, pp. 899 y 902, estima que el leasing, si bien en su faceta inmobiliaria, no se corresponde con el “arrendamiento con opción de compra”, sino que entraña una venta a plazos con reserva de dominio disimulada, y como tal debería tratarse; ROJO AJURÍA, L.: *Leasing mobiliario*, cit., pp. 43, 153 y ss.; y “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989”, *CCJC*, núm. 20, I.989, p. 605; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS de 28 de mayo de 1990” *CCJC*, 1990, núm. 23, pp. 701 y ss.; PARRA LUCÁN, M.A.: “Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997”, *CCJC*, 1998, núm. 46, p. 344.

distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio⁴⁵. Excepcionalmente, en algunas sentencias, dictadas con ocasión de tercerías de dominio, se ha considerado que a pesar lo manifestado por las partes al contratar que se trata de una compraventa y no un contrato de leasing⁴⁶.

3. El leasing como contrato *sui generis* de financiación.

La corriente doctrinal más generalizada estima que el leasing es un contrato *sui generis* de financiación; para ello se basan en que no cabe calificar el leasing a partir de uno de sus elementos estructurales, como es la cesión del uso o la opción de compra⁴⁷. Hay que valorar el contenido obligacional de la operación de leasing, puesto que la prestación de la entidad financiera no consiste ni en arrendar ni en enajenar bienes, sino en realizar una actividad de financiación⁴⁸. De modo que las cuotas no son propiamente un precio o renta por el uso de la cosa –como ocurre en el arrendamiento– sino la suma del valor de restitución del precio del bien al que lo compró (la empresa de leasing) y del precio o carga financiera de la operación (que incluye el beneficio del financiador), como ocurre con el interés con préstamo. Así pues, el contrato de leasing es un contrato complejo que persigue la financiación y eventualmente la adquisición de bienes, de modo que su causa no es otra que la financiación, de modo parecido a como lo hace la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo (en adelante LCC)⁴⁹.

45 Así se ha mantenido en numerosas sentencias, como la STS 11 febrero 2010 (RJ 2019, 531), 4 diciembre 2007 (RJ 2008,42), 4 abril 2002 [RJ 2002, 3114] y 19 de julio de 1999 [RJ 1999, 5959] y 10 de abril de 1981 (RJ 1981, 1532).

46 En la STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6590) dictada con ocasión de una tercería de dominio se estima que el contrato era una compraventa disimulada de bienes muebles a plazos y no un contrato de leasing. Para ello se tiene en cuenta no sólo el valor residual insignificante de la compraventa, sino también que el vehículo no es industrial ni de transporte y que no existía una opción de compra sino una adquisición automática del vehículo sin necesidad de manifestación expresa.

47 ROJO AJURIA, L.: *Leasing mobiliario*, cit., pp. 233 y ss.; SÁNCHEZ-PARODI, J.: *Leasing*, cit., p. 162; BUITRAGO RUBIRA, J.R., *El leasing*, cit., pp. 88 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., pp.166 a 169; GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 166 a 178; BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual*, cit., p. 282; MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado*, cit., p. 1028; BOLDÓ RODA, C.: “Contratos”, cit., p.174; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho*, cit., p. 293.

48 BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual*, cit., p. 283, entienden que el usuario acude a la sociedad de leasing buscando financiación, pero no tanto para la adquisición del bien sino para poder tener su uso durante el plazo de amortización o vida útil. Siendo esta la razón por la que en las genuinas operaciones de leasing no suele ejercerse la opción de compra.

49 Las SSTs 16 mayo 2000 (RJ 2000, 5082) y 5 octubre 2000 (RJ 2000, 7542) parecen ir en este sentido “en el préstamo [...] la razón de ser del contrato es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el “leasing” se financia directamente la adquisición del objeto”. En la SAP Barcelona (S.13) 30 junio 2016 (JUR 2016, 212187) se establece que la naturaleza del contrato de leasing es la de un arrendamiento con opción de compra, no, como pretende el demandado, la de un préstamo con pacto de retro”.

VIII. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL LEASING.

En la doctrina es mayoritaria la opinión de que el arrendamiento financiero presenta unidad en lo económico y dualidad en el aspecto jurídico⁵⁰. Desde el punto de vista económico la denominada “operación de leasing” satisface los intereses económicos de tres partes (entidad financiera, usuario y suministrador o vendedor). En el plano jurídico esta operación económica se estructura a través de dos contratos diferenciados: uno de arrendamiento con opción de compra y otro de compraventa⁵¹. Con independencia de lo que más adelante se dirá, ya está completamente admitido que la mencionada “operación de leasing” no es sino un caso más de contratos conexos o vinculados⁵². No obstante, en la doctrina, también ha llegado a defenderse que el contrato de compraventa y el de leasing estaban integrados dentro de un único contrato mixto o trilateral⁵³. Asimismo, en la jurisprudencia, en alguna sentencia llegó a defenderse que el leasing es un contrato único⁵⁴, si bien ha terminado imponiéndose la línea jurisprudencial partidaria de dualidad de contratos, pero conexos y dependientes entre sí. Finalmente, también se ha estimado que las consecuencias derivadas de la conexión de los contratos de compraventa y leasing, son semejantes con independencia de que se opte por la tesis de la bilateralidad o del contrato único⁵⁵.

I. El contrato de compraventa.

En el contrato leasing, como ya hemos señalado, el interesado en disponer de un bien que va a financiar con un contrato de leasing, se pone en contacto con un proveedor para elegir un determinado bien que responda a sus necesidades. El segundo paso es contactar con una entidad de leasing para que esta adquiera

50 GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 24.

51 En la doctrina predomina la tesis de la bilateralidad, por todos SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho*, cit. p. 295.

52 MARÍN LÓPEZ, M.J. en CARRASCO PERERA, A., MARÍN LÓPEZ, M.J y CORDERO LOBATO, E.: *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Elcano, 2002, p. 1026; REAL PÉREZ, A.: “Comentario a la STS 22 de abril de 1991”, *CCJC*, núm. 26, abril/agosto 1991, p. 507; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El leasing”, cit., p. 251.

53 MANZANO SOLANO, A.: “Sobre la naturaleza jurídica del “leasing” o arrendamiento financiero”, *RCDI*, 1992-II, núm. 611, p. 1814; REAL PÉREZ, *CCJC*, 1991, cit., pp. 508-511; DÍAZ ROMERO, M.R.: *El leasing*, cit., p. 65.

54 Así sucede con la STS 7 febrero 1995 (RJ 1995, 1226) para la que el leasing es “una estructura jurídica de elementos que se relacionan por la concurrencia de tres partes, es decir, el empresario o usuario que necesita los equipos industriales u otros bienes y es el que arrienda, la sociedad intermediaria de “leasing”, que se los facilita, al financiar con lucro la operación y el vendedor, fabricante o distribuidor de los bienes que es quien los enajena a la entidad financiera (arrendadora en el contrato), la que pasa a ostentar la condición de vendedora interpuesta”. La STS 25 junio 1997 (RJ 1997, 5210) afirma que “la relación jurídica es pues trilateral”, aunque lo hace para absolver a la entidad financiera, por falta de litisconsorcio pasivo necesario, que no había sido demanda al interponerse una acción resolutoria contra la fabricante y la vendedora por defectos en el camión financiado con un contrato de leasing. Asimismo, en la STS 3 febrero 2000 (RJ 2000, 621) en la que se afirma que en “en el contrato de arrendamiento con opción de compra o “leasing” concurren tres partes [...]”. Este caso se admite la resolución del contrato de leasing al no haberse entregado la documentación correspondiente al camión objeto de financiación y no poder ser utilizado.

55 GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., pp. 65-66. No obstante este autor termina reconociendo que nos: “nos parece más adecuado a nuestro derecho y a la realidad de la operación reconocer en el leasing dos contratos conexos”.

la propiedad del bien que aquél le indique a los efectos de que luego le ceda su uso mediante un contrato de leasing. De modo que la primera obligación de la financiera, será contactar con el proveedor que le ha indicado el cliente interesado en el leasing y procederá a la adquisición del bien de acuerdo con lo especificado por el usuario (su clase, marca, especificaciones técnicas y demás condiciones del mismo) así como al proveedor que este señale⁵⁶. Con relación a los bienes objeto de leasing la Disp. Adic. 3ª de la LOSSEC exige que éstos sean afectados por el usuario a determinados fines de carácter económico o productivo; este requisito hace que la operación de leasing como ya hemos señalado no pueda calificarse como contrato de consumo⁵⁷. Además, la doctrina atribuye a la compraventa que integra la “operación de leasing” carácter mercantil, puesto que es el ánimo de lucro lo que impulsa a la financiera a su adquisición, además ambas partes del contrato, la sociedad de leasing y el vendedor, tiene la condición de empresarios y los bienes adquiridos son cedidos al usuario para dedicarlos a una actividad empresarial o comercial⁵⁸. Esta compraventa no puede ser considerada como un negocio jurídico aislado del contrato de leasing en sentido estricto, puesto que la relación de mutua dependencia entre ambos contratos es tan evidente que la realización de uno constituye la condición para la conclusión del otro⁵⁹.

2. El contrato de arrendamiento financiero.

En la “operación de leasing” el contrato de compraventa concurre el contrato de leasing o arrendamiento financiero en sentido estricto. Mediante el contrato de arrendamiento financiero la entidad financiera cede al arrendatario el uso del bien que ya ha adquirido, o que va a adquirir, de acuerdo con las instrucciones de aquel. El usuario, a lo que se añade el ofrecimiento de que este pueda adquirir la propiedad del bien ejercitando una opción de compra. Así pues, el contrato de arrendamiento financiero está integrado por dos elementos esenciales como son la cesión temporal de uso y la opción de compra sobre los bienes cedidos.

56 En el apartado primero de la disp. adic. 3ª LOSSEC se dice que “Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas”. A partir de ese texto queda evidente que es el usuario quien elige el bien a comprar por la financiera; nos parece que esa circunstancia lleva implícita que sea el usuario quien elija al proveedor.

57 ROJO AJURIA, L.: *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 69 y 293.

58 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, *ADC*, 1982, fasc. I, pp. 41-120; LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 110; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 95; BOLDÓ RODA, C.: “Contratos, cit., p. 174.

59 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho*, cit. p. 295, son de la opinión que “el contrato de arrendamiento financiero se relaciona necesariamente con el contrato de adquisición del bien, de tal forma que el usuario subentra en este contrato, lo que dará lugar a una situación jurídica compleja, pero que no llega a destruir el contrato de leasing”.

A) La cesión del uso.

La cesión del uso, por lo general, suele presentar las siguientes características: a) la entrega del bien al usuario se realiza directamente por la empresa suministradora sin que la empresa de leasing llegue a tener contacto material con el mismo; b) en el contrato de arrendamiento financiero la sociedad de leasing suele incluir una cláusula en virtud de la cual se exonera de toda responsabilidad en caso de incumplimiento por el suministrador y, c) en contraprestación a la exoneración pactada la financiera subroga al usuario en todas las acciones que aquella pudiera tener contra el suministrador por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa.

B) La opción de compra.

La opción de compra constituye un elemento esencial para la calificación de un contrato como arrendamiento financiero, puesto que su inclusión se impone con carácter obligatorio por la Disp. Adic. 3ª. de la LOSSEC para poder ser ejercitada tras la finalización del período de uso pactado⁶⁰. Además, en alguna sentencia se afirma que la ausencia de la opción de compra (o incluso su aplicación automática) impide calificar al contrato como de leasing⁶¹. La presencia de la opción de compra permite que el usuario al finalizar el contrato tenga tres posibilidades de actuación⁶²: a) ejercitar el derecho de opción; b) no ejercitar la opción y, en consecuencia, que tenga que restituir el bien a la sociedad arrendadora y c) prorrogar el contrato anterior o concluir otro contrato de idéntica naturaleza para adquirir otro bien que sustituya al que probablemente ha quedado obsoleto.

En la práctica comercial la cuantía del precio de la opción tiene carácter simbólico, puesto que la configuración de la opción está diseñada para que el usuario se vea compelido a ejercerla; puesto que el cálculo de las cuotas se hace en función de la amortización del bien, de modo que por lo general sea más onerosa su devolución que el ejercicio de la opción⁶³. Reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, dictadas con ocasión de tercerías de dominio, han establecido respecto de la opción de compra que “lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual de la opción de compra denota que se trata de una compraventa”⁶⁴.

60 Para la STS 29 junio 2016 (RJ 2016, 3159) la opción de compra es “una obligación de la arrendadora que tan solo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra”.

61 Así la STS 8 de mayo 2005 (RJ 2005, 4234).

62 LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., p. 115.

63 GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 35.

64 En este sentido las STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6590) y 30 diciembre 2003 (RJ 2003, 9000).

IX. LA CONEXIÓN CONTRACTUAL EN EL LEASING.

La configuración del contrato de leasing como un contrato de financiación, implica que la realización del propósito práctico perseguido por las partes no se agote tras la perfección del contrato de leasing, entre el usuario y la empresa financiera, sino que esta última todavía tiene que realizar (o ya lo ha realizado) un segundo contrato, ahora con la empresa suministradora, para la adquisición de los bienes objeto de la financiación (salvo que el usuario ya los tuviera en su poder como sucede con el denominado lease-back). De modo que aun a pesar de que los contratos de compraventa y arrendamiento financiero, inicialmente son dos contratos distintos, perfeccionados entre distintos sujetos, sin embargo, constituyen una unidad funcional y económica, la denominada “operación de leasing” puesto que cada uno de estos contratos constituye la razón del ser del otro, de modo que ambos negocios jurídicos no habrían nacido sin la existencia del otro⁶⁵. Por otro lado, en ambos negocios una de las partes contratantes (la sociedad de leasing) también lo es del otro contrato. Finalmente, todas las partes son conscientes de la existencia de una relación triangular que les une, el vendedor ha tenido contacto personal con el usuario puesto que ha sido este quien ha elegido bien. El suministrador también es consciente de que sin la financiación no habría vendido el bien y tiene pleno conocimiento de que la compraventa efectuada por la financiera es para ceder el uso del bien al arrendatario. Así pues, ambos contratos convergen en la consecución de un mismo propósito práctico o nexo funcional que constituye el elemento determinante para apreciar la existencia de una conexión jurídicamente relevante entre los dos contratos⁶⁶. Este nexo funcional es el elemento que actuando a modo de cemento jurídico cohesiona a ambos contratos. Esta conexión funcional, como ya hemos dicho, se pone de manifiesto por dos circunstancias⁶⁷: 1) Por las relaciones de hecho existentes entre usuario y vendedor, ya que el primero es quien señala el bien concreto que la sociedad financiera va a comprar. 2) Por la cláusula que normalmente se incluye en todo contrato de arrendamiento financiero en cuya virtud la sociedad de leasing se exonera de cualquier tipo vicio de fabricación o funcionamiento o falta de idoneidad del bien cedido en arrendamiento. Además, esta exoneración por lo general va acompañada por la subrogación del usuario en los derechos que la

65 Hay referencias a la operación de leasing en las SSTs 24 mayo 1999 (RJ 1999, 3927) y en la 23 diciembre 1999 (RJ 1999, 9368). En la jurisprudencia menor podemos encontrar referencias a la expresión “operación de leasing”. En la SAP Madrid (S.21ª) 30 mayo julio 2019 (JUR 2019, 212635); SAP Barcelona (S. 14ª) 31 enero 2018 (AC 2018, 400) dice que el leasing “en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos órdenes de intereses subjetivos [...] en el orden o aspecto jurídico no se configura como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos netamente diferenciados: un contrato de compraventa [...] y un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero [...]”. Para la SAP Barcelona (S.13) 30 junio 2016 (JUR 2016, 212187) el contrato de leasing aparece indisolublemente unido a una operación previa de compraventa de un bien, propiedad inicialmente del arrendatario financiero, en favor del arrendador financiero.

66 LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., pp. 273-282; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 183.

67 LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., p. 117.

entidad arrendadora tiene frente al vendedor derivados de la compraventa⁶⁸. Las dos figuras, exoneración y subrogación, aparecen en las condiciones generales de casi todos los contratos de leasing financiero.

El Tribunal Supremo se ha referido al leasing en reiteradas ocasiones como un supuesto de conexión de contratos complejo o atípico⁶⁹. Pero no fue hasta la STS 26 de febrero de 1996 (RJ 1264), cuando el Alto Tribunal puso especial énfasis en señalar la interrelación y los efectos existentes entre los convenios celebrados en estos supuestos: “dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe entre todo arrendamiento financiero o leasing y el de compraventa” la resolución de ésta “ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero”⁷⁰.

El fenómeno de conexión contractual se trata de una manifestación del fenómeno conocido como contratos vinculados o conexos o grupos de contratos en la doctrina francesa⁷¹. La “operación de leasing” no es sino una de las varias

68 M mediante la cesión de acciones se está permitiendo al usuario actuar en relación a un contrato en el que no es parte, de donde resulta que al menos en lo relativo a la reclamación por vicios existe una especie de conexión convenida (LÓPEZ FRIAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., p. 118).

69 La STS 14 diciembre 2010 (RJ 2011, 141) constituye la manifestación más cercana de la línea jurisprudencial que establece que: “la naturaleza jurídica del contrato de leasing -arrendamiento financiero- es la de un contrato complejo y atípico en el que la propiedad se conserva por el arrendador hasta que se ejerce la opción de compra”. En parecidos términos se habían pronunciado las SSTs 11 febrero 2010 (RJ 2010, 531), 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 42) y 24 mayo 1999 (Comentada por AGUILAR RUIZ, L.: “La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o ‘leasing’ y la compraventa del bien arrendado”, *RDP*, núm. 4/2000, pp. 173-178 y por M.J. MARÍN LÓPEZ, *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1141-1154).

70 Esta sentencia ha sido la más relevante de entre todas las citadas habida cuenta el elevado número de comentarios que generó en su día: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS 26 febrero 1996), *ADC*, 1998, I, pp. 327 y ss.; DÍAZ MUYOR, M.: “Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996), en DEL POZO CARRASCOSA, P. y DÍAZ MUYOR, M. (coord.): *Contratación bancaria*. Barcelona 1998, pp. 383 y ss.; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *CCJC*, 1996, núm. 41, cit., pp. 741-772 y REAL PÉREZ, A.: “El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing. Comentario a la STS (Sala Iª) 26 de febrero de 1996”, *RDP*, 1998, pp. 386 y ss.

71 La teoría de los denominados contratos conexos tuvo un gran predicamento en Francia en la segunda mitad del siglo XX bajo el nombre de la teoría de los grupos de contratos; esta corriente surgió para explicar las acciones directas surgidas al margen de un texto legal. Una nueva realidad socio-económica estaba generando la aparición de contratos con una mayor imbricación o interconexión entre ellos. De modo que se cuestionó el alcance del principio individualista del efecto relativo de los contratos. El nuevo mecanismo permitió la creación de vínculos contractuales directos entre los contratantes extremos, de modo que personas que no han intercambiado su consentimiento, forman parte de un mismo grupo contractual. El grupo de contratos y el nexo funcional constituye un nuevo fundamento que permite justificar la existencia y el desarrollo del mecanismo de la acción directa. De modo que el desarrollo de las acciones directas, tanto en pago como en garantía, no son sino una manifestación de la existencia de relaciones de carácter contractual en el seno de los grupos de contratos. La noción del grupo contractual presenta una doble ventaja, en primer lugar permite salvar el obstáculo constituido por el principio de relatividad contractual al hacer descansar los límites del ámbito de aplicación del contrato al grupo contractual, finalmente favorece la admisión de nuevas manifestaciones de la acción directa cuando estas se sitúan en el seno de un grupo de contratos, y supone un freno a la extensión desmesurada al recurso a la responsabilidad extracontractual para justificar la indemnización a los terceros que han sufrido un daño con ocasión de un contrato en el que no han sido parte. Un nuevo concepto de parte se produce como consecuencia de esta tesis, ya que la condición de parte se extiende a todos los participantes del grupo contractual. La categoría de tercero en el sentido del art. 1165 (cfr. 1257 CC) se reduce puesto que no engloba los miembros del grupo contractual. El principio de relatividad sólo se aplicará a los terceros absolutos exteriores al grupo. Puesto que, si bien es cierto que los contratantes extremos del grupo no son parte en el mismo contrato, sin embargo, son partes en el mismo conjunto contractual y esta consideración conlleva a que se les aplique

manifestaciones de este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico⁷². El legislador español, a diferencia del abandono en que tiene sumido al contrato de leasing, sí que ha regulado varios supuestos de contratos conexos: el primer supuesto fue el de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo que ya ha sido sustituida por la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo. El segundo caso fue el de la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles en la que -a diferencia de la anterior ley de Venta a Plazos, ahora también se regulan los “contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición” (art. 1.1) y las consecuencias del desistimiento que provoca la “resolución del contrato de financiación (art. 9.2). En tercer lugar, está el art. 77 del TRLGCU relativo al desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario⁷³. Asimismo, en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se contempla la ineficacia del contrato de préstamo si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento (art. 15.2). Finalmente, en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que también regula la “práctica de ventas vinculadas y combinadas” (art. 17), en cuyo apartado 2. Se establece que “será nulo todo contrato vinculado al préstamo que, en perjuicio del prestatario, no cumpla con las exigencias previstas en este artículo. La nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo que, en su caso, afecten a productos vinculados no determinará la nulidad del préstamo”.

En el caso del arrendamiento financiero, para un sector doctrinal con el que nos identificamos, la conexión contractual produce varias consecuencias entre los distintos contratos vinculados⁷⁴: la propagación de las respectivas ineficacias (nulidad, resolución, etc.), la excepción de cumplimiento y los efectos del desistimiento unilateral respecto a la totalidad de la operación, la interpretación conjunta de los contratos y la extensión de la responsabilidad contractual (acciones

la responsabilidad contractual dentro de sus relaciones recíprocas. Para una información más detallada sobre la tesis de los grupos de contratos vid. ARNAU MOYA, F.: *Acción directa y vinculación contractual*, <http://www.tdx.cbuc.es.>, 2002, pp. 55-63. Los principales de esta tesis fueron NÉRET, J.: *Le sous-contrat*, París, 1979; TEYSSIÉ, B.: *Les groupes de contrats*, París, 1975; y BACACHE-GIBELI, M.: *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, 1996.

72 En la doctrina también predomina la opinión de que los intereses presentes en la operación de leasing no confluyen en un único negocio, sino en dos contratos bilaterales independientes, aunque conexados entre sí: SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing*, cit., p. 173; GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: “Aproximación al contrato de leasing financiero mobiliario”, CDC, núm. 40, 2003 (Ejemplar dedicado a: Leasing mobiliario), p.250; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El leasing”, cit., p. 252 y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho*, cit. p. 295.

73 Art. 77 TRLGCU: “Cuando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor y usuario, incluidos los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, y el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario”.

74 LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., pp. 292-235.

directas). Por la extensión de este trabajo sólo serán analizados el primer y el último efecto.

El primero de estos efectos supone que cualquier patología que sufra el contrato de compraventa (resolución, nulidad) se propagará al contrato de arrendamiento financiero que en consecuencia quedará resuelto o anulado⁷⁵. Esto es así porque en virtud de la conexión contractual el contrato de compraventa se ha convertido en presupuesto del contrato de leasing. De modo que desaparecido el primero no tiene sentido que siga produciendo efectos el segundo por haber dejado de satisfacer el interés del usuario. El usuario está legitimado para resolverlo por haber desaparecido la base del negocio⁷⁶. En nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha establecido un mecanismo similar en todos aquellos supuestos en los que ha regulado la conexión contractual. A título de ejemplo, el art. 26.2 de la LCCC de modo que dentro de un grupo de contratos vinculados “la ineficacia del contrato de consumo determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación”⁷⁷. El segundo efecto que vamos a comentar más adelante, es el del nacimiento de acciones directas en el seno de los contratos conexos, supuesto este que a diferencia del primero ya no genera consenso dentro de la doctrina.

X. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y CESIÓN DE ACCIONES.

El bien entregado en leasing puede presentar defectos de conformidad de funcionamiento o incluso no haber sido ni tan siquiera entregado. Como quien compra es la sociedad de leasing y no el usuario, nos encontramos ante el hecho de que quien sufre los daños, el usuario del bien, no puede reclamar al vendedor puesto que no ha contratado con él -es un tercero en el sentido clásico del art. 1257 CC-, de modo que únicamente puede hacerlo la financiera puesto que es quien realmente ha comprado el bien. Por todo ello, las sociedades de leasing suelen exonerarse de toda responsabilidad frente al usuario por la existencia de cualquier tipo de defecto que afecte al bien. No obstante, cláusula en la que se establece la exoneración debe ir acompañada de una cesión de los derechos que la financiera tenga frente a la vendedora del bien por su condición de compradora⁷⁸. Así pues,

75 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 181.

76 MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000, p. 388; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 182, explica este fenómeno: “aquellos contratos [de compraventa y de leasing] que en principio eran autónomos, en virtud de la vinculación contractual se ha establecido un ligamen suficiente como para que las vicisitudes del desarrollo y ejecución de uno de los contratos alcancen al otro”.

77 El precedente de este precepto se encuentra en el art. 14.2 de la LCC. Vid. ARNAU MOYA, F.: “La vinculación contractual en la Ley 7/1995 de crédito al consumo (diez años de experiencias)”, en AA.VV.: *Libro-Homenaje al Profesor D. Manuel Amorós Guardiola*, T.I, Madrid, Ed. Colegio Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2006, pp. 263-265.

78 BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual*, cit., p. 284. Señalan estos autores que comoquiera que la financiera adquiere la propiedad y el financiado su uso, es la primera la que asume los riesgos de pérdida o

entre las condiciones generales de los contratos de leasing, suelen incorporarse tanto las denominadas cláusulas “exoneración” de responsabilidad del empresario de leasing, respecto de las utilidades del bien entregado al usuario, así como la de “subrogación” o cesión de acciones a favor del usuario. Pueden aparecer tanto como cláusulas independientes o fusionadas en una única cláusula, de ahí que en ocasiones se hable de cláusula de exoneración/subrogación⁷⁹. La razón de ser de la cláusula de subrogación se encuentra en los arts. 1209 y 1112 CC, provocarán que surjan relaciones jurídicas entre sujetos que no forman parte de un mismo contrato, provocando una especie de conexión pactada entre contratos.

La cláusula de “exoneración” de responsabilidad de la entidad de leasing por las incidencias derivadas de la compraventa puede tener un contenido variable, habida cuenta de la falta de regulación legal de este contrato, si bien lo normal es que se refiera a la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes objeto de contrato⁸⁰. De modo que el usuario ante el incumplimiento de vendedor por cualquiera de los motivos reseñados no podrá dirigirse contra la entidad de leasing para exigir la reparación de los vicios, la sustitución del bien defectuoso, o en su caso la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, por impedirlo la citada cláusula de exoneración. La doctrina con carácter general admite la validez de las cláusulas de exclusión de responsabilidad, siempre que cumplan un doble requisito: que la cláusula vaya acompañada de la cesión al usuario de todas las acciones y derechos que corresponden a la entidad de leasing frente al vendedor; y que no concurra actuación dolosa por parte de la financiera, ni conozca esta *ab initio* la existencia de vicios en la cosa⁸¹.

La segunda cláusula que se suele incluir en las condiciones generales de los contratos de leasing es la de la “subrogación” del usuario en la posición jurídica de la entidad de leasing para poder ejercitar frente al proveedor las acciones que le asistan como compradora. La cesión de acciones faculta al usuario para dirimir sus controversias con el vendedor, dejando de lado a la entidad de leasing. Mediante la cesión se dota al usuario de un mecanismo para sortear el principio de la relatividad contractual y dirigirse contra el proveedor, que -en principio- no es sino un tercero con el que no ha contratado. La doctrina estima que la cesión de acciones es la contraprestación a la exoneración de responsabilidad, puesto que la falta de esta cláusula conduciría a una situación injusta de inmunidad total de la

deterioro de la cosa, motivo por el cual se suele imponer la obligación de asegurar la cosa al usuario.

79 GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 181.

80 LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., p. 117; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., pp. 194 -195.

81 Por todos, O'CALLAGHAN, X.: “Jurisprudencia”, cit., p. 7.

financiera y a un desamparo absoluto para el usuario⁸². En este mismo sentido se han pronunciado varias sentencias⁸³.

XI. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA POR EL USUARIO.

La denominada subrogación convencional opera a través del mecanismo de la cesión de créditos. El objeto de la cesión puede ser todo derecho que sea transmisible salvo que la ley o las partes dispusieren lo contrario (art. 1.112 CC). Tras la cesión de créditos que la sociedad de leasing efectúa en favor del usuario este ya podrá dirigirse contra el proveedor en los mismos términos fijados en el contrato de compraventa suscrito entre aquél y la financiera⁸⁴. Lo anterior que supone que el usuario podrá utilizar las mismas acciones que, legal y convencionalmente, le corresponden a la entidad de leasing por su condición de compradora. Por consiguiente, el usuario dispondrá de las acciones propias de la compraventa civil derivadas del saneamiento por vicios ocultos y gravámenes (1.484 a 1.499 CC) y de la mercantil (arts. 336.2, 324 y 345 Ccom), además de las acciones derivadas de las normas que regulan la responsabilidad contractual general (arts. 1.101 a 1.107 y 1.124 CC) lo que incluye también los supuestos de nulidad (art. 1300 CC a 1314); así como todas aquellos otros derechos que pudieran haberse establecido en el contrato de compraventa, como la garantía convencional⁸⁵. En contrapartida el cliente cesionario estará expuesto a las excepciones que el proveedor pudiera alegar frente a la empresa de leasing, como la falta de pago (STS 19 enero 2000).

Durante años, una práctica controvertida de las financieras fue la de excluir la acción de resolución de la compraventa de la subrogación de acciones, bien prohibiéndolo de modo expreso o simplemente por omisión, no haciendo referencia alguna a la misma. Desde el punto de vista de la financiera se trataba de evitar a toda costa la resolución de la compraventa puesto que suponía la pérdida

82 BUITRAGO RUBIRA, J. R.: *El leasing*, cit., p. 2101; MARIN LÓPEZ, M.J.: *CCJC*, 1996, núm. 41, cit., p. 769.

83 La jurisprudencia también ha elevado la cesión de acciones a la categoría de contrapartida de la exoneración de responsabilidad (SSTS 26 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1264] y 24 mayo 1999 [RJ 1999, 9360]). Se dice en esta última que "la exoneración de responsabilidad del segundo respecto del tercero, sin otorgamiento de los medios defensivos al tercero contra el primero, en cuanto a la inidoneidad de la cosa entregada, conduciría a una intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo odioso del usuario".

84 . GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 195-196.

85 MARIN LÓPEZ, M.J.: "Dos cuestiones sobre el art. 15 de la Ley 7/1995, el concepto de "previa reclamación contra el proveedor" y el ejercicio contra el prestamista de "los mismos derechos" que el consumidor tiene frente al proveedor", *CCJC*, núm. 104/2017. Este autor al comentar la STS 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5652) estima que el consumidor no puede reclamar al prestamista los daños y perjuicios causados por el vendedor incumplidor, puesto que la acción de daños y perjuicios no derivad del contrato ni de su incumplimiento sino de la producción culposa de un daño. Nosotros entendemos que en el caso del leasing el usuario por la vía subrogatoria no podría demandar al proveedor por los daños propios, solo aquellos que hubiera podido sufrir el arrendador financiero. En la doctrina se ha dicho con relación a la cesión de créditos (GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La cesión de créditos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 222) que el deudor (vendedor) no puede quedar frente al nuevo acreedor (usuario) en una situación más gravosa comparada a la del anterior acreedor (la financiera), por lo que no ha de cumplir más de lo que debía al originario acreedor ni tampoco la prestación puede resultarle más gravosa.

de su principal garantía que es la propiedad sobre el bien, a lo que se añadía el riesgo de que el juez autorizase al usuario a no pagar las cuotas restantes. Tras una polémica inicial, la doctrina entiende que aun cuando en la cláusula de subrogación no se haga ninguna referencia al ejercicio de la acción resolutoria, también habría que entenderla incluida dentro de las acciones cedidas al usuario⁸⁶. La citada STS 26 febrero de 1996 (RJ 1264) fue decisiva al establecer la subrogación “en todas las acciones que como compradora le pueden corresponder (a la financiera) frente a la entidad proveedora-vendedora” y que ésta “comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o inidoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos⁸⁷”. Es de señalar que el caso que dio lugar a la comentada sentencia no se había incluido de manera expresa la acción de resolutoria dentro de la cláusula de subrogación. Teniendo que hacer el Alto Tribunal una artificiosa interpretación para poder afirmar que esta acción sí que podía considerarse incluida de manera implícita dentro de las acciones cedidas a través de la subrogación. El Tribunal Supremo dejó pasar una magnífica oportunidad para haber reconocido la existencia de una acción directa en favor del arrendatario-usuario contra el vendedor para resolver el contrato más allá de la subrogación convencional máxime cuando en esa época ya se disponía del ejemplo del art. 14.2 de la recién publicada LCC⁸⁸.

XII. LA PROPAGACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA COMPRAVENTA AL CONTRATO DE LEASING.

Si el ejercicio de la acción de resolución a través del mecanismo de la subrogación convencional (o incluso de la acción directa) ha sido fructífero para el arrendatario-usuario, se producirá como efecto de la misma la restitución de prestaciones. De modo que el bien vendido tendrá que serle devuelto al vendedor, bien directamente por el usuario o a través del arrendador financiero. No obstante, tras la restitución de la cosa al vendedor el usuario todavía continúa obligado al pago de las cuotas. En consecuencia, es lógico que intente desligarse del leasing para dejar de satisfacer las cuotas a la financiera de un bien del que ya no está disponiendo⁸⁹. Sin embargo, el usuario sólo podrá dejar de pagar las cuotas, cuando se resuelva el contrato de leasing, puesto que lo contrario supondría un desistimiento unilateral del contrato

86 La doctrina estima que la cesión afecta a todas las acciones de que dispone la financiera frente al vendedor. Vid SÁNCHEZ-PARODI, J.L.: *Leasing*, cit., p. 203; LÓPEZ FRIAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., pp. 122 a 131; MARÍN LÓPEZ, M.J.: *CCJC*, 1996, núm. 41, cit., p. 757; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 203.

87 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 205 dice que. “En la STS de 26 de junio de 1996, sin llegar a reconocer una acción directa, se reconoce la legitimación activa al usuario para resolver el contrato de adquisición aun a pesar de no haber precisado que actuaba por subrogación, requisito formal que había venido exigiéndose en resoluciones anteriores”.

88 La Ley 7/1995, de crédito al consumo fue publicada en el BOE de 25 de marzo de 1995.

89 GARCÍA SOLE, F.: “La Subrogación en los Derechos de la Compañía de Leasing, frente al proveedor o Vendedor”, *AC*, núm., 15, 1.989, p. 1063; ROJO AJURIA, L.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989”, *CCJC*, núm. 20, Abr.-Ago. 1.989, p. 607; y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El leasing”, cit., p. 248.

proscrito por el art. 1256 CC. De ahí que en la mayoría de supuestos en los que se solicita la resolución del contrato de compraventa por inhabilidad o inidoneidad del bien (“aliud pro alio”) el actor también solicite en el mismo escrito de demanda la resolución del contrato de leasing.

La cuestión de la resolución del contrato de leasing es un tanto compleja, puesto que en principio contrato de leasing debería continuar produciendo sus efectos, con independencia de la resolución del contrato de compraventa, puesto que el usuario no puede alegar un incumplimiento de la financiera por cuanto que esta ha cumplido escrupulosamente con lo pactado⁹⁰. Sin embargo, entre la doctrina mayoritaria ya está plenamente admitido que la resolución de la compraventa proyecte sus efectos sobre el contrato de leasing determinando su ineficacia como consecuencia del mecanismo de la conexión contractual. La propagación de las vicisitudes del contrato de compraventa al de leasing se producen incluso a pesar de la cláusula de exoneración, en cuya virtud el usuario renuncia a dirigirse contra la compañía de leasing -incluyendo la resolución del contrato - en caso de no poder utilizar los bienes⁹¹. Se argumenta que uno de los efectos de la vinculación o conexión entre contratos, es la posibilidad de que los supuestos de “patología contractual” de un contrato alcancen al otro coligado⁹². Esta es la conclusión a la que llegó la STS 26 febrero 1996⁹³ que no sólo reconoció al usuario el ejercicio de la acción de resolución contra el vendedor, sino que también reconoció al usuario la posibilidad de resolver el contrato de leasing⁹⁴. Esto era posible como consecuencia del incumplimiento previo del vendedor, alegando que: “dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe entre todo contrato de arrendamiento financiero o leasing y el de compraventa, la resolución de esta ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero”. En realidad, la resolución de la compraventa produce una “frustración del fin práctico

90 Vid. GARCÍA SOLE, F.: “La Subrogación en los Derechos de la Compañía de Leasing, frente al proveedor o Vendedor”, AC, núm., 15, 1.989, p. 1063; ROJO AJURIA, L.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989”, CCJ, núm. 20, Abr-Ago, 1.989, p. 607; y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El leasing”, cit., p. 248.

91 A favor de esta la extensión de la resolución al contrato de leasing: LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., p. 136; MARÍN LÓPEZ, M.J.: CCJ, 1996, núm. 41, cit., pp. 760-761; y GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 207.

92 LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos...*, cit., p. 118.

93 STS 26 febrero 1996 (RJ 1996, 1264).

94 Una de las primeras sentencias fue la STSJ Navarra de 22 mayo 1992 (RJ 1992, 6198), al decir que “en su función económica el “leasing” o “arrendamiento financiero” [...] viene a conjugar y satisfacer tres distintos intereses subjetivos [...] desde el punto de vista jurídico la puesta en relación de estos tres órdenes de intereses no se articula a través de un único negocio trilateral, sino mediante la conclusión de dos contratos, perfectamente diferenciados, aunque encadenados y dependientes entre sí por su confluencia en una misma operación económica [...] siendo de significar aquí que, frente a la sociedad de leasing, que es parte en los dos contratos, el fabricante o proveedor tan sólo lo es en el de compraventa y el usuario en el de arrendamiento financiero (FD3º)”, finalmente hace referencia a la “interrelación o interferencia” entre ambos contratos y de dependencia funcional del contrato de leasing respecto del de compraventa”. La STS 26 febrero 1996 (RJ 1996, 1264) hace suya aquella fórmula utilizando parecidos términos. Siendo esta, a su vez, reiterada por las SSTs 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3927), 23 diciembre 1999 (RJ 1999, 9360), 4 junio de 2000 (RJ 2000, 4399) y 1 marzo de 2011 (RJ 2011, 2615).

del contrato” de leasing y la destrucción del “principio de equivalencia de las prestaciones”. O, en otras palabras, el contrato de arrendamiento financiero se resuelve por una falta sobrevenida de causa⁹⁵.

Es de reseñar que, si el Tribunal Supremo admitió que el usuario pudiera ejercitar la resolución de ambos contratos, compraventa y leasing, por el incumplimiento del vendedor (se trataba de unos equipos informáticos con graves defectos que los hacían inhábiles para el fin que fueron adquiridos) también fue porque tuvo la precaución de traer a juicio tanto al vendedor como a la financiera⁹⁶. Son numerosas las ocasiones en que el Alto Tribunal se ha opuesto a la resolución de la compraventa, cuando el usuario no ha demandado conjuntamente al vendedor y a la entidad financiera; en estos supuestos no se admite la resolución por apreciar una falta de litisconsorcio pasivo necesario⁹⁷. Se entiende que para que la relación jurídico-procesal esté debidamente constituida la entidad financiera también ha de ser demandada en el mismo proceso, puesto que de no hacerse así se decretaría la resolución de un contrato que le afecta directamente, sin haber sido oída ni vencida en juicio⁹⁸. Esta solución de la propagación de la ineficacia entre contratos conexos es coincidente con la prevista en la mayoría de supuestos de conexión contractual con base legal, como por ejemplo sucede con el art. 26.2 LCCC en el que “[...] la ineficacia del contrato de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación [...]”⁹⁹.

XIII. LA ACCIÓN DIRECTA DEL USUARIO FRENTE AL VENDEDOR.

El mecanismo de la subrogación convencional mediante la cesión de derechos sólo permite al usuario ejercitar aquellas acciones de que dispone la entidad de leasing contra el vendedor; sin embargo, esta medida no es suficiente para satisfacer todos sus intereses, puesto que no puede reclamar otros daños distintos a los que podría reclamar la financiera. Esto es así porque en estricta técnica

95 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 199.

96 En la jurisprudencia menor son numerosos los supuestos en los que se aplica la tesis de la interconexión o dependencia funcional, de modo que la resolución del contrato de compraventa alcanza al contrato de leasing: En este sentido las SSAAPP Islas Baleares (S. 3ª) 10 enero 2018 (JUR 2018, 53201), Valencia (S. 7ª) 8 septiembre 2017 (JUR 2019, 46545), Valencia (S. 8ª) 19 octubre 2016 (JUR 2018, 115406), Valencia (S. 7ª) 10 julio 2013 (JUR 2013, 325703), Girona (S. 1ª) 12 marzo 2010 (JUR 2010, 176713), Asturias 28 junio 2002 (JUR 2002, 251895), Barcelona (S. 17ª) 4 febrero 2002 (JUR 2002, 112471).

97 La STS 25 junio 1997 (RJ 1997, 5210) estima la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la sociedad de leasing. La actora solo demandó a la vendedora. La sentencia entiende que el defecto litisconsorcial tiene que ser corregido por lo que se declara que tiene que producirse una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. En este sentido se pronuncian las SSAAPP Barcelona (S. 16ª) 8 mayo 2001 (JUR 2001, 215364) y Castellón (S. 2ª) 16 septiembre 2001 (JUR 2001, 159599).

98 En este sentido las SSTS 25 junio 1997 (RJ 5220) comentada por M.J. MARÍN LÓPEZ, CCJC; núm. 45, 1997, pp. 1181-1196) y 22 abril 1991 (Comentada por A. REAL PÉREZ, CCJC, 1991, núm. 26, pp. 499-512).

99 Hay que tener presente que cuando se dicta la STS 26 febrero 1996 (RJ 1264) ya estaba vigente la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, en cuyo art. 14.2 se establecía que la ineficacia del consumo determinará asimismo la ineficacia del contrato de financiación.

jurídica, la subrogación convencional está limitada a los derechos y acciones de que dispone la compañía de leasing contra la vendedora derivados de la compraventa del bien financiado. En nuestra opinión la cesión de acciones no es la vía adecuada para reclamar ninguno de los daños y perjuicios particulares sufridos por el arrendatario financiero (no hemos de olvidar que el bien está dentro del patrimonio de la empresa de leasing). Esto es así porque la sociedad de leasing, de acuerdo con el aforismo “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*” (Digesto 50.17.54), tan sólo puede transmitir al usuario aquellas acciones para proteger aquellos derechos que estén dentro de su esfera jurídica, lo que no sucede con el derecho a reclamar los daños ajenos. De modo que el principio de la relatividad contractual que impide al usuario dirigirse contra el vendedor con el que no contratado, sólo ha sido parcialmente salvado mediante la subrogación convencional, puesto que ésta únicamente le permite reclamar los mismos daños que hubiera sufrido la financiera. En el caso de que el usuario reclame daños propios por la vía de subrogación convencional entendemos que la relación jurídico-procesal no estará bien constituida y que el proveedor podría oponerle una falta de legitimación pasiva respecto de sus daños propios, puesto que respecto a éstos continúa siendo un tercero, al no estar incluidos en la cesión de acciones efectuada por el arrendador financiero.

La doctrina ha articulado varias soluciones para poder sortear el principio “*res inter alios*” y que el usuario pueda obtener la reparación de los daños propios: a) Una solución, que no comparto por artificiosa, consiste en que tras el ejercicio de la vía subrogatoria el usuario reclame el exceso a la sociedad de leasing, puesto que el proveedor actuó como auxiliar del cumplimiento de ésta¹⁰⁰. b) La segunda solución consiste en utilizar la vía extracontractual para reclamar los daños propios al vendedor. Esta posibilidad también me parece criticable, puesto que la utilización de la vía extracontractual para reclamar daños producidos por un incumplimiento contractual produce distorsiones del sistema. Son varios los autores que critican el sistema de la “unidad de la culpa” en el que se apoya esta tesis¹⁰¹. c) La tercera solución pasa por el reconocimiento *ex iure proprio* de una acción directa en favor del usuario. Un sector doctrinal, con el que nos identificamos plenamente, estima que la conexión contractual existente entre el contrato de leasing y el contrato de compraventa es fundamento suficiente para reconocer una acción directa al usuario contra el suministrador¹⁰². Estos es así puesto que la conexión contractual,

100 Tesis utilizada por la doctrina alemana, según RUDA GONZÁLEZ, A. y MARTÍN I CASALS, M.: “Comentario a la STS 26 de noviembre de 2003”, CCJC, núm. 65, 2004, pp. 849-850.

101 CAVANILLAS MUGICA, S y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, p. 6; DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, p. 264; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 102.

102 Reconocen la concesión de la acción directa en favor del usuario con independencia de que se haya pactado así en el contrato: PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa*, Madrid, 1989, pp. 142-143; REAL PÉREZ, A.: “Comentario a la STS 22 abril 1991” I, cit., pp. 508; LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos*, cit., p. 117; MOSSET ITURRASPE, J.: *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p.

entre otros, produce el efecto de reconsiderar el concepto de “parte contractual”, estimando que los integrantes de un grupo de contratos conexos o unión de contratos no son terceros en sentido estricto (“penitus extranei”).

En nuestra opinión, la acción directa es la vía más adecuada para reclamar el usuario los daños propios, porque se ejercita “iure proprio” de ahí que tendrá que ejercitarse acumuladamente con las otras acciones que se ejerciten por subrogación, puesto que en principio la acción directa no sustituye a estas acciones, sólo las complementa. Un supuesto diferente sería cuando no se hubiese pactado la subrogación de acciones o se declarase la nulidad de tal cláusula; en este caso la acción directa constituirá la única vía para poder dirigirse contra al vendedor en reclamación de toda clase de daños. De modo que al ejercer la acción directa contra el suministrador, el usuario podrá exigir la entrega de bienes, la reparación de los defectos o la sustitución del bien según el caso o la resolución del contrato y, especialmente, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios que no puede ser objeto de subrogación¹⁰³.

El Tribunal Supremo ya ha reconocido acciones directas más allá de la existencia de un texto legal cuando nos encontramos en el seno de un grupo de contratos conexos o vinculados. Este es el caso de la acción directa ex art. 1591 reconocida al subadquiere de viviendas o a la acción directa reconocida al subcontratista de obra ex art. 1.597. También es una solución similar a la que el legislador ha adoptado en el citado art. 29.3 LCC aunque no utilice la expresión acción directa¹⁰⁴.

La acción directa en el contrato de leasing está reconocida en el Convenio de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), adoptado en Ottawa, Canadá, el 28 de mayo de 1988, sobre leasing internacional, cuyo art. 10.1 legitima al usuario para accionar frente al vendedor “como si el mismo hubiera fuera parte en el contrato y como si el bien debiera serle entregado directamente”, aunque el ejercicio de la acción resolutoria está condicionada al

187; BUITRAGO RUBIRA, J.R.: *El leasing mobiliario*, cit., pp. 65 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 210-211; GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero*, cit., p. 219; ARNAU MOYA, F.: *Acción directa*, cit., pp. 309-312; BERNAD MAINAR, R.: “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, *RCDI*, núm. 720, julio-agosto 2010, pp. 1457 y 1467, si bien como un efecto de los contratos conexos en general.

103 GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico*, cit., p. 203.

104 Establece el apartado 3 del art. 29 LCC que: “El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurren todos los requisitos siguientes: a) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato. b) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

consentimiento de la entidad de leasing¹⁰⁵. En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial al regular el contrato de leasing en los arts. 1227 a 1250, también reconoce implícitamente la acción directa (aunque sin utilizar esta denominación) del usuario frente al vendedor en el art. 1232 al decir que “El tomador puede reclamar del vendedor, sin necesidad de cesión, todos los derechos que emergen del contrato de compraventa”, aunque en este caso tampoco faculta para pedir la resolución del contrato de leasing¹⁰⁶. Asimismo, encontramos una acción directa implícita con relación al contrato de leasing en el art. 5133-I de la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁰⁷.

Con todo, hemos de admitir que no existen pronunciamientos judiciales en los que expresamente se reconozca al usuario de leasing una acción directa en aquellos supuestos en los que, como sucede con los daños y perjuicios propios del usuario, se sobrepasen los límites de la cesión de acciones por subrogación convencional. Nos parece que la razón podría obedecer a que durante mucho tiempo el foco de la atención en materia de leasing se ha centrado en otras cuestiones, tales como si el incumplimiento del vendedor era de la suficiente entidad (“aliud pro alio”) como para producir la resolución de la compraventa; o si podían propagarse los efectos de la resolución de la compraventa al contrato leasing, o si la relación jurídico-procesal estaba bien constituida y no existía falta de litis consorcio pasivo necesario.

Es de notar que en algunas de las resoluciones del Tribunal Supremo cuando se ha admitido la resolución de la compraventa, también se la han concedido al usuario las indemnizaciones por daños propios¹⁰⁸. En estos casos el foco se ha

105 MARTÍN MARTÍN, S.: “El contrato”, cit., p. 74, reconoce que si bien España no ha ratificado el contenido del Convenio Unidroit de Otawa (Canadá) del año 1988, sobre leasing mobiliario internacional, sin embargo, sí que tiene relevancia a efectos interpretativos.

106 MOLINA SANDOVAL, C.: “Acción directa del tomador (en el leasing financiero)”, en MOLINA SANDOVAL, C. y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *Leasing*, cit., p. 42, estima que lo previsto en el citado precepto se trata de una acción directa consecuencia de la operación económica global del leasing instrumentada jurídicamente a través de dos negocios distintos pero conexos.

107 AA.VV.: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2026, p. 218: En el art. 5133-I se establece que: “1. Cuando el bien objeto del contrato no sea entregado, se entregue con retraso o no sea conforme con lo pactado, el arrendatario financiero tiene derecho: [...] b) A exigir directamente al proveedor del bien su entrega, su reparación, su sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato, según proceda, y todo ello, con abono de los daños y perjuicios sufridos [...]”. En el apartado 3º de este mismo precepto se establece que: “3. La resolución del contrato de adquisición determina la del contrato de arrendamiento financiero”. En el En el malogrado Anteproyecto de Ley del Código Mercantil propuesto por el Ministerio de Justicia y el de Economía y Competitividad (C.M. 30/05/2014) se establecía una acción directa implícita la decir que “1. Las obligaciones del proveedor del activo objeto del arrendamiento financiero serán exigibles por el arrendatario como si éste fuera parte del contrato de adquisición del activo y éste tuviera que entregarse directamente a dicho arrendatario. En el caso de que el contrato con el proveedor no permita ese ejercicio de derechos por el arrendatario, el arrendador deberá prestar su colaboración para que pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones del proveedor en beneficio del arrendatario, siendo en otro caso responsable frente al arrendatario del incumplimiento de las obligaciones del proveedor”.

108 Entendemos que en la STS 26 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1264) se ha utilizado, aun sin mencionarlo, la técnica de la acción directa implícita por cuanto que se condena a la vendedora “Nixdorf Computer, SA” a indemnizar al arrendatario-usuario por daños propios que no pueden ser objeto de cesión-subrogación

puesto en si esos daños estaban o no debidamente probados. En nuestra opinión la condena a la suministradora al pago de los daños propios del usuario supone el reconocimiento de una acción directa implícita. En la jurisprudencia menor podemos encontrar supuestos en los que implícitamente el arrendatario-usuario se le ha reconocido una acción directa al condenarse al suministrador a que le indemnice por los daños propios causados por la imposibilidad de utilizar el bien comprado¹⁰⁹. También han llegado a dictarse sentencias en las que se reconoce a nivel teórico la existencia de una acción directa en favor del usuario, aunque en los casos en que se dictaron no fueron (o no pudieron ser) aplicadas¹¹⁰.

por la entidad financiera por no formar parte de su esfera jurídica. En concreto se condena a la vendedora a pagar al usuario 6.620.078 pts porque este se vio obligado a contratar con otra empresa para la prestación de los medios informáticos para la llevanza de la contabilidad del Hipermercado "Mercasol" -propiedad de la empresa actora- ante la inidoneidad o inhabilidad de los equipos informáticos que había suministrado la vendedora y que habían sido objeto del arrendamiento financiero. En la demanda que dio origen a este pronunciamiento también se había solicitado una indemnización por pérdida de clientela que si no fue reconocida fue porque no fue debidamente acreditada, tal como sucede con todos los casos de lucro cesante.

- 109 En la SAP Valencia (S. 7ª) 8 septiembre 2017 (JUR 2019, 46545) en supuesto de "aliud pro alio" se resuelve el contrato de compraventa y además se reconoce una acción directa implícita contra la vendedora, puesto que se también se le condena al pago de daños y perjuicios de carácter personal (lucro cesante por la inmovilización del camión) que no pueden reclamarse por la vía de la subrogación convencional. No se resuelve contrato de leasing porque la financiera se había allanado. En la SAP Barcelona (S. 13ª) 28 mayo 2014 (JUR 2014, 233121) la vendedora tiene que indemnizar al usuario por el tiempo que estuvo paralizado un volquete. Al tratarse de defectos administrativos no tienen entidad suficiente para producir efectos resolutorios. En la SAP A Coruña (S.5ª) 14 mayo 2014 (JUR 2014, 218341) los defectos que presenta una máquina limpiadora no tienen la suficiente entidad para ser resolutorios, pero implícitamente se reconoce una acción directa a la arrendataria financiera al condenarse a la proveedora a indemnizar a la usuaria por el coste de la máquina de sustitución mientras la otra era reparada. Se trata de daños que son propios del usuario y no del arrendador financiero.
- 110 En la SAP Barcelona (S. 15ª) 16 marzo 2016 (JUR 2011, 202030) en un contrato de renting se reconoce que el usuario tiene una acción directa contra el suministrador, aunque no se aplica en ese caso concreto "Las farmacias, por tanto, en caso de incumplimiento del servicio de funcionamiento del sistema, así como en lo relativo a su mantenimiento material o técnico, tienen acción directa contra dicho proveedor". En el caso de la SAP Barcelona (S.15ª) 15 octubre 2012 (AC 2013, 561) también se reconoce (aunque tampoco se aplica) la existencia de una acción directa en favor del arrendatario de leasing.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR RUIZ, L.: “La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o ‘leasing’ y la compraventa del bien arrendado”, *RDP*, núm. 4/2000, pp. 173-178.

AMORÓS GUARDIOLA, M: “El leasing inmobiliario y su inscripción registral”, *RCDI*, 1985, pp. 863-926.

ARNAU MOYA, F.: *Acción directa y vinculación contractual*, <http://www.tdx.cbuc.es>, 2002.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS de 28 de mayo de 1990”, *CCJC*, 1990, núm. 23, pp. 693-706.

BERNAD MAINAR, R.: “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, *RCDI*, núm. 720, julio-agosto 2010, pp. 1.447-1448.

BOLDÓ RODA, C.: “Contratos del mercado financiero (I). Contratos de financiación crediticia”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil II* (dir. J.M. DE LA CUESTA RUTE), 4ª ed., Huygens, Barcelona, 2016, pp. 159-179.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil*, vol. II, 22ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.

BUITRAGO RUBIRA, J.R.: *El leasing financiero mobiliario y su jurisprudencia*, Pamplona, 1998.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, *ADC*, 1982, vol. 35, núm. I, pp. 41-120.

- “La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996), *ADC*, 1998, I, pp. 323-344.

CAVANILLAS MUGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.

CARRASCO PERERA, A, MARÍN LÓPEZ, M.J. y CORDERO LOBATO, E.: *Tratado de los derechos de garantía*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur menor, 2008.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El leasing en el ordenamiento jurídico español”, en MOLINA SANDOVAL, C. y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Leasing*, Madrid, Reus, 2007.

DÍAZ ROMERO, M.R.: *El leasing mobiliario como garantía en operaciones financieras*, Civitas, Madrid, 2013

DÍAZ MUYOR, M.: "Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)", en DEL POZO CARRASCOSA, P. y DÍAZ MUYOR, M. (coord.): *Contratación bancaria*. Barcelona 1998, pp. 383-408.

GARCÍA GARNICA, M.C.: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

GARCÍA SOLE, F.: "La Subrogación en los Derechos de la Compañía de Leasing, frente al proveedor o Vendedor", AC, núm., 15, 1.989, p. 1063.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La cesión de créditos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Leasing financiero mobiliario: contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2002.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: "Aproximación al contrato de *leasing* financiero mobiliario", CDC, núm. 40, 2003 (Ejemplar dedicado a: Leasing mobiliario), pp. 231-262;

ILLESCAS ORTIZ, R.: "El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", RDM, 1971, núm. 119, pp. 73-116.

LÓPEZ FRÍAS, M.J.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994

MANZANO SOLANO, A.: "Sobre la naturaleza jurídica del 'leasing' o arrendamiento financiero", RCDI, 1992-II, núm. 611, pp. 1783-1816.

MARTÍN MARTÍN, S.: "El contrato de leasing. Su regulación en la Ley Concursal y en la Legge Fallimentare", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2014, vol. 24, pp. 65-74.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996", CCJC, 1996, núm. 41, pp. 741 a 772

- "Comentario a la STS de 25 de junio de 1997", CCJC, núm. 45, 1997, pp. 1181-1196.

- "Comentario a la STS de 24 de mayo 1999", CCJC, 1999, núm. 51, pp. 1141-1154.

- *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000.

- *Crédito al consumo y contratos vinculados*, Aranzadi, 2010.

MOLINA SANDOVAL, C.: "Acción directa del tomador (en el leasing financiero)", en MOLINA SANDOVAL, C. y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Leasing*, Madrid, Reus, 2007.

MOSSET ITURRASPE, J.: *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

O'CALLAGHAN, X: "Jurisprudencia sobre el leasing", AC, núm. 1, 1991, pp. 1-19.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997", CCJC, 1998, núm.46, p. 344.

PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa*, Madrid, 1989.

REAL PÉREZ, A.: "Comentario a la STS 22 de abril de 1991", CCJC, núm. 26, abril/agosto 1991, pp. 499-512.

- "El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing. Comentario a la STS (Sala 1ª) 26 de febrero de 1996", RDP, 1998, pp. 386-424.

ROJO AJURIA, L.: *Leasing mobiliario*, Tecnos, Madrid, 1987.

- "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989", CCJC, núm. 20, Abr-Ago 1989, pp. 595-608.

RUDA GONZÁLEZ, A. y MARTÍN I CASALS, M.: "Comentario a la STS 26 de noviembre de 2003", CCJC, núm. 65, 2004, pp. 843-859.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 37ª. ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*, Montecorvo, Madrid, 1989.

CLAVES ACTUALES DE LA DENOMINADA HIPOTECA INVERSA

CURRENT KEYS OF THE NAME REVERSE MORTGAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 364-407



Ubaldo NIETO
CAROL

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: La hipoteca inversa es el contrato de crédito por el que un prestamista desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos a cambio de derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial (en este caso, una hipoteca), y no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan un acontecimiento determinado como puede ser el fallecimiento del prestatario.

Su regulación se encuentra en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre y en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, modificada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca inversa; préstamo vitalicio; renta vitalicia.

ABSTRACT: *The mortgage reverse is a loan agreement by which a lender pays out a lump sum or makes periodic payments in exchange for the right relating to residential real estate (in this case, a mortgage), and does not seek repayment of the mortgage until a specific event occurs, such as the borrower's death.*

It is regulated by the first additional provision of Law 41/2007 of 7 december and by Order EHA/2899/2011 of 28 october, amended by Order ECE/482/2019 of 26 april.

KEY WORDS: *Reverse mortgage; lifetime loan; annuity.*

SUMARIO.- I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA HIPOTECA INVERSA EN EL MERCADO ESPAÑOL. III.- CONCEPTO DE HIPOTECA INVERSA: 1.- Elementos objetivos: A) Préstamo o crédito, B) Garantizado mediante hipoteca. 2.- Elementos subjetivos. 3.- Otros requisitos. IV.- CONTENIDO DE LA LLAMADA HIPOTECA INVERSA: 1.- Disposición del capital. 2.- Vencimiento. V.- NORMAS DE TRANSPARENCIA: 1.- Información precontractual: A) Ficha de Información Precontractual, B) Ficha de Información Personalizada, C) Oferta Vinculante, D) Información sobre cláusulas suelo y techo, E) Tasa Anual Equivalente, F) Asesoramiento independiente. VI.- BENEFICIOS ECONÓMICOS.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los problemas que se plantea en la sociedad moderna, es el de la cobertura de las necesidades de las personas de mayor edad que ya han finalizado su vida laboral y, como consecuencia de ello, sufren una drástica reducción de sus ingresos (pero no de sus necesidades, que en algunos casos son crecientes). La esperanza media de vida ha aumentado mucho y las familias en las que por necesidad deben trabajar todos sus miembros no pueden cuidar de sus mayores como se hacía en otros tiempos. A esto hay que añadir, también hay que reconocerlo, la progresiva desafectación que se está produciendo en el seno de las familias¹.

Estas circunstancias han hecho que en muchos países se hayan diseñado medidas conducentes a atender este problema social entre las que se encuentran mecanismos de *autoatención* que permitan a las personas utilizar sus propios recursos económicos para cubrir sus necesidades. Entre los medios jurídicos encaminados a esta *autoatención* se sitúa la hipoteca inversa que no es otra cosa que un instrumento jurídico que puede permitir a un sujeto subvenir sus necesidades asistenciales de la forma más adecuada a su modo de ver la vida,

¹ Como señala JIMÉNEZ CLAR, A.J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *RDBB* enero-marzo 2009, núm. 113, p. 103, una de las circunstancias que caracterizan la sociedad actual es su longevidad. Al mismo tiempo la edad de jubilación ha ido descendiendo gradualmente año tras año. "La combinación de estos factores ha dado lugar a la aparición de un umbral cada vez más amplio de población, cuya subsistencia va a depender en gran medida del ahorro que haya podido generar. Las pensiones no crecen al mismo ritmo que el coste real de la vida y la creciente pérdida de poder adquisitivo hace preciso en muchas ocasiones acudir al patrimonio ahorrado. El aumento de la esperanza de vida conduce, además, a un deterioro físico que, en muchos casos, llega a producir situaciones de dependencia con el consiguiente coste social y económico que esta circunstancia conlleva".

proporcionándole aquello que necesita sin tener que acudir, en la medida de lo posible, a mecanismos generales de asistencia social, especialmente evitando tener que salir de su entorno habitual y ser internado en centros residenciales o geriátricos².

Esto hace que en un país como España donde el porcentaje de propietarios de sus viviendas es muy elevado, se piense en la posibilidad de utilizar estos inmuebles como fuente de financiación. Por ello, tal como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante Ley 41/2007), “hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida”.

Esta utilización de la vivienda y, en general, de los inmuebles, como fuente de obtención de recursos, ha sido más propia en nuestro país de las empresas de seguros. Y ello, porque el hecho o la posibilidad futura de terminar adquiriendo el inmueble en cuestión no es extraño a este tipo de entidades. En efecto, su normativa específica³ les exige tener unas “provisiones técnicas” que deberán invertirse en determinados activos unos de los cuales son los bienes inmuebles. Y esto no ocurre con las entidades de crédito que entregan fondos y quieren que se les reintegren también fondos; los bienes inmuebles sirven para garantizar ese reintegro, pero no están destinados a formar parte de su activo y cuando entran en él es porque no queda otra alternativa para recuperar los fondos concedidos y siempre con carácter temporal. Y ello sin perjuicio de los costes que implican una ejecución hipotecaria y la pérdida de valor del inmueble que se adjudica la entidad debido a la ausencia de postores.

2 ZURITA MARTÍN, I.: “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo-junio 2008, p. 1.277.

3 A este respecto era muy clarificador el art. 16 del hoy derogado Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados: “1.- Las entidades aseguradoras tendrán la obligación de constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades.

A estos efectos, deberán estar adecuadamente calculadas, contabilizadas e invertidas en activos aptos para su cobertura”.

“Son provisiones técnicas las de primas no consumidas, de riesgos en curso, de seguros de vida, de participación en los beneficios, de prestaciones, la reserva de estabilización y aquellas otras que, con arreglo al reglamento de desarrollo de esta Ley, sean necesarias al objeto de cumplir la finalidad a que se refiere el párrafo anterior”.

“[...] 3. Los activos representativos de las provisiones técnicas deberán tener en cuenta el tipo de operaciones efectuadas por la entidad aseguradora para garantizar la seguridad, el rendimiento y la liquidez de las inversiones de la entidad, con una adecuada distribución diversificada de dichas inversiones”.

El art. 69 de la vigente Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, no lo es tanto.

Una de las posibilidades es la transmisión de la nuda propiedad de la vivienda a una compañía de seguros, conservando su usufructo, a cambio de una renta temporal o vitalicia. Esta es una operación típica de estas entidades financieras para las que tener inmuebles en su activo no sólo no es extraño, sino que es una obligación para tener invertidas parte de sus reservas matemáticas. Pero, eso sí, el que obtiene la renta pierde la propiedad de la vivienda.

Otra posibilidad es vender el inmueble. Pero, lo habitual, es no querer desprenderse de la vivienda; nadie quiere vivir sus últimos años de vida de alquiler o, peor, en una residencia de ancianos; o bien por razones sentimentales, para que la “reciban los hijos”. Por ello, cabe conservarla, pero obtener una suma y/o una renta vitalicia, de forma que la devolución del monto recibido y sus intereses la harían los herederos; y, en otro caso, mediante la venta del inmueble, ejecutándose la garantía hipotecaria.

Por eso dentro de las operaciones de las entidades de seguros está la contratación de rentas vitalicias recibiendo a cambio la nuda propiedad de un inmueble; de esta forma, la persona de avanzada edad o en situación de dependencia no pierde el uso y disfrute de su vivienda (o de otro inmueble) y recibe unos ingresos periódicos.

Precisamente el hecho de que este campo de las rentas vitalicias o temporales sea propio de las entidades aseguradoras, es por lo que el número 2 de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 establece que “las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial”.

Hay que dejar constancia del error, nada infrecuente, en el que incurre el legislador utilizando una terminología “vulgar” al hablar de “hipotecas” “concedidas”. Lo que las entidades “conceden” son préstamos u otras formas de crédito; las hipotecas se “constituyen” (no se “conceden”) por los titulares de los bienes inmuebles en garantía de la obligación del prestatario o beneficiario de la financiación de reintegrar los fondos obtenidos.

La finalidad de esta regulación, como señalaba la exposición de motivos de la Ley 41/2007, era “el desarrollo de un mercado de hipotecas inversas” que permitiese “a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta”, lo que ofrecía “un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta

y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar”.

El número 3 de esta disp. adic. primera de la Ley 44/2007 dice que “el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda”, lo que éste hizo a través de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que ha sido modificada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

La hipoteca puede utilizarse como sistema de movilización de los bienes inmuebles de dos formas: como garantía de las cantidades utilizadas para la adquisición del propio inmueble (*forward mortgage*) o como medio de garantía para obtener liquidez con cargo a éste (*equity release*).

Como escribe JIMÉNEZ CLAR⁴, “la estructura económica de la hipoteca como sistema de movilización de los bienes inmuebles puede adoptar dos formas básicas, como señala MURO VILLALÓN⁵: “en la primera el valor en cambio del inmueble garantiza las cantidades utilizadas para la adquisición del propio inmueble (*forward mortgage*) mientras que en la segunda se utiliza el patrimonio del deudor como garantía para obtener liquidez con cargo a éste (*equity release*).

La primera modalidad se caracteriza por la circunstancia de que, a medida que se amortiza el préstamo, se produce una disminución del pasivo (la deuda disminuye) y un correlativo aumento del activo (aumenta el valor del patrimonio libre de cargas), relación denominada *falling debt, rising equity* en Derecho anglosajón”.

“En la segunda modalidad de movilización de la propiedad inmueble (*equity release*), el funcionamiento es radicalmente opuesto al anterior; ya que a medida que transcurre la vida del préstamo, aumenta el pasivo (la cantidad adeudada crece) y correlativamente disminuye el activo (la cantidad líquida residual disponible con cargo al inmueble disminuye progresivamente), relación denominada *rising debt, falling equity* en Derecho anglosajón. A su vez este tipo de hipoteca puede revestir diversas formas teniendo en cuenta el ritmo y la forma de amortización de la deuda. Dentro de las modalidades posibles destaca la llamada hipoteca inversa, conocida en Derecho anglosajón como *reverse mortgage* (USA) o *lifetime mortgage* (Inglaterra), en la que destacan dos puntos básicos en su estructura económica: el deudor hipotecario no amortiza capital ni intereses durante la vida de la hipoteca y su vencimiento se produce al fallecimiento del deudor hipotecario o cuando éste transmite la finca hipotecada”.

4 JIMÉNEZ CLAR, A.J.: “La hipoteca”, cit., p. 101.

5 MURO VILLALÓN, J.V.: “La hipoteca inversa”; en AA.VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 27/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, p. 154.

En esta última modalidad se inscribe la llamada en nuestro país “hipoteca inversa”, denominación, a mi juicio, incorrecta que viene de la traducción también incorrecta de la expresión americana *reverse mortgage* (*lifetime mortgage*, en Inglaterra).

La verdad es que este tipo de negocio jurídico se utilizaba poco en la contratación bancaria española pero después de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, como veremos todavía menos. Aunque la razón probablemente no se derive de la propia regulación sino de que su entrada en vigor coincide con una fuerte crisis financiera y del mercado inmobiliario; ni las entidades de crédito están para arriesgar fondos en este tipo de operaciones ni los bienes inmuebles, cuya valoración ha sufrido un gran deterioro, son ahora activos que sirvan de garantía para las mismas.

Por último, hay que señalar que de acuerdo con el art. 3.2 Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, “la presente Directiva no se aplicará a:

a) los contratos de crédito de pensión hipotecaria en que el prestamista:

i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y

ii) no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan uno o varios acontecimientos determinados en la vida del consumidor, según definan los Estados miembros, salvo incumplimiento del consumidor de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de crédito”.

Obsérvese la terminología utilizada en la versión española de la Directiva “contratos de crédito de pensión hipotecaria” y *equity release credit agreements* en la versión en lengua inglesa. No se ha utilizado “hipoteca inversa” en la española ni en la inglesa *reverse mortgage* o *lifetime mortgage* antes mencionadas. En la versión francesa se utiliza la expresión *crédit sous forme d'hypothèque rechargeable*.

Siguiendo la Directiva 2014/17/UE, no le es de aplicación a la llamada “hipoteca inversa” la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI) tal como establece su art. 2.4: “Esta Ley no será de aplicación a: [...] f) hipoteca inversa en que el prestamista:

(i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y

(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”.

Como se observa, la Ley española que transpone la Directiva se aleja de la terminología de esta y retoma el término “hipoteca inversa”.

Podemos concluir diciendo que “la hipoteca inversa es un producto financiero cuyo origen se sitúa en el modelo anglosajón de negocio y se importa a nuestra legislación según lo desarrollan aquellos esquemas normativos. Las figuras jurídicas de nuestro Derecho, tales como la renta vitalicia, no responden a las características de la hipoteca inversa, si bien se acercan a ella. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado a este tipo de figuras importadas como contratos autónomos, innominados y atípicos, y no como modalidad de renta vitalicia regulada en el Código Civil”⁶.

II. LA HIPOTECA INVERSA EN EL MERCADO ESPAÑOL.

Antes de entrar en el estudio jurídico de este contrato, hagamos algunas reflexiones sobre la situación actual en el mercado español de este tipo de contrato. Si acudimos a la estadística que proporciona el Consejo General del Notariado⁷, observamos que no es un instrumento de financiación muy utilizado pasando a ser en los últimos años un negocio jurídico meramente testimonial.

Año	Nº de actos	Cuantía promedio
2008	371	401.793,78
2009	780	393.370,80
2010	485	379.001,06
2011	306	395.968,14
2012	126	410.382,56
2013	50	367.827,56

6 PILEÑO RODRIGUEZ, C: “La hipoteca inversa: ¿una solución para nuestros mayores?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 216, septiembre 2008, p. 37.

7 <http://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>

2014	29	303.648,08
2015	30	329.720,41
2016	23	853.947,55
2017	31	541.467,44
2018	45	574.764,10

Sin perjuicio de que a medida que disminuye el “número de actos” la “cuantía promedio” es menos representativa, a la vista de esta podría deducirse que es un contrato utilizado por personas de patrimonio medio-alto. Sin embargo, a falta de tener estos datos por poblaciones, tal vez la explicación sea que esta forma de financiación se ha utilizado por personas de un cierto nivel de cultura financiera ubicadas en poblaciones donde el valor de la vivienda es elevado; y la cuantía del préstamo depende de este valor.

Cuáles son los factores que, a mi juicio, hacen que esta forma de financiación no se utilice mucho en nuestro país. Hay que analizarlos tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda.

Empecemos por la primera, ya que, siguiendo la conocida Ley de SAY, la oferta crea su propia demanda. En la práctica bancaria española no se utiliza, a diferencia de la anglosajona, el llamado “sistema de amortización americano” consistente en la devolución del capital al vencimiento. Y menos aún con pago de intereses acumulados. En España, se sigue el sistema de la “banca clásica”: devolución periódica de capital y pago de intereses también periódico, por lo que nos encontramos con un “producto” que no encaja en la “cultura financiera” de nuestras entidades prestamistas.

Además, estos contratos no son “rentables” para las entidades de crédito que son las que podrían impulsar una oferta masiva de este “producto financiero”. Y ya no sólo por el actual estado de los tipos de interés, sino porque la percepción de la rentabilidad y la recuperación del capital prestado se hace a un vencimiento que, además, es indeterminado dado que depende de la vida del beneficiario. Si la amortización es a largo plazo, el tiempo juega como un factor de coste más. Y si lo es a corto, en muchos casos ni se compensan los costes iniciales. En el mundo anglosajón, la rentabilidad se obtiene por la cesión del crédito y no tanto por su mantenimiento en la cartera del concedente del mismo.

Comporta un riesgo importante porque la entidad de crédito⁸ “estará obligada de facto a llevar a cabo no sólo la tasación de inmueble sino también una predicción de las oscilaciones del precio de la vivienda en el futuro para valorar

8 “Esta hipoteca presenta tres tipos de riesgos para las entidades de crédito: la longevidad del prestatario, el tipo de interés y el riesgo asociado a la devaluación del valor de la propiedad una vez amortizado

el riesgo que asume (el bien inmueble puede ser la única garantía para el cobro de las rentas si los herederos no aceptan la herencia de manera pura y simple). Para paliar este riesgo, que no es compensable, la doctrina⁹ propone la creación de algún instrumento que permitiese —tal y como sucede en Estados Unidos— que las entidades prestamistas pudieran hacer frente a las situaciones de *negative equity*, es decir, cuando el valor del inmueble que sirve de garantía es menor que la deuda pendiente¹⁰.

Es, además, una operación “compleja” porque necesita una relación no sólo con los beneficiarios sino también con sus herederos. Obviamente, lo que interesa a la entidad no es la recuperación de la inversión y la obtención de la rentabilidad mediante la ejecución de la hipoteca (lo que implica tiempo y costes) sino que los herederos paguen la deuda acumulada y, esto, en todo caso, comporta también retrasos, incluso negociaciones. Tampoco hay que olvidar el “deterioro jurídico” que hoy tiene la hipoteca; más que una garantía se ha transformado en un quebradero de cabeza.

Desde el punto de vista de la demanda tampoco hay una especial cultura que favorezca este tipo de contratos. Si bien la población española es mayoritariamente propietaria de las viviendas, hay un factor de apego a las mismas muy superior que en otras culturas como la anglosajona. En esta la movilidad geográfica de las personas es mucho mayor y los costes de transacción en los cambios de vivienda muy inferiores, lo que hace de esta un simple bien de uso duradero. En España las personas pasan carencias con tal de dejar a los hijos en herencia el “hogar familiar” y “sin deudas”. A esto hay que sumarle la concepción vulgar que mediante la hipoteca “la casa es del banco”, a lo que hay que añadir la creciente desconfianza hacia las entidades de crédito¹¹.

Por todo ello, a pesar de ser un instrumento de financiación muy apropiado para determinadas fases de la vida, si se quiere que se extienda haría falta una gran labor de difusión de este contrato, especialmente desde entidades públicas¹²,

el préstamo” (TORAL LARA, E.: “Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable”, *Actualidad Civil*, núm. 16, Sección A Fondo, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2009, t. 2, p. 1.861).

9 PILEÑO RODRÍGUEZ, C.: “La hipoteca”, cit., defiende que “podría ser valorable el planteamiento de que una agencia financiera del Estado, como el Instituto de Crédito Oficial, pudiese llevar a cabo el diseño jurídico-financiero, en colaboración con el resto de agentes intervinientes en esta operativa, de fórmulas que permitiesen cubrir el riesgo derivado de la contingencia de la posible devaluación del valor del inmueble objeto de la hipoteca inversa, y ello considerando la trascendencia económico-social de este instrumento financiero”.

10 SIMÓN MORENO, H.: *La Optimización de la Hipoteca Inversa desde la perspectiva Europea y Norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 103.

11 Vid. LOZANO, J.R.: “Cuidado con la hipoteca inversa”, *Escritura Pública*, núm. 118, julio-agosto 2019, p. 57; y LESEAN, M.: “¿Vuelve la hipoteca inversa?”, *Escritura Pública*, núm. 118, julio-agosto 2019, pp. 54-56.

12 https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizantal/productos/servici/financiacion/hipotecas/guia-textual/hipotecas/especial/Hipoteca_inversa.html.
https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizantal/actualidad/educac/actualidad/temas/intereses/Te_has_planteado_6a34ed6bf948261.html.

y medidas que estimulen la oferta. Desde luego los beneficios económicos a los que haremos mención más adelante (y que hoy ya no son tales).

III. CONCEPTO DE HIPOTECA INVERSA.

Aunque como ya se señalado no me parece acertada la denominación¹³, lo que sí es correcto y de agradecer es que la norma nos dé por lo menos un concepto aunque sea a los únicos efectos de su regulación como figura jurídica en la propia norma.

La disposición adicional primera ("regulación relativa a la hipoteca inversa"), establece que, a los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los determinados requisitos, entre los que destaca "que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios". Este requisito, y no los restantes, como ahora veremos, es el que caracteriza lo que es la llamada "hipoteca inversa".

Como señala QUESADA SÁNCHEZ¹⁴, "la terminología legal no es precisamente exquisita en este punto: aunque la idea se entienda perfectamente, equiparar el derecho real de hipoteca al contrato de préstamo (cuando se indica que "se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca"), no es la mejor manera de ser riguroso con los conceptos jurídicos". Yo diría que más bien todo lo contrario.

Vamos a concretar los elementos que definen la llamada "hipoteca inversa".

13 Estamos ante una hipoteca convencional en garantía de préstamo o crédito; no hay nada "inverso". Esta denominación "comercial", ya utilizada antes de la Ley 41/2007, tal vez derive de la incorrecta concepción que hay de la "hipoteca" que se considera que es lo que da la entidad de crédito al cliente, lo que no es correcto: la entidad concede préstamos u otras operaciones de financiación y, para su garantía, se constituye la hipoteca por el titular del bien inmueble. La idea de "inversa", probablemente venga porque partiendo de esa idea errónea de la "hipoteca" como algo que "concede" el banco, aquí se "invierte" el proceso: la operación empieza por el cliente que es quien "ofrece" su vivienda a cambio de fondos y no es la entidad de crédito quien ofrece fondos a cambio de la garantía hipotecaria. Aunque, como ya hemos visto, también puede derivar de la traducción literal de la expresión americana *reverse mortgage* (en inglés *mortgage* es hipoteca y préstamo hipotecario *mortgage loan*).

14 Como señala QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 81, 2009, p. 139.

I. Elementos objetivos.

A) Préstamo o crédito.

El primer elemento es la forma de la financiación. A este respecto se adopta, como no podía ser de otra forma, un criterio amplio. Tal vez podría haberse acudido al concepto de “contrato de crédito” tal como lo define la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, como “contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar...” Más preciso fue el que después adoptó la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo en su art. 1.1: “Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación”. Obviamente en nuestro caso el carácter de consumidor del destinatario es secundario.

En cuanto al tipo contractual utilizado no se me ocurren otros distintos al préstamo o la apertura de crédito en cuenta corriente, si bien, en la práctica, al menos la que yo he visto, este último es el tipo preferido. Y ello porque permite, al utilizar el instrumento de la cuenta corriente, cargar las comisiones iniciales, las disposiciones (únicas o periódicas, incluso la prima única de una renta vitalicia diferida si se pacta) y los intereses y demás gastos que se vayan devengando y ello sin que el saldo de la cuenta sea exigible hasta que llegue el vencimiento. Por eso, en la práctica, se establece un límite superior al del capital máximo disponible para que puedan realizarse los cargos señalados.

B) Garantizado mediante hipoteca.

Uno de los elementos determinantes de este negocio jurídico es la forma en que se garantiza la devolución del crédito; de hecho, ésta le da nombre. Se garantiza “mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante”. Es, como ya se ha dicho antes, otra forma distinta de utilización de la garantía hipotecaria cual es la obtención de liquidez.

Y al igual que la forma jurídica de la financiación más adecuada es apertura de crédito en cuenta corriente, la forma de hipoteca más adecuada es la hipoteca en garantía de cuenta corriente o hipoteca de máximo¹⁵. Así lo entiende también

15 De acuerdo con el art. 153.1 LH, “podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta”.

CARRASCO PERERA¹⁶: “una hipoteca inversa es una hipoteca con cláusula de limitación de responsabilidad (el acreedor hipotecario renuncia a la acción personal contra los herederos si los activos ejecutados no son suficientes para satisfacer el crédito), que no devenga intereses remuneratorios pagaderos durante la vigencia del crédito, y cuya amortización se dilata en el tiempo hasta que fallece el deudor hipotecario, persona mayor de 65 años -o discapacitado con severa dependencia- y propietario de la vivienda habitual que grava. Es una hipoteca de máximo y, por definición, los intereses devengados por la cantidad dispuesta, que no vencen ni son exigibles durante la vida del deudor, se acumulan al capital, para determinar al cierre el saldo de la cuenta”.

En este mismo sentido se manifiesta la SAP Málaga (Secc. 4ª) 17 abril 2013¹⁷, en su F.J. 3º: “Una hipoteca inversa es una hipoteca de máximo en la que un crédito de cuenta corriente se garantiza con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y le entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere). En definitiva, mediante la escritura de hipoteca de máximo se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa”.

Respecto al bien inmueble objeto de la hipoteca, el núm. 1 de la disp. adic. primera de la Ley 41/2007 exige que sea “vivienda habitual del solicitante”. Sin perjuicio de lo inadecuado del término “solicitante” (podría haberse usado el término “deudor”), cabe que la hipoteca no recaiga sobre su vivienda habitual, como se deduce del número 10 de esta disp. adic. primera al decir: “podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”, lo que hay que entender referido a los números 7, 8 y 9 que son los que recogen los beneficios fiscales y arancelarios¹⁸, a los que nos referiremos más adelante.

El art. 153 BIS LH, introducido precisamente por la Ley 41/2007, establece: También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas [...].”

16 CARRASCO PERERA, A.: “Inscripciones registrales de hipotecas inversas”, en *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009.

17 SAP Málaga (Sección 4ª) 17 abril 2013 (núm. rec. 277/2012).

18 En sentido contrario se manifiesta JIMÉNEZ CLAR, A.J.: “La hipoteca”, cit., p. 110, quien entiende que “al amparo de lo establecido por el número 10 de la citada disposición adicional [...] podrán instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición. Habida cuenta del carácter excepcional de muchas de las reglas contenidas en la disposición adicional 1.ª que

En este mismo sentido parece decantarse la *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa* elaborada por el Banco de España, al definir la “hipoteca inversa atípica”, como “aquella hipoteca inversa en la que no se cumplen los requisitos de edad, dependencia o grado de discapacidad, la vivienda no es la habitual o no es concedida por entidades de crédito o entidades aseguradoras, es decir, no cumplen con los requisitos de la Ley 41/2007. Tendrá la consideración de hipoteca inversa, pero no le serán de aplicación los beneficios fiscales y las reducciones arancelarias, previstos en la citada ley”¹⁹.

Además, en virtud del principio de libertad de pactos nada impide que se concierte la puesta a disposición de una persona física de unos fondos cuya devolución se garantice con hipoteca y que se establezca como causa de vencimiento de la obligación el fallecimiento del beneficiario. De hecho, este tipo de operaciones bancarias existían previamente a la aprobación de la Ley 41/2007.

2. Elementos subjetivos.

Como señala el número 2 de la disp. adic. primera de la Ley 41/2007 (redactada por la disposición final 8 de la Ley 5/2015, de 27 de abril), “las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial”. Con esta modificación se introduce entre las posibles entidades concedentes de hipotecas inversas los establecimientos financieros de crédito lo que se hace en coherencia con art. 6.1.e) de la Ley 5/2015 que ha establecido expresamente entre las actividades que pueden desarrollar “la concesión de hipotecas inversas, incluyendo las reguladas en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007...”

Respecto a las “entidades de crédito”, hoy, de acuerdo con el art. 1.2 LOSSEC, tienen la consideración de tales: a) Los bancos; b) Las cajas de ahorros; c) Las cooperativas de crédito y d) El Instituto de Crédito Oficial.

alteran materias de orden público económico relativas a la responsabilidad y comunicación de deudas, a la libre transmisión de los bienes hipotecados o a la extensión frente a terceros de la responsabilidad hipotecaria, hay que entender incluida enteramente la normativa contenida en la disposición adicional 1.ª dentro de la expresión apartados anteriores de esta disposición y no solamente los relativos a las bonificaciones notariales, registrales y fiscales, que son los apartados inmediatamente anteriores. Refuerza esta solución la circunstancia de que la hipoteca inversa regulada por la disposición adicional 1ª debe entenderse comprendida dentro de la normativa especial protectora de determinados grupos sociales, cuya vulnerabilidad justifica las excepciones contenidas en la norma. Cabrá, por tanto, la posibilidad de constituir válidamente hipotecas inversas, utilizando su estructura económica para movilizar los inmuebles del deudor, en la medida en que los pactos contenidos en ella no contravengan el orden público económico o estén apoyados en una norma que expresamente los permita”.

¹⁹ BANCO DE ESPAÑA: *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, Madrid, junio 2015, p. 9 y agosto 2017, p. 9.

La Ley 41/2007 determina la parte deudora de una forma ciertamente restrictiva al decir el número 1.a) de la disp. adic. primera “que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia²⁰ o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”²¹.

Como señala ANGUITA RÍOS²², la edad de 65 años habría que exigírsela al menor de los beneficiarios si fuesen varios. “Límite de edad que se señala a diferencia de la normativa francesa que no establece nada al respecto, mientras que en EE.UU. lo hace en 62 años y el Reino Unido en 60”.

Parece discutible si en la hipoteca inversa cabe la figura del “hipotecante no deudor”, y ello debido a la finalidad y a la filosofía con la que nace esta garantía. Y ello porque se exige que la hipoteca recaiga “sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante”. En sentido negativo se manifiestan ANGUITA RÍOS²³ y JIMÉNEZ CLAR²⁴; este último concluye que “el solicitante del crédito o del préstamo, que, una vez concedido, pasa a ser el deudor, debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser necesariamente una persona física.
2. Ser titular del bien inmueble que se hipoteca, que además tiene que constituir su vivienda habitual.
3. Tener una edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia” o que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

20 De acuerdo con el art. 26.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, “la situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

21 La redacción original decía “afectadas de dependencia severa o gran dependencia”, sustituida por la vigente por virtud del art. 5 Ley 1/2013, de 14 de mayo) que extiende el ámbito subjetivo a las “afectadas de dependencia o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”.

22 ANGUITA RÍOS, R.M.: “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *Diario La Ley*, núm. 6875, *Sección Doctrina*, 4 de febrero de 2008, Año XXIX, Ref. D-28, p. 6.

23 ANGUITA RÍOS, R.M.: “Regulación”, cit., p. 7.

24 JIMÉNEZ CLAR, A.J.: “La hipoteca”, cit., p. III.

En realidad, estos dos últimos requisitos lo son únicamente a los efectos de que este tipo de operación se beneficie de las ventajas fiscales y arancelarias. Y ello, porque cabría una operación así sin que el beneficiario cumpla dichos requisitos.

Es posible que se constituya hipoteca inversa sobre la vivienda del nudo propietario, aunque sea disfrutada en usufructo por otra persona (la Consulta Vinculante DGT 20/05/2009 admite que el solicitante goce de un beneficio fiscal), pero no cabe que el usufructuario pueda constituirla al no ser de propietario de la vivienda (DGT 26/05/2009)²⁵.

PEREÑA VICENTE²⁶ se plantea si sería posible que un padre mayor de 65 de años pidiera un préstamo garantizado con una hipoteca inversa siendo el inmueble hipotecado propiedad del hijo que convive con él. Y responde afirmativamente a esta cuestión dado que el padre cumpliría los requisitos exigidos y residiría habitualmente en la vivienda, lo que ciertamente no tiene por qué implicar ser su propietario. La misma cuestión plantea en relación a un matrimonio en el que solo uno de los cónyuges es una persona dependiente o tenga más de 65 años, si bien la vivienda es propiedad de ambos. Esta autora se posiciona a favor en ambas posibilidades, sin que una interpretación sistemática de la Ley 41/2007 permita sostener que el inmueble hipotecado deba necesariamente ser propiedad del prestatario. Se admitiría por el legislador, por lo tanto, la figura del hipotecante no deudor (art. 1857 CC).

En este mismo sentido SERRANO DE NICOLÁS²⁷, que entiende que “la posibilidad del hipotecante no deudor es factible siempre que además haya un deudor hipotecario, es decir, que éste (solicitante, deudor o prestatario) y el hipotecante no deudor sean copropietarios de la vivienda habitual; es admisible desde el momento en que se admite fiscalmente que pueda ser vivienda habitual perteneciendo sólo una mitad —u otro porcentaje— de la vivienda a una persona que la tiene como vivienda habitual”.

A juicio de SIMÓN MORENO²⁸, “que la Ley 41/2007 exija que el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual del solicitante no implica per se que éste deba tener la condición de solicitante/propietario/deudor, pero podría defenderse esta conclusión —al menos, en el momento inicial de concesión del préstamo hipotecario— atendiendo a una interpretación sistemática y teológica de la norma. En efecto, la regulación de la hipoteca inversa en la DAI^a Ley 41/2007 hace

25 SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Régimen jurídico de la hipoteca inversa”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2008, p. 43.

26 PEREÑA VICENTE, M.: “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”, *Actualidad Civil, Jurisprudencia*, núm. 16/2008 (2ª quincena septiembre), 16 de septiembre de 2008.

27 SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Régimen jurídico”, cit., p. 103.

28 SIMÓN MORENO, H.: *La Optimización*, cit., pp.100 y 101.

referencia de manera reiterada a la figura del "solicitante", es decir, el legislador parte de la base de que la hipoteca inversa se va a solicitar individualmente por una persona y para su propio beneficio, dado que a la hora de definirla (a los efectos de la Ley 41/2007) sólo aparece el solicitante. Es cierto que la norma admite la figura del beneficiario, pero éste tiene un carácter opcional (así se deduce de la expresión "los beneficiarios que este pueda designar"), a diferencia del solicitante, que tiene un carácter imperativo. Por lo tanto, las expresiones "deudor" y "prestatario" que aparecen en el art. 1 DAI^a se refieren a la persona del solicitante. De hecho, al prever la DAI^a que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario da a entender que sólo existe un deudor de la obligación, el solicitante, sin que los beneficiarios asuman pago alguno. Además, tanto el apartado 5 como el 6 DAI^a toman como punto de partida al deudor hipotecario, de manera que el primero permite a sus herederos cancelar la deuda pendiente, y el segundo contempla como causa de vencimiento anticipado la transmisión de la vivienda por dicho deudor, refiriéndose implícitamente la ley, en ambos casos, al solicitante. Y si bien también es cierto que la DAI^a permite constituir hipotecas inversas sobre inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, ya no se trataría de una hipoteca inversa sujeta a la DA 1^a, la cual, por lo tanto, se regiría por la normativa hipotecaria general".

El *beneficiario* es aquella persona o personas que van a recibir, junto con el solicitante-deudor, el capital prestado. La posición jurídica del beneficiario se delimita por dos circunstancias: una de carácter excluyente: el beneficiario no es el solicitante ni el deudor hipotecante (no tiene en ningún momento la condición de deudor frente a la entidad acreedora) y otra de naturaleza integradora del negocio jurídico: su fallecimiento puede tener relevancia, si así se ha estipulado, para determinar el vencimiento de la deuda garantizada.

Aunque lo más frecuente será que la condición de deudor-solicitante y beneficiario coincidan en la misma persona, por ejemplo, cuando la vivienda habitual pertenezca a ambos cónyuges con carácter ganancial o ambos miembros de la pareja por mitades indivisas, no tiene por qué ser necesariamente así; puede ser privativa de uno sólo de ellos y ser los dos beneficiarios. O que la persona del beneficiario sea dependiente del deudor.

La Ley 41/2007 no establece un número máximo de beneficiarios, por lo que podrán ser designados por el solicitante-deudor al tiempo de constitución de la hipoteca con el consentimiento de la entidad acreedora. Tampoco parece que sea necesaria la convivencia con el deudor en su vivienda habitual, ya que este requisito está pensado para la protección de éste.

El beneficiario debe cumplir los mismos requisitos que el deudor con la obvia salvedad de la titularidad de la vivienda habitual que sólo se le exige a aquél. Por

tanto, deber tener una edad igual o superior a los 65 años, que sea dependiente o que se le haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento y haber sido designado por el solicitante-deudor; lo que debe hacerse de forma clara y concreta en la escritura de constitución de la hipoteca inversa²⁹.

3. Otros requisitos.

Ya hemos visto en el epígrafe anterior los requisitos personales, y con ellos la necesidad de que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor; al menos para las hipotecas inversas “típicas”. Otro de los requisitos es “que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7³⁰ y 8³¹ de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

La realidad es que estos no son requisitos propios de la llamada “hipoteca inversa”. Siempre que un crédito quiera movilizarse mediante emisión de títulos hipotecarios se requiere que haya tasación del inmueble dado en garantía³² y seguro de daños³³. Y como las entidades quieren que todos sus créditos puedan

29 Como señala JIMÉNEZ CLAR, A.J.: “La hipoteca”, cit., p. 113, se plantea la cuestión de “si el beneficiario debe concurrir al otorgamiento de la escritura a los efectos de aceptar las atribuciones patrimoniales ordenadas en su favor por el solicitante-deudor o, por el contrario, basta su identificación por este último en tal sentido. Ello es así porque la Ley 41/2007 no exige en ningún momento al deudor la justificación del destino del capital prestado, de tal forma que éste le puede dar el destino que desee. Parece ser que habrá de estarse en cada caso a la forma pactada para la disposición del capital asegurado. Cuando la disposición de los fondos por la entidad acreedora se realice directamente a favor del beneficiario (entregas o transferencias directas, totales o parciales, a favor de éste) indudablemente se requerirá su aceptación en los términos previstos por el art. 1259 CC.

Cuando el capital se entrega directamente al solicitante-deudor y éste, a su vez, lo trasmite, total o parcialmente, al beneficiario en un momento posterior no se requiere el consentimiento de este último. Cabe también la posibilidad de que el beneficiario lo sea de forma indirecta, cuando el solicitante-deudor asume su cuidado y alimentación, en cuyo caso la posición jurídica de aquél tiene también naturaleza externa respecto de la hipoteca inversa. En estos supuestos, si se ha estipulado que el fallecimiento del beneficiario producirá el vencimiento de la obligación principal, será precisa la consignación, en la escritura de constitución de la hipoteca, tanto de la relación entre el solicitante-deudor como la perfecta identificación y la constatación de la existencia del beneficiario, y que reúne las condiciones exigidas por la ley, en el momento del otorgamiento de la escritura”.

30 Art. 7. “Uno. Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán...”

31 Art. 8. “Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

32 Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de valores hipotecarios, los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la Entidad financiera prestamista o de entidades especializadas en tasaciones, con arreglo a lo que se dispone en el RMH (art. 7 LMH y 8 RMH). La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración. (Véase a este respecto, NIETO CAROL, U.: *El Mercado Hipotecario español: marco jurídico*, CUNEF, Madrid, 2009, p. 27).

33 Los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, y en el que la suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado excluidos los elementos no asegurables por naturaleza como es el caso del suelo (arts. 8 LMH y 10 RMH). Se trata con ello de dar mayor garantía al mercado hipotecario a través del mecanismo de la

ser movilizados para obtener financiación siempre se cumplen dichos requisitos. Esto sin perjuicio que la tasación también es obligatoria en la práctica para calcular el importe máximo de la financiación, la solvencia del deudor y para fijar el tipo de la subasta en caso de ejecución³⁴.

En efecto, como señala ANGUITA RÍOS³⁵, “el eje fundamental en el que pivota esta hipoteca es el valor en cambio del bien, convirtiendo a la vivienda en un capital líquido. El valor en cambio del inmueble y la edad del beneficiario determinará la cantidad de las prestaciones periódicas a percibir por la entidad financiera, de ahí la importancia de la tasación de la vivienda. El valor que se toma como referencia es el resultado de la tasación actual. La revalorización que experimente el bien durante la vigencia de la hipoteca inversa permitirá hacer frente a los aumentos no previstos en la deuda hipotecaria dada la aleatoriedad del contrato”.

IV. CONTENIDO DE LA LLAMADA HIPOTECA INVERSA.

I. Disposición del capital.

En primer lugar, tenemos la forma de disposición del capital. De acuerdo con la disp. adic. primera de la Ley 41/2007, uno de los requisitos de la llamada “hipoteca inversa es “que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas” (I.b).

“subrogación real” de los arts. 1.877 CC, 110, 2 LH y 40.1 de la Ley de Contrato de Seguro. (Véase a este respecto, NIETO CAROL, U.: *El Mercado Hipotecario*, cit., p. 28).

34 Después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se exigía, con carácter general, en todo supuesto de hipoteca, fuera ésta en garantía de una operación financiera concertada con una entidad de crédito o no. Y ello porque a través de esta norma se modificaba la LEC, concretamente se daba nueva redacción al art. 682.2 estableciéndose como requisito cuando la ejecución se dirigiera contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda que “en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”. Por tanto, para que se produjera cualquier ejecución hipotecaria o de un bien pignorado se requería que el tipo de la subasta no fuera inferior al 75% del valor de tasación por lo que era imprescindible contar con la misma de forma que desde entonces se incorporaba a toda escritura de constitución de hipoteca el certificado de tasación emitido por sociedad tasadora homologada por el Banco de España. Y siendo así, es claro que estamos ante un gasto necesario para la concesión de la operación crediticia y por ello puede repercutirse al deudor. Piénsese que en la mente del legislador estaba proteger con esta norma al deudor (realmente al titular del bien dado en garantía). Esta norma, sin lugar a dudas, protegía al propietario del bien hipotecado en el ámbito de los contratos bancarios en los que la garantía se tasaba en todo caso. En las garantías entre particulares, fueran éstos personas físicas o jurídicas, la imposición de una tasación por entidad homologada por el Banco de España implicaba un coste adicional que no está justificado. Tal vez por ello se ha vuelto a modificar la redacción del art. 682.2 LEC por el artículo primero, veintidós de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Ahora se dice que el tipo en la subasta no podrá ser inferior “al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”. Lo que, en mi opinión, significa que sólo será exigido este límite en los supuestos en los que la hipoteca se constituya en garantía de una operación crediticia bancaria.

35 ANGUITA RÍOS, R.M.: “Regulación”, cit., p. 9.

Esto no puede considerarse un requisito sino un hecho y forma parte del contenido del negocio jurídico. Las disposiciones sólo pueden ser únicas o periódicas; no cabe alternativa. Tal vez de esta forma se ha querido decir que no cabe la fórmula de renta vitalicia en el que hay un elemento de aleatoriedad cuál es su duración y por tanto, la cantidad por capital dispuesto debida, aunque no habría ningún problema para que ésta se garantizase con hipoteca. Lo que parece decir es que se determina una cuantía a priori que se dispone de una sola vez o no, pero, en definitiva, un importe limitado pero que si se dispone de forma periódica podría no disponerse en su totalidad, precisamente por haber fallecido el último beneficiario. Obviamente, aunque el capital siempre esté determinado, el importe de los intereses nunca podrá estarlo porque dependerá del momento de dicho fallecimiento.

Este es el sentido que se deriva del Preámbulo (VIII) de la Ley 41/2007 al decir que “la hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses”. Por otra parte, tanto el contrato de préstamo como el de apertura de crédito tienen, por definición, un importe limitado”.

Sin embargo, en la Ficha de Información Previa (FIPRE), como veremos más adelante, así como en la *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa* parece admitirse la posibilidad de disposición mediante renta vitalicia³⁶.

36 “La renta se podrá percibir —calculada en función de la esperanza de vida y del valor del inmueble— en una única suma o de forma periódica, de modo temporal o *vitalicia*.

La disposición temporal hace que se limite el periodo por el que se va a recibir el capital, por lo que, rebasado el plazo previsto en el contrato —entregado ya todo el capital—, y aunque el cliente ya no reciba más fondos, no habrá que devolver el capital hasta que fallezca el último de los solicitantes o beneficiarios, pero la deuda seguirá generando intereses. Probablemente, las sumas recibidas serán mayores, pero el hecho de no recibir fondos a partir de una fecha, si su vida se prolonga, debe tenerse en cuenta, por las consecuencias económicas que ello puede acarrear a partir de ese momento.

La *disposición vitalicia*, por el contrario, mantiene la percepción de capital durante toda la vida del cliente, siendo esa estabilidad su gran ventaja, pero, a cambio, probablemente la suma entregada será menor, siempre en el supuesto de contratación de una hipoteca inversa vitalicia, siendo el supuesto distinto si contratáramos un seguro de renta vitalicia.

Aunque no hay que olvidar que se trata de un contrato suscrito al amparo de la libertad contractual y, por ello, todo está sujeto a la negociación entre las partes, la suma que se percibirá como contrapartida a la hipoteca inversa dependerá tanto de factores comunes al conjunto de las hipotecas (caso de la capacidad de endeudamiento, pero también —aquí, fundamental— del valor del inmueble) como de otros específicos para esta operativa, como la esperanza de vida de los solicitantes.

Otro factor que se tendrá en cuenta es si la renta se percibe por un período acordado o bien de forma vitalicia, hasta el fallecimiento de esa persona. En ocasiones, las entidades ofrecen al cliente la posibilidad de contratar, a la vez, un seguro de renta vitalicia, garantizando así que se percibirá la renta hasta el final de sus días, si el plazo cubierto en la hipoteca se ve superado por el tiempo de vida del titular” (*Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, p. 21).

“Hay hasta tres momentos diferenciados en la hipoteca inversa que conllevan derechos y obligaciones bien distintos: desde la contratación hasta que el período de disposición finaliza, desde este momento al del fallecimiento (si la *disposición* es *vitalicia*, se reducirían a una sola etapa), y el tiempo durante el que los

Por otra parte, tal como establece la disp. adic. cuarta de la Ley 44/2007, las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado³⁷ constituidos a favor de personas con discapacidad. A estos efectos, se asimilará a la contingencia de jubilación prevista en la letra b) del apartado 3 del artículo 51 de la citada Ley 35/2006, la situación de supervivencia del tomador una vez transcurridos diez años desde el abono de la primera prima de dicho plan de previsión asegurado.

La provisión matemática del plan de previsión asegurado no podrá ser objeto de movilización a otro instrumento de previsión social, ni podrán movilizarse a aquél los derechos consolidados o las provisiones matemáticas de otros sistemas de previsión social.

2. Vencimiento.

Como se ha dicho, el elemento característico de la llamada hipoteca inversa es que la deuda sólo es exigible por el acreedor “cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios” (disp. adic. primera núm. 1.c) Ley 41/2007). Y sólo en el caso de no cobrar la deuda la garantía es ejecutable. Estamos así ante el elemento esencial del contenido de esta figura jurídica: el fallecimiento del beneficiario como causa de vencimiento y, por tanto, la exigibilidad de la devolución del capital recibido con sus intereses.

herederos —tras el fallecimiento y de interesarles— pueden cancelar el préstamo” (*Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, p. 23).

37 Los planes de previsión asegurados se definen en el apartado 3 del artículo 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como “contratos de seguro que deben cumplir los siguientes requisitos:

a) El contribuyente deberá ser el tomador, asegurado y beneficiario. No obstante, en el caso de fallecimiento, podrá generar derecho a prestaciones en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

b) Las contingencias cubiertas deberán ser, únicamente, las previstas en el artículo 8.6 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y deberán tener como cobertura principal la de jubilación. Sólo se permitirá la disposición anticipada, total o parcial, en estos contratos en los supuestos previstos en el artículo 8.8 del citado texto refundido. En dichos contratos no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 97 y 99 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

c) Este tipo de seguros tendrá obligatoriamente que ofrecer una garantía de interés y utilizar técnicas actuariales.

d) En el condicionado de la póliza se hará constar de forma expresa y destacada que se trata de un plan de previsión asegurado. La denominación Plan de Previsión Asegurado y sus siglas quedan reservadas a los contratos de seguro que cumplan los requisitos previstos en esta Ley.

e) Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones para la movilización de la provisión matemática a otro plan de previsión asegurado.

En los aspectos no específicamente regulados en los párrafos anteriores y sus normas de desarrollo, el régimen financiero y fiscal de las aportaciones, contingencias y prestaciones de estos contratos se regirá por la normativa de los planes de pensiones, salvo los aspectos financiero-actuariales de las provisiones técnicas correspondientes. En particular, los derechos en un plan de previsión asegurado no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles en los supuestos de enfermedad grave, desempleo de larga duración o por corresponder a primas abonadas con al menos diez años de antigüedad”.

Luego se establece en el número 5 que “al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. Esto último es obvio, habida cuenta que es el vencimiento natural de la obligación que determina la propia norma, aunque por razones operativas se establezca una duración mayor. Pero no está mal que se diga habida cuenta la “imaginación” de las entidades de crédito a la hora de crear comisiones.

Esto no es óbice para que puedan pactarse otras causas de vencimiento anticipado como lo ha reconocido la SAP Málaga (Secc. 4ª) 17 abril 2013³⁸, en su F.J. 6º: “el apartado I.c) de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 no tiene como propósito establecer que la muerte del prestatario es la única causa de vencimiento anticipado posible de la hipoteca inversa. La norma está describiendo los rasgos típicos de una hipoteca inversa, en el sentido de que es una hipoteca cuyo devengo de amortización se produce con la muerte. Pero no quiere decir que no quepan causas de vencimiento anticipado distintas de la contingencia típica descrita como rasgo definitorio en la norma”.

Una de las posibles causas de vencimiento es la transmisión voluntaria del inmueble por el deudor hipotecario. El legislador incurre en el error de decir que la transmisión sea realizada por el deudor hipotecario cuando realmente se hará por el titular de la vivienda hipotecada. Ciertamente es que para disfrutar de los beneficios económicos que establece esta Ley se requiere que el beneficiario sea, a su vez, hipotecante y, además, de su vivienda habitual, pero nada impide un negocio jurídico (“hipoteca inversa atípica”) en el que el hipotecante sea distinto del beneficiario (p.ej. los hijos que hipotecan una vivienda en garantía de las disposiciones en favor de sus padres).

En los supuestos de transmisión voluntaria del inmueble “el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”. Esto último es lo más novedoso en la medida que se protege al deudor hipotecario, habida cuenta de ser merecedor de protección por esta figura jurídica de la “hipoteca inversa”, obligando a la entidad acreedora a admitir la sustitución de la garantía.

Y digo sólo esto último porque en todos los préstamos o créditos con garantía hipotecaria se establece el vencimiento anticipado de la obligación si no consiente el acreedor con la transmisión del inmueble dado en garantía. Porque cuando se produce ésta o hay una subrogación en la obligación por parte del adquirente,

38 SAP Málaga (Sección 4ª) 17 abril 2013 (núm. rec. 277/2012).

que en el caso que nos ocupa, dada la peculiaridad de la figura jurídica, no veo factible³⁹, o se cancela la misma con el importe recibido en la transmisión onerosa. Si es a título gratuito *mortis causa*, la muerte del deudor ya está contemplada en el propio negocio jurídico. *Inter vivos*, o sea, por donación, ya plantearía más problemas. Pero en todo caso es una posibilidad de la entidad acreedora que puede no declarar vencida anticipadamente la obligación. Pensemos que el donatario es un descendiente del deudor y, por tanto, legitimario o un heredero que deberán asumir las deudas cuando fallezca el deudor o renunciar a la herencia.

Cierto es que la hipoteca, como garantía real que es, sigue al inmueble y, por tanto, es ejecutable ante cualquier titular del mismo, aunque no sea quien la haya constituido. Pero no es menos cierto que en caso de ejecución, cuando el titular del bien no es quien constituyó la garantía y, por tanto, no tiene obligaciones contractuales con la entidad acreedora, pueden plantearse problemas prácticos, incluso en el desalojo. En definitiva, a las entidades de crédito no les gustará disociar la obligación de pago de la titularidad de la vivienda dada en garantía en una figura tan peculiar como ésta.

Pero en el caso de la hipoteca inversa no es necesario que se establezca la transmisión del inmueble como causa de vencimiento anticipado; lo hace la propia Ley que, sin embargo, impide que el acreedor haga uso de ese derecho cuando “se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”. Aunque no nos dice qué entiende por “manera suficiente”; tal vez habría que considerar que se produce tal cuando el valor de tasación de la vivienda que se ofrece en sustitución de la vendida guarde la misma proporción respecto al límite de las disposiciones que la sustituida.

Queda así definido el mecanismo de funcionamiento de este contrato. Sin perjuicio del caso excepcional visto de la transmisión de la vivienda sobre la que recae la hipoteca, fallecido el beneficiario o el último de éstos, si así se ha pactado, vence el crédito y nace el derecho del acreedor al reintegro de los fondos dispuestos.

Continúa diciendo el número 6 de esta disp. adic. primera que “cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la

39 En este mismo sentido se manifiesta la *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, 2ª edición, agosto 2017, p. 27: “La hipoteca inversa garantiza un préstamo concedido a una o a varias personas con unas características concretas, valorando —además del inmueble— su edad y esperanza de vida. No cabe, en consecuencia, la subrogación en el préstamo garantizado con hipoteca inversa, al no poderse cambiar la persona del deudor. La duración de la operación la determinan la edad y la esperanza de vida de los solicitantes del préstamo y propietarios del inmueble, por lo que el contrato de hipoteca inversa presupone que el inmueble continuará en manos del deudor hasta su fallecimiento”.

herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 114 LH⁴⁰.

Quedan así definidas las dos opciones de los herederos: cumplimiento voluntario de las cantidades debidas o no devolver las cantidades vencidas, con sus intereses. En este caso el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia⁴¹.

A este respecto hay que decir que, con carácter general, los bienes del caudal relicto responden de las deudas del causante. Y los herederos, podrán aceptar la herencia, bien pura y simplemente o a beneficio de inventario, o repudiarla. En el primer caso “quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios” (art. 1.003 CC). En el caso de aceptación a beneficio de inventario “el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcance los bienes de la misma” (art. 1.023.1º CC). Y en el caso de renuncia, obviamente, el heredero no asume obligación alguna y las deudas se pagan hasta donde alcancen los bienes del causante.

Pero al decir el número 6 de esta disp. adic. primera que “cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia”, parece que está limitando la responsabilidad de los herederos, que si lo son es porque han aceptado la herencia, a los bienes del caudal relicto, lo que, desde luego, supone alejarse del principio establecido en el art. 1.003 CC.

40 “En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”.

41 “Llegado el momento que corresponda, según los casos, existen dos posibilidades: a) Que los herederos abonen las cantidades debidas, en cuyo caso se procederá a cancelar la hipoteca. b) Que los herederos decidan no reembolsar tales cantidades, abriéndose la vía de la ejecución hipotecaria.

a) El cumplimiento voluntario por parte de los herederos de las cantidades debidas no plantea especiales problemas. [...].

b) Cuando los herederos deciden no devolver las cantidades vencidas, con sus intereses se aplica lo dispuesto en el núm. 6 de la DA: “el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”.

Se trata de un supuesto de responsabilidad limitada por las deudas hereditarias, que equivale en sus efectos a la aceptación a beneficio de inventario, aunque en este caso, no referida a las deudas de la herencia sino a la deuda concreta garantizada con la hipoteca inversa. Los herederos pueden haber aceptado pura y simplemente, pero de la deuda con la entidad de crédito se responde sólo hasta donde alcance el valor de los bienes de la herencia (de las demás deudas se responde ilimitadamente). [...] La solución final es la misma a la que se llegaría si los herederos hubieran aceptado a beneficio de inventario, aunque la limitación de la responsabilidad es aquí legal, por lo que, a pesar de una aceptación pura y simple (que es la habitual en la práctica), el acreedor del crédito garantizado con hipoteca inversa sólo puede obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia en todo caso. Debe tenerse presente que el art. 990 CC prohíbe que la aceptación o la repudiación de la herencia se puedan realizar sólo en parte, por lo que no es posible repudiar la herencia en la parte correspondiente a la vivienda hipotecada” [DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Transmisión mortis causa de finca hipotecada”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F. Torres García* (dirs. A DOMÍNGUEZ LUELMO Y Mª P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Madrid, 2015)].

Cabe plantearse la posibilidad de que la vivienda gravada con hipoteca inversa sea objeto de legado específico, por lo que no entrará a formar parte de la comunidad hereditaria. “Habrá que tener en cuenta aquí el contenido del art. 867 CC. En principio, el pago de la deuda queda a cargo de los herederos. Pero en este supuesto, aunque hayan aceptado pura y simplemente, sólo responderán de la deuda pendiente hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios. No obstante, si en el testamento se impone al legatario como carga el pago de la deuda, parece que habría que considerar también al legatario, junto con los herederos, como obligado al pago *post mortem*”⁴².

Por otro lado, la entidad acreedora, si no recupera el importe adeudado, podrá ejecutar la hipoteca como en cualquier otro crédito hipotecario. La única diferencia es que no tiene las limitaciones del art. 114 LH y, por tanto, habrá podido pactarse que la hipoteca asegure los intereses por un plazo superior a cinco años, lo que sí significa separarse no sólo de un criterio general sino derogar para este supuesto una norma no de derecho dispositivo sino de derecho necesario.

Finaliza este precepto señalando en su número 11 que “en lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable”, lo cual es obvio y, por tanto, entiendo, absolutamente, innecesario.

V. NORMAS DE TRANSPARENCIA.

El número 3 de esta disp. adic. primera de la Ley 44/2007 dice que “el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda”, lo que éste hizo a través de la Orden EHA/2899/2011, que ha sido modificada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

Añade la Ley en el número siguiente que en el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 y, por tanto, entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito y entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, “deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de

42 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Transmisión”, cit.

asesoramiento", lo que también ha quedado hecho, a mi juicio, parcialmente, a través de la ya citada Orden EHA/2899/2011.

El art. 32 septies con el que comienza el capítulo II bis de la Orden de Transparencia que ha sido modificado por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, establece que las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se regirán por este capítulo, así como por lo previsto en el título I (comisiones, tipo de interés, publicidad, información precontractual y contractual, comunicaciones al cliente, explicaciones adecuadas, asesoramiento, requisitos y forma de información resaltada y servicios bancarios vinculados), el artículo 24 (información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés), el capítulo I (evaluación de la solvencia) y las secciones 3.^a (tipos de interés variables) y 4.^a (documento contractual y acto de otorgamiento) del capítulo II del título III.

Aunque esto parezca un avance respecto a la Orden EHA/2899/2011, es exactamente lo mismo que ocurría antes ya que el art. 2 de esta última (ámbito de aplicación) decía y sigue diciendo que se aplica a la concesión de crédito y préstamo por entidades de crédito incluía en su ámbito de aplicación a las entidades aseguradoras en lo previsto en la sección 6.^a del capítulo II del título III referente a la hipoteca inversa. Y el art. 32 de la Orden EHA/2899/2011, en su redacción original decía: "Esta orden se aplicará a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre [...] con las siguientes especificidades..."

Por tanto, podemos concluir que, aunque la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, al modificar la Orden EHA/2899/2011 parece que desarrolla toda esta normativa de transparencia, lo que realmente hace es reintroducir en el capítulo referido a las hipotecas inversas las normas hasta entonces aplicables a los préstamos hipotecarios (y, por tanto, también a aquellas) y sustituidas en la Orden para adaptarlas a la LCCL. Y la reproducción literal hace incluso que algunas normas carezcan de sentido en este tipo de contratos (p.e. en relación a la cláusula suelo la referencia a la cuota de amortización máxima y mínima, cuando en este tipo de crédito no la hay).

Como en todo "proceso de comercialización/contratación" de un "producto financiero", siguiendo el esquema típico de los contratos con consumidores, en la llamada "hipoteca inversa" hay tres fases en las que se establecen normas de "transparencia": fase precontractual, formalización, contenido y otorgamiento del contrato y, por último, relaciones con el cliente durante la vigencia del contrato (incorrectamente llamada por algunos como fase poscontractual, aplicable sólo a los contratos de consumación instantánea –p.ej. la compraventa– pero no a los de tracto sucesivo).

I. Información precontractual.

El nuevo art. 32 septies de la Orden EHA/2899/2011, se remite a las normas generales para las dos últimas fases del proceso de contratación y se centra en la fase precontractual. Se introduce una Sección 2ª (“Información precontractual”) al nuevo capítulo II bis (“Hipoteca inversa”)⁴³ del Título III de la Orden EHA/2899/2011.

Destaca en primer lugar (art. 32 octies) la “Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa” en términos adaptados y análogos a los previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo. (“El Banco de España elaborará y mantendrá actualizada una ‘Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario’ y una ‘Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa’. Los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario tendrán dichas guías a disposición de los prestatarios en la forma que se determine por la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa. En todo caso, se incorporará una referencia a la web del Banco de España en los folletos informativos”). Esta exigencia ya existía antes, de hecho su segunda edición es de agosto de 2017 (la primera era de junio de 2015)⁴⁴.

Como se dice en ambas ediciones (p. 9), “dado que se trata de un texto que se redacta con el ánimo de orientar a la clientela interesada en este producto —que no deja de ser una modalidad de préstamo hipotecario—, resulta conveniente consultar ambas guías de forma simultánea, ya que la mayoría de las dudas que pueda tener el consumidor (antes, durante y después de la contratación) encuentran respuesta en la mencionada Guía de acceso al préstamo hipotecario”.

Al igual que ocurría para el resto de los créditos con garantía hipotecaria sometidos al ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011 y, por tanto, antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la hipoteca inversa las entidades debían y siguen debiendo proporcionar al cliente una Ficha de Información Previa (FIPRE) y una Ficha de Información Personalizada (FIPER) cuyo contenido se encuentra regulado en los Anexos III y IV respectivamente.

43 El art. 2.2 Orden EHA/2899/2011 al señalar lo que queda *excluido de su ámbito de aplicación*, hace mención a los servicios, operaciones y actividades comprendidos en el ámbito del Texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (derogado con efectos con entrada en vigor el 1 de enero de 2016 por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras) y del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. “No obstante será de aplicación a las entidades aseguradoras lo previsto en la sección 6ª del capítulo II del título III (Hipotecas inversas)”.

44 Está disponible en la página web del Banco de España <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia-de-acceso-a/>

A) Ficha de Información Precontractual.

El art. 32 novies ("Ficha de información precontractual"), establece que "las entidades deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la ficha de información precontractual (FIPRE) que figura en el anexo III". Estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

Dado que tiene un contenido muy similar a la FIPRE regulada en el Anexo I de la Orden EHA/2899/2011 para los créditos hipotecarios, sólo haremos referencia a las cuestiones que son típicas de la "hipoteca inversa".

En la "Sección 2. Características principales del préstamo asociado a la hipoteca inversa", y, al igual que en la FIPRE de cualquier otra operación crediticia, se determina el "importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble" que representará la ratio préstamo-valor de tasación. Esta ratio irá acompañada de un ejemplo significativo, en valor absoluto, del importe máximo que puede tomarse en préstamo para un determinado valor de un bien inmueble.

En cuanto al "bien hipotecable y caracteres que ha de reunir", se consignará el tipo de bien que puede servir como garantía hipotecaria del préstamo y sus requisitos para servir como dicha garantía.

En la descripción del "tipo de hipoteca inversa en función de su vencimiento", se especificará si se trata de una hipoteca inversa vitalicia o con límite temporal. En este último caso, se consignará la duración de la misma en años, desde la fecha en la que se firma el contrato hasta la fecha en la que ha de reembolsarse el préstamo asociado a la misma.

Si las cantidades percibidas por el deudor/beneficiario o la cantidad a reembolsar a vencimiento son en una moneda distinta del euro se consignará expresamente este hecho y se advertirá, con claridad, que, como consecuencia de esta circunstancia, dichas cantidades o la deuda total pueden variar. Adicionalmente, el cliente incluirá información sobre la fórmula utilizada para calcular los diferenciales de tipo de cambio y la periodicidad de su ajuste. Aunque ya lo hemos señalado con carácter general, recordemos que no es de aplicación a la hipoteca inversa el art. 20 LCCI referente a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera.

Si existiera algún límite al alza o a la baja del tipo de cambio o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del mismo y cuya contratación sea

un requisito para obtener la hipoteca inversa en las condiciones indicadas, deberá especificarse de forma destacada en esta sección.

En la Sección “3. Tipo de interés”, se explicará si el tipo de interés es fijo, variable o variable limitado y, en su caso, los periodos en los que el tipo aplicado consistirá en cada una de estas clases. Se señalará también la periodicidad de las revisiones del tipo variable y variable limitado.

El nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso.

Se especificará de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés. Hago especial énfasis en este respecto, no por haber variación respecto al resto de las FIPRE sino para dejar constancia del error de legislador ya que no ha modificado la FIPRE aplicable a los créditos inmobiliarios (anexo I) en los que no son admisibles las cláusulas suelo en virtud de lo dispuesto en el art. 21.3 LCCI.

En la sección “5. Abono al deudor, tasa anual equivalente y coste total de la hipoteca inversa”, se incluirá la “modalidad de abono del deudor” y se indicará claramente si se percibirán disposiciones únicas o periódicas, y en este último caso, con qué periodicidad (mensual, trimestral, anual, etc.). También se indicará su forma de cálculo y la posibilidad de realizar disposiciones extraordinarias. Adicionalmente se especificará si los abonos son constantes, crecientes o decrecientes.

En el concepto “abono al deudor” se consignará el importe de dicho abono. Si el abono no es constante se ofrecerá un intervalo que comprenderá desde la disposición más próxima a la fecha de la FIPRE a la más alejada.

El cálculo del abono al deudor, de la TAE y del coste total de la hipoteca inversa se basará en un ejemplo representativo elaborado por la entidad en función de lo que se considera una hipoteca inversa habitual en el mercado.

Obsérvese que se dice en la FIPRE que estos cálculos se basan en los “siguientes supuestos: Importe. Tipo de interés. (Si ha lugar) Supuestos actuariales (esperanza de vida, etc.). Otros supuestos”. La referencia a supuestos actuariales como la esperanza de vida hace pensar que se está pensando en la renta vitalicia como forma de disposición, al igual que hace la *Guía de la Hipoteca Inversa*.

En la sección “6. Cancelación del préstamo y amortización anticipada”, se indicará si la amortización anticipada del préstamo, total o parcial, conlleva la

exigencia de compensación a la entidad que deberá reflejarse en términos de porcentaje sobre el capital amortizado.

En la última sección (“7. Derecho a asesoramiento independiente y a oferta vinculante”), se consignará expresamente en esta sección los derechos que asisten al solicitante de obtener el asesoramiento independiente, la oferta vinculante y la información personalizada conforme a lo previsto en esta orden.

B) Ficha de Información Personalizada.

De acuerdo con el art. 32 decies, “las entidades, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a este la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la ficha de información personalizada (FIPER) que figura en el anexo IV”. Se entregará a todos los clientes de préstamos, de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta. Toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la ficha de información personalizada.

En relación con la Ficha de Información Personalizada (FIPER), sólo haremos referencia a las cuestiones que son típicas de la “hipoteca inversa”. Así, en la sección “2. Características principales del préstamo asociado a la hipoteca inversa”, el “importe total a reembolsar” será igual a la suma del importe del préstamo y el coste total del mismo. Dentro de este concepto se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración de estos contratos de servicios.

Si se tratase de un préstamo en divisa o a tipo de interés variable, se calculará el importe total a reembolsar con el supuesto de que el tipo de interés o de cambio se mantiene constante durante todo el período al nivel de la fecha más próxima a la de la emisión de la FIPER

En esta sección se explicará también si el tipo de interés es fijo, variable o variable limitado. Se señalará también la fecha en la que se fijarán los tipos de

interés que darán lugar al importe total de reembolso definitivo. Asimismo, se explicará la fórmula utilizada para calcular el tipo de interés. La entidad indicará además dónde hallar información adicional sobre los índices o los tipos utilizados en la fórmula. El nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso. Se especificará de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

Si la moneda del préstamo es diferente de la moneda nacional, la entidad incluirá información sobre la fórmula utilizada para calcular los diferenciales de tipo de cambio y la periodicidad de su ajuste.

“Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe total a reembolsar. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe total a reembolsar que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo”. A este respecto hay que señalar que este párrafo es copia literal de la misma norma explicativa para la FIPER de los créditos hipotecarios a los que les era de aplicación la Orden EHA/2899/2011 hasta la LCCI. Lo que ocurre antes y ahora es que la información referente a los efectos de las variaciones del tipo de interés en las cuotas de amortización (“cuota hipotecaria”) no son de aplicación a las hipotecas inversas ya que no hay tales cuotas.

“Si la moneda del préstamo no es el euro, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de cambio afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de cambio serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información

sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) variación experimentada por el tipo de cambio de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo". Se comete el mismo error que antes; en las hipotecas inversas no hay cuotas de amortización por lo que no cabe hablar de influencia de las variaciones del tipo de cambio,

El "importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble" representará la ratio préstamo-valor de tasación. Esta ratio irá acompañada de un ejemplo significativo en valor absoluto del importe máximo que puede tomarse en préstamo para un determinado valor de un bien inmueble.

Sin embargo, a mi juicio, se omite aquí algo esencial en este tipo de operación crediticia: que se reembolsa en su totalidad, junto con los intereses acumulados, una vez fallecido el último de los beneficiarios. Lo que se dice en la sección 6 pero aquí para hablar de "coste total" hay que especificar que depende totalmente del momento de dicho fallecimiento.

En la sección "4. Abono al beneficiario", se indicará la periodicidad con la que se recibe el abono del acreedor por cada período y su importe. Y si los pagos al deudor son variables, se deberá incluir en esta sección una tabla en la que se establezcan las cuantías que se reciben en cada período y las fechas de inicio y fin de dichos períodos.

Aquí hay que informar al cliente de que dispone de la posibilidad de destinar total o parcialmente las disposiciones periódicas que pueda obtener como consecuencia de la hipoteca inversa a la contratación de un plan de previsión asegurado en los términos indicados en la disposición adicional cuarta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Sección "5. Requisitos, vinculaciones y otros costes" debe señalarse que, si el cliente desea beneficiarse de las condiciones de la hipoteca inversa descritas en la presente ficha, debe cumplir los requisitos y obligaciones que se indiquen.

En la sección “6. Cancelación del préstamo y amortización anticipada”, la entidad indicará, primeramente, la forma en la que se puede cancelar el préstamo por el cliente o sus herederos y que, si se decide amortizar el préstamo anticipadamente, debe consultarse a la entidad a fin de determinar el nivel exacto de la compensación en ese momento.

Y tras indicar en qué condiciones puede amortizarse total o parcialmente el préstamo se señalarán qué trámites debe realizar el cliente para solicitar la amortización anticipada.

Si la amortización anticipada conlleva compensación para la entidad, esta indicará el importe como porcentaje del capital amortizado o en caso de que dependa de otros factores se indicará la forma de cálculo de la compensación. La entidad facilitará al menos dos ejemplos ilustrativos con el fin de mostrar al cliente el importe de los gastos de amortización anticipada según distintas hipótesis posibles.

En la sección “7. Disponibilidad del bien hipotecado”, se consignará la disponibilidad del bien hipotecado del deudor, en particular, si éste puede ser enajenado o arrendado, las comunicaciones que el deudor estuviera obligado a realizar a la entidad al respecto y la variación de las condiciones contractuales que supondría.

No se hace mención y, a mi juicio, debería hacerse al hecho de que la transmisión del bien hipotecado puede acarrear la resolución anticipada del contrato y la exigencia del total adeudado hasta ese momento.

En la sección “9. Derecho a asesoramiento independiente y a oferta vinculante”, la entidad informará al cliente de su derecho a recibir asesoramiento independiente teniendo en cuenta la situación financiera del mismo y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 y al artículo 33 de la Orden EHA/2899/2011.

“Adicionalmente, se le informará de su derecho a recibir una oferta vinculante que la entidad deberá entregarle obligatoriamente”.

En la “sección 14. Riesgos y advertencias”, a los habituales del resto de las operaciones sujetas a la Orden EHA/2899/2011 antes de la entrada en vigor de la LCCL, destacaremos:

- “(Si ha lugar) Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago de la hipoteca inversa no solo con su vivienda sino con todos sus bienes presentes y

futuros". Esto no es peculiar de la hipoteca inversa, pero se hace especial referencia ya que la deuda hipotecaria, como el resto de los bienes, derechos y obligaciones del deudor pasaría a sus herederos si estos aceptan la herencia.

- "(Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que los abonos que percibirá no son vitalicios sino que tienen un límite temporal que es [fecha de último abono]".

- "(Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]".

C) Oferta Vinculante.

A tenor del art. 32 undecies Orden EHA/2899/2011 tras su modificación por la Orden ECE/482/2019, "una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente, este "podrá" solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante". Como se observa hay una gran diferencia respecto al antiguo art. 32.a) que decía que era obligatoria la entrega de la oferta vinculante a la que se refiere el art. 23. Ahora se dice "podrá". No entiendo muy bien la razón del cambio; creo que es un "retroceso".

"La oferta vinculante se facilitará mediante una ficha de información personalizada como la que figura en el anexo IV en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente:

- a) Que se trata de una oferta vinculante.
- b) El plazo de vigencia de dicha oferta".

Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la ficha de información personalizada". Como se observa el contenido de oferta vinculante y FIPER es el mismo; de hecho, si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la ficha de información personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento.

Pero la diferencia entre una y otra radica en un matiz importante: la oferta vinculante obliga al oferente, en este caso a la entidad prestamista, por un plazo

determinado que, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, no será inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

D) Información sobre cláusulas suelo y techo.

De acuerdo con el art. 32 duodeces Orden EHA/2899/2011, “en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la ficha de información personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima”. Este precepto está inspirado en el anterior art. 26.2 de la Orden⁴⁵, pero como ya hemos dicho, la determinación de cuotas de amortización máxima y mínima no es de aplicación a la hipoteca inversa ya que la forma habitual de amortización es al vencimiento con los intereses acumulados.

No es de aplicación a la hipoteca inversa la LCCC y, por tanto, tampoco su art. 21.3 que establece que “en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés”. En las hipotecas inversas son admisibles las “cláusulas suelo”.

E) Tasa Anual Equivalente.

El art. 32 terdecies (“Cálculo de la tasa anual equivalente”) Orden EHA/2899/2011 es copia literal del antiguo art. 31 antes de su modificación por la Orden ECE/482/2019. Como ya hemos dicho antes, el entonces art. 32 que regulaba las normas de transparencia de la hipoteca inversa establecía la aplicabilidad a ésta de todas las normas de los créditos hipotecarios recogidas en los preceptos anteriores, entre ellas el cálculo de la TAE. Al modificarse la mayoría de estos preceptos para adaptarlos a la LCCI se suprime el referente a la TAE ya que se encuentra regulada en la propia Ley (que transcribe literalmente la Directiva 2014/17/UE). Hacía falta, por ello, reintroducirlo para las hipotecas inversas.

No voy a extenderme a este respecto por lo que de forma resumida diremos que este precepto define la tasa anual equivalente, al decir “que iguala, sobre una base anual, al (sic)⁴⁶ valor actual de todos los compromisos (disposiciones de crédito, reembolsos y gastos) existentes o futuros, asumidos por la entidad y por el cliente” y que se calcula de acuerdo con la fórmula matemática (“ecuación

45 “En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada a la que se refiere el artículo 22, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor”.

46 Entiendo que debería utilizarse el artículo “el”.

de base”) que figura en el anexo V⁴⁷”. Mejor concepto lo encontramos en dicho anexo al decir que “la ecuación de base, que define la tasa anual equivalente (TAE), expresa la equivalencia anual entre, por un lado, la suma de los valores actualizados de las disposiciones de crédito y, por otro, la suma de los valores actualizados de los importes de los reembolsos y pagos de gastos

La ecuación es idéntica a la de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 y a la de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (que copia la Directiva de 2008, error incluido⁴⁸), de donde se copió. Y también lo es a la de la Directiva 2014/17/UE y a la de la LCCI; las diferencias no radican en la fórmula de cálculo que sólo hay una posible (en capitalización compuesta) sino en los llamados “supuestos adicionales” que son hipótesis que deben adoptarse para poder realizar los cálculos. Son de aplicación cuando alguna de las variables necesarias para su cálculo (capital, plazo y tipo de interés) está indeterminada. Al copiar los “supuestos adicionales” y no adaptarlos a la operación financiera concreta, algunos son inaplicables a la “hipoteca inversa”.

En el propio art. 32 terdecies se incluyen algunas hipótesis previas necesarias para calcular la tasa anual equivalente. Así:

- “El cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto de que el contrato de préstamo estará vigente durante el período de tiempo acordado y que la entidad y el cliente cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato”. Por tanto, hay un cumplimiento

47 La ecuación es la siguiente:

$$\sum_{k=1}^m C_k (1+X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^n D_l (1+X)^{-s_l}$$

Donde:

- X es la TAE.
- m es el número de orden de la última disposición del crédito.
- k es el número de orden de una operación de disposición de crédito, por lo que $1 \leq k \leq m$.
- C_k es el importe de la disposición número k.
- t_k es el intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, entre la fecha de la primera operación de disposición y la fecha de cada una de las disposiciones siguientes, de modo que $t_1 = 0$.
- m' es el número de orden del último reembolso o pago de gastos.
- l es el número de orden de un reembolso o pago de gastos.
- D_l es el importe de un reembolso o pago de gastos.
- s_l es el intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, entre la fecha de la primera disposición y la de cada reembolso o pago de gastos.

48 En la observación e) se dice: “se puede reformular la ecuación utilizando solamente un sumatorio y empleando la noción de flujos (A_k), que serán positivos o negativos, es decir, respectivamente pagados o percibidos en los periodos l a k, expresados en años, a saber:

$$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-t_k}$$

Debería decir “periodos l a n”. Este error se solventa en la Directiva 2014/17/UE y, por ende, en la LCCI. Podría perfectamente haberse aprovechado para cambiarlo en este anexo V al modificar la Orden, al igual que en la LCCC mediante una disposición adicional de la LCCI. Pero como nuestros legisladores, incluidos los reglamentarios, no entienden estas fórmulas no se ha hecho nada.

puntual y exacto del contrato de crédito y ni hay reembolsos anticipados ni hay retrasos ni en los abonos ni en las devoluciones.

- Consecuencia de lo anterior es que “se exceptúan del cálculo los gastos que el cliente tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito”.

- “En los contratos de préstamo que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y, en su caso, de los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y los demás gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato”. Este es el caso de los préstamos a tipo de interés variable en los que no se determina la fórmula de revisión basada en un tipo de referencia. También proporciona una solución en los casos en los que el cambio del tipo de interés es sólo una posibilidad (por ejemplo, cuando el acuerdo estipula que después del período inicial de un tipo fijo, se puede acordar un nuevo tipo fijo en lugar de proceder a un tipo deudor variable)⁴⁹.

El régimen vigente para los contratos de crédito inmobiliario establecido en la Directiva 2014/17/UE y en la LCCL es totalmente distinto. En efecto, “aquí encontramos una modificación muy importante respecto al régimen de la Directiva 2008/48/CE y la LCCC de 2011, seguido también en la Orden EHA/2899/2011⁵⁰ y, lo que es más grave, inalterado por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril. El supuesto determinaba hasta la fecha que para el cálculo de la TAE después del período del tipo fijo inicial se suponía que el tipo deudor en la fase de variabilidad

49 NIETO CAROL, U: *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 467.

50 Esta forma de cálculo de la TAE ya se utilizaba en la norma decimotercera de la derogada Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España de transparencia de las operaciones y protección de la clientela redactada en este punto por la Circular 5/1994, de 22 de julio, al decir que “en las operaciones a tipo de interés variable, el coste o rendimiento efectivo que se ha de reflejar en la documentación contractual se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida del crédito, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato”.

Ahora la norma decimotercera de la vigente Circular B.E. 5/2012, tras señalar que en los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y/o de las comisiones o gastos incluidos en la tasa anual equivalente, que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato, determina que “en estos casos, la expresión TAE se sustituirá por la *TAEVariable* (sic), y se deberá indicar expresamente que se ha utilizado la simplificación anterior”.

En particular, en las operaciones a tipo de interés variable, la *TAEVariable* se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida de la operación, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato, y, si se pactara un tipo de interés fijo para cierto período inicial, este se tendrá en cuenta en el cálculo, pero únicamente durante dicho período inicial. En estos casos, la tasa anual equivalente solo tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión “esta *TAEVariable* se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto, esta *TAEVariable* variará con las revisiones del tipo de interés”.

Cuando se trate de una operación a tipo de interés variable en la que se establezcan límites a su variación (suelos y techos), dichos límites deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente.

se determinaba tomando el valor del tipo de referencia en el momento de cálculo de dicha TAE. Ahora, este criterio tiene una excepción: que el tipo así determinado sea *inferior al tipo deudor fijado* para el período inicial. En este caso, se tomará éste o, lo que es lo mismo, se toma el mayor de ambos. En definitiva, siguiendo el criterio general expuesto hasta ahora, se busca que resulte una mayor TAE para disuadir más al potencial prestatario”⁵¹.

Por último, el art. 32 terdecies Orden EHA/2899/2011, incluye también la siguiente disposición: “Cuando sea obligatorio abrir una cuenta para obtener el préstamo, los costes de mantenimiento de dicha cuenta, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar operaciones de pago y de disposición de crédito, así como otros costes relativos a las operaciones de pago, se incluirán en el coste total del crédito para el cliente, salvo que los costes de dicha cuenta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de préstamo o cualquier otro contrato suscrito con el cliente”. Aquí nos encontramos con unos conceptos de coste para el cliente que deben ser o no incluidos en el cálculo de la TAE; con carácter general sí salvo que estén perfectamente determinados por separado en el contrato de préstamo o en otro contrato (lo normal es que sea en el contrato de cuenta corriente bancaria).

F) Asesoramiento independiente.

El número 4 de la disp. adic. primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, establece que “en el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”.

En consecuencia, el art. 32.b) Orden EHA/2899/2011 establecía: “será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el artículo 10”. De acuerdo con este precepto, la prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta orden ministerial e “implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio

51 NIETO CAROL, U.: “La Tasa Anual Equivalente en los contratos de crédito inmobiliario”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje del Prof. Ubaldo Nieto de Alba*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (en prensa).

de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos”. Además, tenían que recibir una remuneración independiente por este concepto.

Con la modificación de esta norma por la Orden ECE/482/2019, desaparece cualquier mención concreta a este asesoramiento independiente dentro del capítulo III bis referente a la hipoteca inversa. No es que esta remisión al art. 10 fuera especialmente detallada, pero en lugar de profundizar en este requisito específico, que era lo lógico, se ha suprimido la referencia expresa. Eso sí, quedan otras tanto en la FIPRE como en la FIPER. Y queda también el control notarial de la mera existencia de este informe. En efecto, el núm. 3 del art. 30 (“Acto de otorgamiento”) establece: “los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá: [...] g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente”.

A este respecto, señala SIMÓN MORENO⁵²: “La tercera cuestión en discordia es el rol notarial. La protección del solicitante de la hipoteca inversa se completa con la obligación del notario de verificar en el momento de otorgamiento de la escritura pública la existencia del correspondiente asesoramiento independiente (art. 30.3.g Orden EHA/2899/2011). En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesor, el notario deberá advertir de este extremo al cliente. ¿De qué sirve sin embargo que el notario advierta de este extremo si no tiene potestades para impedir la constitución de la hipoteca inversa? En efecto, la redacción primitiva del art. 30.3 Orden EHA/2899/2011 establecía que los notarios, en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, ‘denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente’, es decir, les facultaba a denegar la concesión del préstamo si no se cumplía con el asesoramiento independiente o con la entrega de la oferta vinculante. Este precepto fue declarado nulo por la Sentencia Audiencia Nacional 5/05/2013, principalmente porque tal potestad notarial no se encontraba recogida en una norma con rango de ley, y esta resolución fue confirmada posteriormente por la STS 7/03/2016. Esta decisión ha sido criticada por la doctrina, y somos partidarios (con abstracción de los argumentos esgrimidos por la sentencia) de que los notarios, al tener asignados el control de la legalidad como *gatekeepers* o guardianes del buen funcionamiento del mercado inmobiliario (art. 147 del Reglamento Notarial), deberían tener la potestad de denegar la autorización del préstamo cuando se incumpla con

52 SIMÓN MORENO, H.: *La Optimización*, cit., pp. 146 y 147.

la Orden EHA/2899/2011 u otra norma legal de carácter imperativo. Es decir, poco sentido tiene que el notario controle y avise del incumplimiento fragante de una obligación legal por parte del prestamista si nada puede hacer para que esa transacción no tenga lugar”.

Desde mi punto de vista, lo que el Notario no podrá hacer es autorizar la escritura de hipoteca inversa si no existe tal asesoramiento independiente que yo incorporaría en todo caso a la escritura. Pero además de verificar su existencia deberá leer, al menos, las conclusiones y comprobar si la recomendación es favorable o no. Y, en caso de no serlo, advertírselo expresamente al deudor e hipotecante y no sólo de palabra, sino dejando expresa y destacada constancia en la propia escritura. Pero ni puede ni debe sustituir la voluntad del principal interesado que es el solicitante (y también obligado). Es la voluntad soberana de este la que debe prevalecer porque perfectamente puede interesarle esta forma de financiación (tal vez la única a la que podría acudir), sin perjuicio del asesoramiento desfavorable, que sólo puede tener un fundamento financiero y no personal. Desde luego, a mí no me gustaría que ningún funcionario por cualificado que fuera este decidiera por mí.

VI. BENEFICIOS ECONÓMICOS.

Como siempre, uno de los aspectos más importantes de la regulación de una institución jurídica es su régimen fiscal. Las hipotecas inversas que cumplan los requisitos que hemos señalado anteriormente y que se recogen en el núm. 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, estarían exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados tal y como se establece en el núm. 7 de la misma. Y no sólo su constitución, también la subrogación, novación modificativa y cancelación.

A este respecto hay que señalar que el legislador ha sido muy restrictivo (claro que, al ser un impuesto transferido a las Comunidades Autónomas, éstas presionarían en este sentido). Y ello porque restringió la exención a los supuestos de hipoteca de la vivienda del solicitante. Probablemente pensaría que si se tiene más de una vivienda puede transmitirse aquella en la que no se viva; pero también hay que tener en cuenta que esto puede no ser posible dadas las circunstancias del mercado inmobiliario y dada la edad que se exige a los solicitantes y beneficiarios, estos podrían no tener mucho tiempo para esperar un mejor momento para la venta. Podría y debería haber admitido la hipoteca sobre otras viviendas (y por qué no sobre otro tipo de inmuebles), incluso sobre aquellos que no fueran propiedad del solicitante; el caso más claro sería el de los hijos que constituyeran hipoteca en garantía de la “hipoteca inversa” en beneficio de los padres. Y ello

porque si la finalidad es que se obtengan recursos las personas de mayor edad o en situación de dependencia esto haría que se consiguiese mejor dicho objetivo.

Es fácil entender que a pesar de las discusiones a las que tuvo lugar la determinación del sujeto pasivo de este impuesto, con las consiguientes sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo⁵³, el legislador de 2007 (y todos los anteriores y posteriores) tenía muy claro quién era el sujeto pasivo del impuesto: el prestatario.

En todo caso, este régimen fiscal se ha visto modificado. En efecto, de acuerdo con el art. 29,2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRITPAJD), modificado por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”. Por tanto, hoy es la entidad financiera, por lo que no hay ventaja fiscal alguna para el prestatario. Y, además, tampoco la hay para la entidad financiera, dado que la disp. final segunda de la Ley 5/2019 que añade el siguiente párrafo final al art. 45 TRITPAJD: “los beneficios fiscales y exenciones subjetivas concedidos por esta u otras leyes en la modalidad de cuota variable de documentos notariales del impuesto sobre actos jurídicos documentados no serán aplicables en las operaciones en las que el sujeto pasivo se determine en función del párrafo segundo del artículo 29 del Texto Refundido, salvo que se dispusiese expresamente otra cosa”.

Por tanto, y sin perjuicio de lo anacrónico de este impuesto, esta forma de financiación no tiene ya ningún beneficio fiscal para el prestatario respecto al resto de los préstamos hipotecarios.

Otros de los “beneficios económicos” se refieren a los que afectan a los aranceles notariales y registrales ya que este tipo de operación exige escritura pública e inscripción en Registro de la Propiedad con carácter necesario y que se recogen en los números 8 y 9 de la disp. adic. primera. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

En cuanto al cálculo de los honorarios registrales, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los

53 SSTS 27 noviembre 2018 (rec. núm. 5911/2017, 1049/2017 y 1653/2017), en las que el Tribunal vuelve a su criterio tradicional tras el breve paréntesis que sufrió su jurisprudencia con el dictado de las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, que han derivado en la declaración de nulidad del segundo párrafo del art. 68 del Reglamento del impuesto RD 828/1995.

Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

Pues bien, tras la LCCL, el beneficiario de la hipoteca inversa está en peor condición que el resto de los prestatarios con garantía hipotecaria de bien de uso residencial. Y ello porque en los préstamos sometidos a esta Ley, de acuerdo con su art. 14.1.e), el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (al prestatario se le remite por e-mail una copia simple gratuita) y los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista; incluso los gastos de gestión.

En definitiva, si lo que se pretende es fomentar este tipo de financiación habrá que pensar en otros “estímulos” porque en la hipoteca inversa el deudor ya no tiene ninguno.

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R.M.: "Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre", *Diario La Ley*, núm. 6875, Sección Doctrina, 4 de febrero de 2008, Año XXIX, Ref. D-28.

BANCO DE ESPAÑA: *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, Madrid, 1ª ed., junio 2015, y 2ª edición, agosto 2017.

CARRASCO PERERA, A.: "Inscripciones registrales de hipotecas inversas", en AA.VV.: *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Transmisión mortis causa de finca hipotecada", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F. Torres García* (dir. A DOMÍNGUEZ LUELMO y Mª P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Madrid, 2015.

JIMÉNEZ CLAR, A.J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *RDBB* enero-marzo 2009, núm. 113.

LEZAUN, M.: "¿Vuelve la hipoteca inversa?", *Escritura Pública*, núm. 118, julio-agosto 2019.

LOZANO, J.R.: "Cuidado con la hipoteca inversa", *Escritura Pública*, núm. 118, julio-agosto 2019.

MURO VILLALÓN, J.V.: "La hipoteca inversa", en AA.VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 27/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, Madrid, 2008.

NIETO CAROL, U.: *El Mercado Hipotecario español: marco jurídico*, CUNEF, Madrid, 2009.

NIETO CAROL, U.: *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

NIETO CAROL, U.: "La Tasa Anual Equivalente en los contratos de crédito inmobiliario", *Estudios en homenaje del Prof. Ubaldo Nieto de Alba*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (en prensa).

PEREÑA VICENTE, M.: "La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia", *Actualidad Civil. Jurisprudencia*, núm. 16/2008, 2ª quincena septiembre), 16 de septiembre de 2008.

PILEÑO RODRÍGUEZ, C: "La hipoteca inversa: ¿una solución para nuestros mayores?", *Derecho de los Negocios*, núm. 216, septiembre 2008, p. 37.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2008.

SIMÓN MORENO, H.: *La Optimización de la Hipoteca Inversa desde la perspectiva Europea y Norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

TORAL LARA, E.: "Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable", *Actualidad Civil*, núm. 16, Sección A Fondo, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2009, t. 2, p. 1.861.

ZURITA MARTÍN, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo-junio 2008.

L'AUSPICATA UNITARIETÀ DELLE SUCCESSIONI NEL
SISTEMA EUROUNITARIO E IL SUPERAMENTO DEL DIVIETO
DI PATTI SUCCESSORI*

*THE DESIRED UNITY OF SUCCESSIONS IN THE EUROUNITY
SYSTEM AND THE OVERCOMING OF THE PROHIBITION OF
SUCCESSION AGREEMENTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 408-447

* L'argomento del presente saggio è stato oggetto di un intervento dello scrivente nell'ambito del Progetto "Seminario iberico Progetto GoINEUPlus - Integrazione, migrazione, relazioni transnazionali: il dialogo tra il regolamento dell'Unione europea sulle successioni e i regolamenti familiari sui regimi patrimoniali e sulle proprietà immobiliari dei partenariati registrati" tenutosi presso l'Università di Coimbra il giorno 17 maggio 2019.

Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Il diritto civile italiano è disseminato di previsioni che costituiscono altrettanti ostacoli in vista della trasmissione preordinata della ricchezza, tra i quali spicca, senza dubbio, il divieto dei patti successori, sancito dall'art. 458 cod.civ., che impedisce non solo di utilizzare il contratto per destinare i beni per il tempo successivo alla morte, ma anche di disporre dei diritti attesi dalla chiamata ereditaria – come pure di rinunziarvi – anteriormente all'apertura della successione. Il sorgere di fenomeni “parasuccessori” in superamento del divieto suggerisce di ripensare il dogma dell'unicità del testamento quale strumento di regolamentazione delle vicende successorie nel sistema di Civil law. Verso questo obiettivo funzionale, depone la comparazione sincronica con altri ordinamenti, dalla quale emerge come in alcuni di essi, i patti successori siano pacificamente ammessi (si pensi all'Erbvertrag tedesco), mentre in altri, come in quello francese, si siano concepite ampie e significative deroghe al divieto, pur formulato in termini generali. Un'auspicata e possibile armonizzazione dei patti successori in Europa, anche alla luce del Reg. UE 650/2012, potrà avvenire in maniera effettuale soltanto attraverso “la relativizzazione del procedimento ermeneutico, calato sul piano concreto del bilanciamento degli interessi” e la concretizzazione dell'obiettivo rappresentato dalla “cittadinanza europea”.

PALABRAS CLAVE: Diritto successorio; diritto di famiglia; divieto di patti successori; azione di riduzione; patto di famiglia; vocazione contrattuale; quota di legittima; Erbvertrag; Liberalités; ordine pubblico interno ed internazionale; cittadinanza europea; art. 458 cod. civ. italiano; Reg. Ue 650/2012; armonizzazione delle successioni mortis causa in Europa.

ABSTRACT: Italian civil law is full of provisions that hinder the preordained transmission of wealth, including, without doubt, the prohibition of succession agreements, sanctioned by art. 458 cod. civ. This experience suggests the rethinking of the dogma of the uniqueness of the testament as a regulatory tool for succession events in the Civil law system. Towards this functional goal, it compares with other legal systems, from which it emerges that sometimes successor agreements are peacefully admitted (for example in Germany), while in others, as in the French one, there are wide and significant exceptions to the prohibition, even though formulated in general terms. A possible harmonization of successor pacts in Europe, considering the EU Regulation 650/2012, can only take place effectively through “the relativization of the hermeneutical procedure, based on a concrete balance of interests” and the realization of the objective represented by “European citizenship”.

KEY WORDS: Inheritance law; family law; prohibition of succession agreements; reduction action; family agreement; contractual vocation; legitimate share; Erbvertrag; Liberalités; internal and international public order; European citizenship; art. 458 of the Italian Civil Code; EU Reg. 650/2012; harmonization of successions mortis causa in Europe.

SUMARIO.- I. LA RATIO ORDINAMENTALE A FONDAMENTO DEI “DIVIETI”. L’INDAGINE DIACRONICA ESPLICATIVA DELLE MOLTEPLICI RAGIONI GIUSTIFICATIVE DELLE PROIBIZIONI.- II. INQUADRAMENTO SISTEMATICO E RATIONES DEI “DIVIETI”.- III. VERSO UNA “CONTRATTUALIZZAZIONE” DELLA VICENDA SUCCESSORIA E L’INTERVENTO DEL LEGISLATORE ITALIANO CON L’INTRODUZIONE DEL PATTO DI FAMIGLIA (LEGGE 14 FEBBRAIO 2006 N. 55) ED UNA NECESSARIA INDAGINE COMPARATIVA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL MODELLO TEDESCO E AL DIRITTO SUCCESSORIO FRANCESE.- IV. NUOVE PROSPETTIVE DE JURE CONDENDO: L’AMPLIAMENTO DEI CONFINI DELL’AUTONOMIA PRIVATA E L’UNIFICAZIONE DELLE SUCCESSIONI DEI “CITTADINI EUROPEI”, IN VIRTÙ DELL’EVOLUZIONE, GIÀ OPERATIVA, DEL PRINCIPIO DI ORDINE PUBBLICO INTERNO E INTERNAZIONALE NELLA LAW IN ACTION.

I. LA RATIO ORDINAMENTALE A FONDAMENTO DEI “DIVIETI”. L’INDAGINE DIACRONICA ESPLICATIVA DELLE MOLTEPLICI RAGIONI GIUSTIFICATIVE DELLE PROIBIZIONI. II. INQUADRAMENTO SISTEMATICO E RATIONES DEI “DIVIETI”.

Come acutamente osservato da attenta dottrina “nel nostro ordinamento non essendo ammesso il contratto a causa di morte, non v’è negozio *mortis causa* che non sia anche di ultima volontà”. Gli articoli 457, I comma (*l’eredità si devolve per legge o per testamento*) e l’art. 458, prima parte, (è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione) costituiscono entrambi il fondamento del divieto dei cosiddetti patti successori istitutivi, con i quali un soggetto disporrebbe in via convenzionale della propria successione¹. L’articolo 458 del Codice civile italiano enuncia a chiare lettere il divieto dei patti successori², che, in via di prima approssimazione, possono essere definiti come quei “negozi che attribuiscono o negano diritti su una successione non ancora aperta”³. La norma, saldamente collocata nel contesto della disciplina successoria, assume una rilevanza fondamentale in relazione all’intero ordito giuridico, dal momento che si riannoda all’autonomia

1 L’esame critico in merito al divieto dei patti successori deve iniziare con il richiamo a GIAMPICCOLO G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Milano, 1954, pp. 37 ss., ora nella ristampa a cura della Scuola di Specializzazione dell’Università di Camerino, n. 36, Napoli, 2010; ID, voce “Atto mortis causa”, in *Enc. Dir.* IV, Milano, 1959, pp. 232 ss. Sull’argomento GANGI C.: *La successione testamentaria*, I, Milano 1952, pp. 41 ss; COVIELLO JR. L.: *Appunti di diritto successorio*, Bari, 1956, pp. 253 ss.; TOTI B.: “La nullità del testamento esecutivo del patto successorio”, in *Riv. not.*, 1985, 9.

2 In tema di “divieti” di patti successori, si veda il recente contributo di ACETO DI CAPRIGLIA S.: “I ‘divieti’ di patti successori nel sistema di civil law”, in *Quaderni de Il foro napoletano*, 36, 2019.

3 In questi termini si esprime la più autorevole dottrina istituzionalistica, in particolare BIANCA C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 556.

• Salvatore Aceto di Capriglian

Professore associato confermato di Diritto comparato e insegna nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. Correo electrónico: acetodicapriglia@uniparthenope.it

privata⁴ in genere, e, in particolare, all'atto che ne costituisce la massima espressione: il contratto⁵. Per la verità, pur in presenza del divieto così formalizzato, l'autonomia privata non appare del tutto estranea alla materia del diritto successorio, in considerazione dei molteplici riscontri sistematici che sicuramente depongono nel senso della sua operatività anche in questo contesto, seppure con differenti angoli prospettici. Se si assume l'ottica del disponente, l'autonomia privata si incarna nel testamento⁶, concepito alla stregua di un negozio tipico – e tendenzialmente unico⁷ – attraverso il quale taluno “dispone delle proprie sostanze o di parte di esse per quando avrà cessato di vivere”. I caratteri di tipicità e unicità appaiono inestricabilmente connessi proprio al divieto di patti successori, che in tal modo contribuisce, sia pure *a contrario*, a delineare i caratteri del negozio testamentario. Per contro, se si analizza *ab externo* la vicenda *mortis causa*, la configurabilità di un vero e proprio contratto successorio⁸ appare impedita ineluttabilmente da questo divieto, il che consente di comprendere l'attenzione manifestata negli anni dalla dottrina, mossa dall'intento di circoscrivere con precisione il perimetro applicativo della nozione di patto successorio, onde permettere all'interprete di plasmare una dosimetria certa dalle drastiche conseguenze giuridiche derivanti dalla disposizione *de qua*⁹. È innegabile che l'interesse destato dai patti successori negli ultimi anni abbia sollecitato interventi dottrinali, giurisprudenziali e legislativi, dai quali emerge una inequivocabile tendenza a diminuirne la portata¹⁰, onde ovviare alle conseguenze negative del divieto dal punto di vista economico e giuridico¹¹.

- 4 Riferendosi all'autonomia privata non può non rimarcarsi il significato polisemico da attribuirsi a tale concetto, significato che è destinato a mutare in ragione del contesto di volta in volta preso in considerazione; in merito si veda PUGLIATTI S.: “Autonomia privata”, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366.
- 5 SACCO R.: “Autonomia nel diritto privato”, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 519. È il caso di rievocare l'acuta osservazione fatta da autorevole dottrina, secondo la quale “la libertà (o autonomia) contrattuale (o, in più larga accezione, negoziale) dipende concettualmente (e ne è la principale articolazione) della cosiddetta autonomia privata (che, a sua volta, è il riflesso della libertà economica)”. Cfr. MESSINEO F.: *Il contratto in generale*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1973, p. 42.
- 6 Il tema dell'autonomia testamentaria è stato approfondito, in particolare, nei contributi di TRABUCCHI A.: “L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative”, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 39 e AMADIO G.: *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, *passim*.
- 7 Il carattere tendenziale e non assoluto della tipicità del testamento emerge dall'enorme mole di contributi dottrinali con i quali si è posta in discussione la tesi che concepisce il testamento quale unico negozio *mortis causa*. Al riguardo si veda CICU A.: *Testamento*, Milano, 1951; nonché GIAMPICCOLO G.: *Il contenuto atipico*, cit., pp. 72 ss., che ha qualificato come negozi di ultima volontà una serie di dichiarazioni atipiche quali: a) la designazione del tutore (ex art. 348 cod. civ.); b) l'esclusione dall'ufficio tutelare (ex art. 350 n. 2 cod. civ.); c) le disposizioni funerarie sulla destinazione del cadavere; d) le disposizioni sulla pubblicazione delle opere di ingegno (ex art. 24 l. n. 633 del 22 aprile 1941).
- 8 *Ex adverso*, non è dato riscontrare disposizioni ostative rispetto a pattuizioni che incidono su una successione già aperta, risultando espressamente ammessi, ad esempio, tanto la vendita di eredità (artt. 1542 ss. cod. civ.), quanto il contratto di divisione (artt. 713 ss. cod. civ.). In termini CACCAVALE C.: “Contratto e successioni”, in *Tratt. del contratto* (diretto da V. ROPPO), VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 406.
- 9 Cfr. LENZI R.: “Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma”, in *Riv. not.*, 1989, p. 1209; RESCIGNO P.: “Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori”, in *Vita not.*, 1993, p. 1281; ID.: “Attualità e destino dei patti successori”, in AA.VV.: *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; CACCAVALE C. - TASSINARI F.: “Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma”, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74.
- 10 Cfr. DE GIORGI M.V.: *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.
- 11 Difatti, il divieto dei patti successori è stato additato come: “uno dei maggiori ostacoli alla libertà di trasmissione concordata del patrimonio in generale ed in particolare delle imprese e delle società”. Cfr. TRAISCI F.P.: *Il divieto di*

Vero è che il legislatore, nel 2006, con la legge n. 55 ha introdotto il c.d. patto di famiglia con l'art. 768 bis cod.civ., che da un lato sicuramente costituisce una sorta di deroga al divieto all'interno del nostro ordinamento, caratterizzato però da peculiarità specifiche che ne hanno drasticamente limitato l'applicazione.

Già da tempo, infatti, la dottrina ha stigmatizzato duramente i pregiudizi derivanti dall'atteggiamento protezionistico ed autarchico che ha caratterizzato fino ad oggi il nostro sistema di diritto successorio, denunciando, in particolar modo "una marcata autosufficienza nazionalistica della disciplina delle successioni a causa di morte"¹². Il trend appena descritto si registra anche a livello sovranazionale, come testimoniano la Raccomandazione del 7 dicembre 1994 n. 94/1069 e la Comunicazione del 28 marzo 1998 n. 98/C 93/02, con le quali le Istituzioni comunitarie hanno espresso l'auspicio che gli Stati membri, nei quali permane il divieto *de quo*, possano rimuovere tale limitazione dell'autonomia privata, considerata un'inutile complicazione, contrastante con l'esigenza di una sana gestione degli assetti patrimoniali¹³. Tale orientamento è confluito nel fondamentale Reg. n. 650 del 2012 al quale gli Stati membri hanno dovuto fare riferimento¹⁴.

Viene da chiedersi, allora, quali siano le ragioni della resistenza del divieto, a fronte delle rilevate criticità. La teorica prevalente, all'uopo, invoca l'insegnamento tradizionale, che riconosce nella proibizione degli accordi a causa successoria un nodo gordiano del relativo sistema ordinamentale, anche per via del trattamento di massima severità riservato dal legislatore ai patti vietati, che appare sensibilmente più grave di quello previsto in relazione all'inosservanza di altre norme cogenti inserite nella disciplina successoria, quali, ad esempio, quelle relative alla violazione della quota riservata ai legittimari¹⁵. Ne scaturisce che, in vista dell'auspicata riforma

patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni, Napoli, 2014, p. 17.

- 12 Cfr. ROPPO V.: "Per una riforma del divieto dei patti successori", in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 5 ss.
- 13 Segnatamente, appaiono di grande interesse le osservazioni spese dalla Commissione europea nella citata *Raccomandazione* del 7 dicembre 1994, nella quale, preso atto che "ogni anno diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili inerenti alla successione", e delle conseguenti "ripercussioni negative sul tessuto economico" non ascrivibili al fisiologico operare delle forze di mercato, bensì "ad un'insufficiente preparazione della successione e all'inadeguatezza di alcune parti della legislazione degli Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale". Si rivolgeva, quindi, un espresso invito agli Stati membri, affinché gli stessi provvedessero a "sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finché è ancora in vita", nonché ad attivarsi affinché il diritto di famiglia ed il diritto successorio "non possano mettere in pericolo la continuità dell'impresa".
- 14 Per una dettagliata disamina al Regolamento si veda FRANZINA P., LEANDRO A.: "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 275 ss.
- 15 Difatti, mentre la violazione del divieto di patti successori è sanzionata con la drastica nullità, le disposizioni testamentarie o le donazioni che eccedano la quota disponibile non sono nulle, bensì solo oggetto di esercizio di un'eventuale azione di riduzione. Inoltre, secondo la giurisprudenza, il patto successorio (nullo) non sarebbe convertibile ex art. 1424 cod. civ. in altro negozio valido, ed in particolare in un testamento, poiché così si realizzerebbe proprio lo scopo, vietato dall'ordinamento, di non ammettere patti successori. Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, in *Vita not.*, 1984, 829 con nota di LEPRE A.: "Sull'applicabilità dell'art. 1424 cod. civ. ai patti successori istitutivi"; Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giust. civ.*, I, 2010, 1985 con nota di VIDIRI G.: "I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori", e in *Dir. giust.*, 2009, con nota di MILIZIA G. In dottrina però le opinioni sulla conversione del patto successorio in testamento sono più variegiate:

dell'art. 458 cod.civ., occorre prendere le mosse dalla ricerca del fondamento ontologico del divieto, onde verificare se la relativa *ratio* sia ancora attuale, operando un raffronto con le esigenze di revisione della norma emerse, in modo sempre più pressante, con il passare degli anni. Tale operazione ermeneutica si appalesa *a fortiori* ardua e complessa, in considerazione del fatto che, ad onta della formulazione generica ed unitaria della norma, non è dato ravvisare un unico assetto di interessi riconducibile al paradigma legale, il che rende necessario portare ad emersione le molteplici fattispecie integranti patti successori vietati, con le relative *rationes* sostanziali. Difatti, già il *nomen juris* dell'istituto declina sempre al plurale la fattispecie dei patti successori; a ciò si aggiunga che la prima lettura dell'art. 458 cod.civ.¹⁶ convince l'interprete dell'inesistenza di una figura unitaria di patto successorio, tant'è vero che, secondo l'incontrastato insegnamento della dottrina, occorre operare, a livello tassonomico, una *summa divisio*, all'esito della quale si addivene ad una tripartizione delle fattispecie riconducibili ai patti successori, tra le quali vengono in rilievo i patti istitutivi, quelli dispositivi e quelli abdicativi. D'altra parte la tripartizione appena menzionata si presenta come il risultato delle stratificazioni che nel tempo hanno caratterizzato i rapporti tra gli strumenti di devoluzione dell'eredità e lo strumento contrattuale, che sono sempre risultati problematici, come attesta l'esperienza del diritto romano. Ne deriva la necessità, prima di entrare nel merito delle singole figure di patti successori offerte dal legislatore, di adottare una prospettiva ermeneutica storica¹⁷, la quale consenta di illuminare la genesi dell'istituto in questione e di comprendere il percorso evolutivo attraverso il quale le figure in esame hanno assunto la configurazione che attualmente le caratterizza. Secondo l'opinione maggioritaria, infatti, il divieto di patti successori nel diritto romano presenta una *ratio* unitaria,

cfr. BETTI E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, pp. 100 e ss.; MOSCO L.: *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, pp. 302 e ss.; VIGNALE M.: *Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione del negozio illecito*, in *Dir. giust.*, 1962, pp. 310; DE GIORGI M.V.: *I patti*, cit., pp. 97 e ss.; PUTORTI V.: *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, pp. 172 ss; CECERE C.: "Patto successorio", in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Aggiornamento, 2003, Torino, pp. 1023 e ss.

- 16 La norma in questione prevede testualmente che "Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone o rinuncia ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi".
- 17 Nell'ambito della sterminata letteratura concernente i profili storico-comparatistici del divieto dei patti successori non si possono non segnalare i seguenti contributi: VISMARA G.: *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, *passim*; DE GIORGI M.V.: *I patti*, cit. pp. 19 e ss.; BESTA E.: *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, *passim*; COVIELLO N.: *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935, pp. 74 e ss.; COVIELLO JR. L.: *Diritto successorio*, Bari, 1962, pp. 247 e ss.; FERRI L.: "Disposizioni generali sulle successioni", in *Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Libro II, delle successioni* (artt. 456-511), Bologna-Roma, 1964, pp. 82 e ss.; BIONDI B.: *Diritto ereditario romano, parte generale*, Milano, 1954 pp. 169 e ss.; SCIALOJA V.: *Diritto ereditario romano, concetti fondamentali*, Roma, 1915, pp. 165 e ss.; ARANGIO RUIZ V.: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, pp. 534 e ss.; BONFANTE P.: *Scritti giuridici vari: Famiglia e successioni*, Torino, 1916, pp. 376 e ss.; AZZARITI F.S. - MARTINEZ G. - AZZARITI G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, pp. 10 e ss.; TALAMANCA M.: *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 676 e ss. Con riferimento alla dottrina straniera si vedano: WINDSCHEID B.: *Diritto delle pandette* (a cura di FADDA C. e Bensa P.E.), III, Torino, 1930, § 529, n. 3; LEVY J.P. - CASTALDO A.: *Histoire du droit civil*, Paris, 2002, pp. 1266 e ss.; KASER M., KNUTEL R.: *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., München, 2003, p. 404; COLIN A., CAPITANT H.: *Traité de droit civil. Obligation, t. II*, Paris, 1959, pp. 397 e ss.

tralaticamente conservatasi fino ad oggi¹⁸. Tuttavia deve fin da subito evidenziarsi che “il dato storico (...) non risulta essere così lineare ed inequivoco come comunemente viene rappresentato”¹⁹. Invero, il diritto romano conosce molteplici fattispecie astrattamente suscumbibili nella categoria dogmatica dei patti successori; tra queste, alcune sono state sempre considerate lecite, mentre altre, specie nell'ultima fase dell'esperienza giuridica romana, sono state ritenute proibite, essenzialmente per motivi di natura etica. Ne discende *de plano* l'inesistenza, nel sistema giuridico romano, di un divieto generale di patti successori²⁰, emergendo, per contro, che la comminatoria di nullità riguardava specifiche figure contrattuali, considerate “come se ciascuna di esse costituisse un istituto a sè”²¹. Pertanto, dal punto di vista storico, risulta più corretto affermare che solo a partire dall'epoca imperiale si assiste alla stratificazione di responsi giurisprudenziali contrari a talune tipologie di patto successorio²², con la conseguente emersione delle ragioni della relativa nullità. Il fenomeno è stato qualificato, *in primis*, con riferimento ai patti istitutivi, in relazione ai quali viene in rilievo la tutela della libertà di disporre della propria successione fino all'ultimo momento utile, compendiata nel noto brocardo *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*²³. In definitiva, il divieto viene concepito come il mezzo per offrire tutela alla libertà di testare, che appare geneticamente connessa alla libera revocabilità del testamento nel suo complesso o di una sua singola disposizione. Diversamente accade per i patti dispositivi, il cui divieto si fonda sull'esigenza di contrastare un fine giudicato riprovevole essenzialmente sul piano etico, espresso dalle fonti romane con la locuzione *votum captandae mortis*²⁴. È altresì noto alla dottrina del tempo anche

18 DE GIORGI M. V.: *I patti*, cit. pp. 19 e ss.

19 TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 33. Si richiama, altresì, la nota 3, nella quale l'A., adduce a sostegno della propria tesi le relazioni parlamentari che accompagnano le iniziative di riforma dell'art. 458 cod.civ., dalle quali emerge come i sostenitori della permanenza del divieto utilizzassero l'argomento storico “sempre in modo assai generico e superficiale”. Nella medesima prospettiva si colloca LENZI R.: “Il problema; cit., p. 1215, nota 19, ove si legge che “nella diagnosi della natura e portata del divieto in diritto romano meriterebbe, infatti, puntualmente cogliere il concreto attuarsi dei rapporti negoziali e gli effettivi orientamenti della pratica legale, ben diversamente mirata ed articolata rispetto alla rappresentazione necessariamente unificante della scienza giuridica romana e della legislazione giustiniana”.

20 Sul punto si vedano le acute riflessioni svolte da TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 33, il quale afferma che “(...) se è vero che “una folla di leggi” proibiva specificatamente una parte relativamente importante di figure negoziali che potevano indurre ad un cd. *votum captandae mortis*, (detto anche *votum corvinum*, ossia l'augurio di morte), ritenendole contrarie tanto al buon costume, quanto all'ordine pubblico, è altrettanto vero che solo in linea di forte approssimazione può sostenersi che un simile generale divieto trovasse radici nel diritto romano classico, venendo successivamente ripreso anche in quello bizantino ed in quello medievale, proprio perché in nessuno di tali periodi sarebbe riscontrabile la presenza di una proibizione generalizzata nei confronti di tutti i patti successori”.

21 VISMARA G.: *Storia dei patti successori*, cit., p. 109, che giunge a definire il divieto generale di patti successori come una “creazione moderna”, così da rimarcare l'estraneità all'esperienza romanistica.

22 Va precisato, peraltro, che tali responsi non hanno mai del tutto eliminato le singole prassi locali, le quali, pertanto, hanno convissuto con il divieto, presentandosi, al più, quali eccezioni al divieto.

23 COVIELLO JR. L.: *Diritto successorio*, cit. pp. 247 e ss., ove si evidenzia che il medesimo principio è utilizzato altresì per giustificare il divieto di testamento congiuntivo, con il quale, cioè, più persone raccolgono nel medesimo atto le rispettive disposizioni di ultima volontà.

24 VISMARA G.: “I patti successori nella dottrina di Bartolo”, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. IV, Milano, 1962, p. 483, nota 76, ove si riporta il passo in cui Bartolo afferma “*pacisci sub spe de succedendo, istud est turpe, quia inducit votum captandae mortis alterius*...”.

come *pactum corvinum*, ovvero l'augurio di morte. Con riferimento, invece, ai patti rinunciativi²⁵, si sostiene che gli stessi arrechino un *vulnus* all'ordine legale della successione, cui si attribuisce il rango di principio di ordine pubblico, dalla cui violazione non può che discendere la più drastica sanzione comminata dall'ordinamento, *id est*: la nullità dell'atto. Risulta pertanto evidente come l'opinione tradizionale costituisca la risultante di un'operazione induttiva, all'esito della quale dalle singole ipotesi di proibizione si fa discendere un giudizio negativo generale, valevole unitariamente per tutte le figure di patti successori²⁶. In realtà, consultando le fonti romanistiche senza pregiudizi ideologici, non può non constatarsi come, accanto alle ipotesi ricadenti nei rilevati divieti, il diritto romano contempli atti bilaterali e irrevocabili a causa di morte, che convivono con il negozio testamentario²⁷, e che non potrebbero avere cittadinanza in un sistema giuridico, come quello contemporaneo, caratterizzato da un atteggiamento di generale avversione nei confronti dei patti successori²⁸. *In primis*, viene in considerazione la *mancipatio familiae mortis causa*, ritenuta da alcuni studiosi come una delle forme primigenie di testamento, che sotto il profilo strutturale si configura come un atto bilaterale, in tal modo palesando una radicale differenza dalla fattispecie testamentaria; né può trascurarsi che l'istituto in esame risulta coevo ai primi testamenti, il che smentisce la tradizionale inconciliabilità tra atti *mortis causa* unilaterali e bilaterali, erodendo il dogma dell'unicità ontologica del negozio testamentario²⁹. Difatti la dottrina più accreditata inquadra la *mancipatio familiae* alla stregua di un succedaneo del testamento, grazie al quale un soggetto, che non ha redatto la scheda testamentaria, trasferisce il proprio patrimonio ad un fiduciario, il quale accetta di svolgere l'incarico ed eseguire la volontà del disponente dopo la morte di quest'ultimo. Il rapporto tra fiduciante e fiduciario si sussume nello schema del *negotium fiduciae*, ovvero del mandato, con la conseguenza che l'incaricato non potrà assumere la qualità di *heres*³⁰. Accanto alla *mancipatio familiae mortis causa* nell'ordinamento giuridico romano si rinvencono la *mortis causa donatio*³¹, caratterizzata dalla fusione della *causa donationis* con la *causa mortis*, cioè

25 VISMARA G.: *Storia dei patti successori*, cit., p. 77, nonché TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 39, il quale evidenzia un ulteriore argomento a sostegno della nullità dei patti rinunciativi consistente nel principio secondo cui la persona liberamente designata dal *pater familias* non può sottrarsi ai diritti ed ai doveri che il testamento le attribuisce; tesi condivisa anche dalla pandettistica tedesca, come emerge da WINDSCHEID B.: *Diritto delle pandette*, cit., pp. 105 e ss., nota 2.

26 In questo senso si esprime CICU A.: *Testamento*, cit., pp. I ss.

27 ZOPPINI A.: "Le successioni in diritto comparato", in *Trattato di Diritto Comparato* (diretto da SACCO R.), Torino, 2002, p. 158, ove si puntualizza che "se le fonti confermano la stretta connessione tra la proibizione d'istituire l'erede per contratto e il principio della libertà testamentaria, il diritto romano al contempo conosce fattispecie che ai nostri occhi ricadono nel divieto".

28 Cfr. GERBO F.: "Patti successori", in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2009, p. 2.

29 MURILLO VILLAR A., CALZADA GONZALEZ A., PEREZ-GOMEZ S.C.: *La mancipatio familiae: una forma di testamento?*, Madrid, 2016, *passim*.

30 BIONDI B.: *Istituzioni di diritto romano*, rist. 4ª ed., Milano, 1972.

31 In merito Giustiniano detta la seguente definizione: "quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit" (I.11,7, *De donat*): la

l'intento di arricchire immediatamente il donatario, in vista di un imminente pericolo di vita del donante e quindi della sua premorienza rispetto al donatario, nonché del *pactum de hereditate tertii*³², entrambe astrattamente rientranti nel perimetro applicativo del divieto di patti successori. In proposito deve segnalarsi l'esistenza di un vivace dibattito³³ circa la natura eccezionale o meno delle figure appena considerate. Non può non rilevarsi però, come, anche aderendo alla tesi predicativa dell'eccezionalità, gli istituti in esame appaiono incontrovertibilmente idonei a smentire la pretesa *incorruttibilità* del divieto dei patti successori, con la conseguenza che, nel sistema giuridico romano, i principi informatori del diritto successorio, come, ad esempio, la libertà di testare³⁴, si contemperano con le esigenze concrete degli operatori giuridici ed economici, realizzando un apprezzabile equilibrio tra teoria e prassi.

Il dato più significativo dell'assetto romanistico si traduce nella convivenza tra il testamento ed altri negozi volti a realizzare una trasmissione concordata del patrimonio del *de cuius*³⁵. Dal breve *excursus* concernente l'esperienza giuridica romana emerge la necessità di riconsiderare in una prospettiva critica i profili diacronici del divieto di patti successori, le cui fondamenta romanistiche, pur essendo innegabili, appaiono nondimeno problematiche, o, come si è affermato in dottrina, *fragili*³⁶.

II. INQUADRAMENTO SISTEMATICO E RATIONES DEI “DIVIETI”.

Come si evince anche dallo studio delle fonti romanistiche, non esiste una figura unitaria di patto successorio, né tantomeno il relativo divieto, quantunque

dottrina romanistica ammette in maniera unanime la liceità dello strumento in questione, come testimonia, per tutti, WINDSCHEID B.: *Diritto delle pandette*, cit., pp. 104 e ss.

- 32 C.II,3,30 Iustinianus A. Iohanni pp. “omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repellit, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit”. Per completezza va rilevato che secondo PETER M.: *Etude sur le pacte successoral*, Geneve, 1897, p. 12 il patto sopra citato non ha natura istitutiva, bensì dispositiva.
- 33 Invero, con riferimento al *pactum de hereditate*, mentre ACHILLE D.: *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, p. 39 sostiene la tesi dell'eccezionalità, BURCHIARDI G.C.: *Il sistema e la storia interna del diritto romano privato*, II, Napoli, 1857, p. 329, nota 6, esclude decisamente che esso possa costituire un'eccezione.
- 34 A tal proposito sono quanto mai pertinenti le riflessioni svolte in TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 34, nota 4, ove si afferma sinteticamente che seppur “veniva richiamata la difesa del principio della libertà di testare, considerato assoluto e inderogabile, (...) la stessa dottrina ammetteva che alcune novelle, poi scomparse nella compilazione giustiniana, consentissero, sotto particolari condizioni, alcune figure di patti istitutivi con i figli del disponente (purché fosse assicurata una uguale porzione di patrimonio ai germani del figlio istitutivo) ovvero fra coniugi, nonché, in via eccezionale, anche quelli fra estranei, seppur solamente tra militari”.
- 35 Come acutamente osservato da AMELOTI M.: *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966, pp. 15-17: “accentrare l'indagine sui testamenti romani e ricordare marginalmente gli atti paratestamentari significa non solo coartare tale realtà, ma rinunciare a coglierne i motivi di fondo”.
- 36 Di *fondamenta fragili* del divieto di patti successori nel diritto romano parla espressamente, ROLFO U.M.: *Il divieto dei patti successori*, Macerata, 2017, pp. 24-27.

articolato in termini unitari e generali, riposa sulla medesima *ratio* giustificatrice. Tale premessa offre un rilevante spunto metodologico, giacché suggerisce di verificare la tenuta del divieto *de quo* con riferimento a ciascuna categoria di patto, così da porre in risalto le ragioni sottese alla scelta legislativa, evidenziandone, al contempo, i profili di criticità.

In primis, va sottolineato che il Codice civile del 1942 mantiene il divieto già sancito dal Codice previgente, rendendolo ancor più chiaro, oltre che maggiormente conforme alla citata tripartizione di matrice dottrinale³⁷. La maggiore chiarezza deve essere ascritta alla scelta legislativa di ricomprendere in un'unica disposizione i molteplici divieti disseminati nel primo Codice post-unitario, che aveva dedicato ben quattro disposizioni alle varie figure di patti proibiti (si trattava degli artt. 954, 1118, 1380 e 1460)³⁸. In definitiva, la nullità comminata dall'art. 458 del Codice attualmente in vigore poggia su molteplici fondamenti giustificativi, che variano a seconda dello specifico tipo di patto successorio da analizzare, il che rende vana la ricerca di una nozione unitaria, così come non appare proficuo ipotizzare un fondamento giuridico unitario del divieto, a fronte della rilevata eterogeneità dei fini³⁹. Le conseguenze pratico-applicative della invalidità indagate appaiono disciplinate dalle disposizioni che regolano la nullità in generale⁴⁰, quantunque non manchino aspetti derogatori, dovuti alle innegabili differenze che, a livello strutturale, intercorrono tra contratto (bilaterale) e testamento (unilaterale)⁴¹. In dottrina si rinvencono orientamenti che richiamano tutte le possibili cause di nullità arguibili dall'art. 1418 codice civile. Sebbene l'orientamento maggioritario

37 FERRI L.: "Disposizioni generali", cit., p. 82.

38 Dall'interpretazione delle menzionate disposizioni si arguiva *de plano* il divieto dei patti rinunciativi, esplicitamente enunciato dal legislatore, anche in considerazione della maggiore rilevanza che gli stessi presentavano nella prassi; nondimeno, la dottrina aveva ricavato dalle norme in commento anche il divieto dei patti istitutivi e dispositivi, come emerge, *ex multis*, da CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", in *Successioni e donazioni* (a cura di RESCIGNO P.), Milano, 1991, pp. 25 e ss.; e PACIFICI V., MAZZONI E.: *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza, Trattato delle Successioni, Parte prima, Devoluzione della eredità*, vol. I, *Delle successioni legittime*, Firenze, 1895, pp. 66 e ss.

39 CECERE C.: "Patto successorio", cit., p. 1002.

40 CENDON P.: "Il divieto dei patti successori", in *Comm. al cod. civ., artt. 456 - 712 cod.civ.*, 2008, pp. 46 e ss., espone il seguente ragionamento, concernente la portata dell'invalidità in questione: "il patto successorio può essere incluso in una più ampia convenzione; ora ci si domanda se la nullità di esso si ripercuoterà sull'intera convenzione, rendendola del pari nulla (*vitiatur et vitiati*) o cadrà solo il patto, salvandosi il resto (*vitiatur sed non vitiati*). La risposta ce la dà la legge stessa (1419) quando stabilisce che la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità. Non è quindi una risposta univoca: per stabilire se cade solo il patto successorio o invece l'intero contratto, bisognerà ricercare la volontà delle parti (indagine, questa, di fatto, incensurabile in cassazione) al fine di stabilire se, nella loro intenzione, il patto successorio rappresentava una *conditio sine qua non* della stipulazione del contratto, e solo in ipotesi affermative pronunciare la nullità dell'intero contratto. Altrimenti cade solo la clausola contenente il patto successorio".

41 Proprio le differenze strutturali tra contratto e testamento spingono la maggior parte degli autori ad escludere che un patto successorio sia suscettibile di conversione in un testamento, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 1424 cod.civ.; Cfr. LEPRE A.: "Sull'applicazione dell'art. 1424 cod. civ. ai patti successori istitutivi", in *Vita not.*, 1984, p. 385. *Contra*, tuttavia VIGNALE M.: *Il patto successorio, la "donatio mortis causa" e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. giur.*, 1962, pp. 304 e ss.

inquadri l'invalidità in esame nell'ambito delle nullità testuali⁴², è frequente il ricorso ad argomentazioni che mettono in risalto la contrarietà delle varie figure di patti successori con il buon costume (il che implica un giudizio di illiceità della causa) con il conseguente slittamento dell'attenzione ermeneutica verso il profilo funzionale del negozio. Non mancano, inoltre, autori secondo i quali alla base del divieto si pone addirittura un principio di ordine pubblico⁴³.

Le difficoltà ricostruttive manifestatesi *in subiecta materia* sono da ascrivere proprio alla circostanza che non è possibile scorgere un fondamento unitario di una invalidità che investe figure negoziali assolutamente eterogenee tra loro, le quali presentano un solo dato in comune, vale a dire quello di essere operazioni giuridiche i cui effetti si ripercuotono su una successione non ancora aperta⁴⁴. Alla luce delle riflessioni sin qui svolte, si impone di volgere lo sguardo a ciascuna delle tre macro-categorie in precedenza calendate, così da lumeggiare le ragioni giustificative tradizionalmente poste a sostegno del divieto, e, successivamente, attendere ad una revisione critica delle stesse, la quale dovrebbe condurre, auspicabilmente, a circoscrivere la reale portata da attribuirsi alla proibizione, non sottraendosi in un secondo momento ad una doverosa disamina delle esperienze giuridiche paneuropee sul piano comparato. Viene in rilievo, *in primis*, la figura dei patti istitutivi, con i quali il *de cuius* dispone dei propri beni in previsione della propria morte, ricorrendo ad un vero e proprio contratto, ovvero ad un negozio unilaterale⁴⁵, nel quale possono includersi tanto disposizioni a titolo universale, quanto a titolo particolare⁴⁶. Ne deriva, pertanto, che nel caso di specie si appalesa una forma di istituzione di erede di matrice contrattuale, che, proprio in considerazione dello strumento impiegato, presenta il carattere dell'irrevocabilità,

42 Al riguardo si richiamano le interessanti considerazioni sviluppate da GERBO F.: "Patti successori", cit., il quale afferma che "voler ravvisare quale giustificazione del divieto l'illiceità della causa o dell'oggetto del patto successorio significa accedere ad una petizione di principio, questa sì inutile perché confliggente col dato di una nullità testuale che male si amalgama col sistema, ma che è sancita in modo inequivocabile dalla norma in esame. Quest'ultima dunque si impone nel quadro sistematico tratteggiato dal legislatore, altrimenti i patti successori risulterebbero leciti."

43 In questi termini si esprime BETTI E.: *Appunti di diritto civile*, Edizioni del gruppo universitario fascista, anno VII, 1928-1929, p. 154 il quale, con riferimento al caso in cui due contraenti, di cui uno di nazionalità italiana, vogliano assoggettarsi ad una legge favorevole alla validità dei patti successori, ritiene che "la facoltà in parola si troverebbe esclusa dall'art. 12 delle disp. prel. in quanto il divieto dei patti successori ha carattere d'ordine pubblico". Sul tema di ordine pubblico si veda PERLINGIERI G., ZARRA G.: *Ordine pubblico interno e internazionale, tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

44 Si richiamano, in merito, le riflessioni svolte da DE GIORGI M.V.: *I patti*, cit., pp. 19 e ss. secondo il quale una nozione unitaria di patto successorio si scontra con la mancanza di "caratteristiche comuni sufficientemente significative"; nonché da LENZI R.: "Il problema", cit. p. 1214, che afferma che "al di là di tali requisiti comuni non sembra sia possibile, per la pluralità delle figure ipotizzabili, identificare ulteriori elementi ricorrenti".

45 Con maggiore impegno esplicativo, cfr. GERBO F.: "Patti successori", cit., pp. 2 e ss., secondo il quale nella categoria dei patti istitutivi rientra "ogni atto, anche unilaterale, dell'ereditando con cui si dispone o ci si obbliga a disporre della propria successione, tanto istituendo (attribuendo o obbligandosi ad attribuire la qualità di erede o legatario), quanto assegnando o obbligandosi ad assegnare beni a titolo successorio".

46 Come evidenziato da FERRI G.B.: "I patti delle successioni future", in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984, p. 84, è del tutto pacifico che il divieto di cui all'art. 458 cod.civ. ricomprenda anche i legati, atteso che la *mens legis* depone nel senso di escludere l'efficacia di ogni convenzione *mortis causa*, come conferma, del resto, anche la previsione dell'articolo precedente.

ragion per cui il divieto viene riferito ad ogni pattuizione istitutiva di erede o di legatario, a prescindere dalla circostanza che si tratti di atti a titolo gratuito, oneroso o di donazioni⁴⁷. *Mutatis mutandis*, il divieto ricomprende ogni pattuizione con la quale l'ereditando dispone della propria successione a favore o a carico di un determinato successibile, sia in senso positivo che negativo⁴⁸. Le ragioni addotte a sostegno dell'illiceità dell'operazione appena descritta sono molteplici, anche se indubbiamente l'argomento più ricorrente è quello fondato sulla tipicità assoluta⁴⁹ dei meccanismi attraverso i quali può avere luogo la vocazione ereditaria; si ritiene, infatti, che gli atti dispositivi *mortis causa* debbano essere necessariamente ricondotti alla dicotomia legge-testamento, risultando preclusa la praticabilità di altri strumenti⁵⁰. In quest'ottica il testamento si pone come l'unico negozio strutturalmente idoneo affinché il *de cuius* disponga delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere⁵¹, con la conseguente esclusione della possibilità di ricorrere ad un regolamento di interessi concordato con il soggetto destinato ad assumere la qualità di erede o quella di legatario. A ben vedere, tuttavia, il richiamo alla pretesa tipicità assoluta degli strumenti di vocazione ereditaria si mostra molto più debole di quanto appaia *prima facie*, al punto da essere addirittura considerato come uno pseudo-argomento. Invero, il concetto di tipicità si configura come

47 GIAMPICCOLO G.: *Il contenuto atipico*, cit., pp. 42 e ss., ove si evidenzia che "patto di istituzione, nella sua più generica formulazione di diritto positivo, è quello per cui una persona contrae con altra il lascito di tutto o parte del proprio patrimonio. Il patto attribuisce all'istituto il diritto a conseguire l'eredità o il legato al tempo della morte dell'istituente: oggetto del contratto è dunque proprio una successione a causa di morte. Da ciò deriva che presupposto per l'operare dell'attribuzione è la sopravvivenza dell'istituto allo stipulante; che il diritto dell'istituto, come diritto su futura successione, non è trasferibile o rinunziabile; che nel caso specifico di istituzione di erede, oggetto dell'attribuzione non sono soltanto i beni presenti, ma ancora i beni futuri che possono venire a cadere nella successione; che d'altra parte dall'istituente, malgrado il contratto, è riconosciuto, in linea di principio, il potere di validamente disporre durante la vita del proprio patrimonio o del bene oggetto di legato, soltanto che gli è talvolta vietato di disporre a causa di morte, perché la istituzione contrattuale è irrevocabile ed una successiva disposizione *mortis causa* incompatibile non potrebbe che costituire appunto una revoca implicita".

48 Secondo Corte di Cassazione, 19 novembre 2009, sent. n. 24450, in *Diritto & Giustizia*, 2009, con nota di MILIZIA G.: "Configurano un patto successorio- per definizione non suscettibile di conversione in un testamento, ai sensi dell'art. 1424 cod.civ., in quanto in contrasto con il principio del nostro ordinamento secondo cui il testatore è libero di disporre dei propri beni fino al momento della morte- sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta".

49 Il riferimento al principio della tipicità assoluta è frequente anche in giurisprudenza; in termini Corte di Cassazione, 14 luglio 1983, n. 4827, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 7 ove si afferma che "la delazione ereditaria può avvenire solo per testamento o per legge, senza, quindi, l'ipotizzabilità di un *tertium genus*, come il patto successorio, che, ponendosi in contrasto con il principio fondamentale (e quindi di ordine pubblico) del nostro ordinamento della piena libertà del testatore di disporre dei propri beni fino al momento della sua morte".

50 Sul punto si veda a CALOGERO M.: "Disposizioni generali sulle successioni", in *Il codice civile. Commentario*, sub. artt. 456-461, Milano, 2006, p. 114, secondo cui "il divieto di disporre della propria successione per "convenzione" varrebbe, infatti, a ribadire quanto si desume già dall'art. 457 o, comunque, a completarne il significato: il nostro ordinamento, a differenza di altri ordinamenti, non ammette accanto alla delazione ereditaria per legge e per testamento la delazione di natura contrattuale".

51 SANTORO PASSARELLI F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 222 e ss. Nello stesso senso depone la *Relazione del Re* relativa al Libro II del Codice civile, ove si sottolinea che l'art. 458 sancisce "il principio fondamentale del nostro diritto successorio, per cui le forme di successione sono due, la legale e la testamentaria", con la conseguenza "di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio".

l'esplicitazione del divieto sancito dall'art. 458 cod.civ., giacché, mentre la prefata norma esprime un concetto negativo, delineando le operazioni negoziali che sono precluse ai privati, il richiamo alla tipicità assoluta individua il solo strumento utilizzabile da chi intenda regolare la propria successione, riformulando, in termini positivi, quanto già affermato dalla disposizione *de quo* in chiave proibitiva. Ne deriva che, così opinando, ci si limiti a ribadire l'esistenza del divieto, senza contribuire in alcun modo all'individuazione del relativo fondamento, il che lascia l'impressione di trovarsi al cospetto di una mera petizione di principio⁵². Si aggiunga che, sempre a giustificazione del divieto di patti istitutivi, viene altresì invocato il principio della libertà di disporre⁵³ della propria successione, da cui si fa discendere l'esigenza che lo strumento dispositivo presenti una struttura unilaterale, o, per meglio dire, unipersonale⁵⁴. Al riguardo vengono valorizzate le previsioni di cui agli artt. 679 e 589 cod.civ., implicanti, rispettivamente, l'inefficacia della rinuncia alla facoltà di revocare il testamento e la proibizione del testamento congiuntivo⁵⁵. La finalità ultima perseguita dal legislatore con la previsione della specifica tipologia del divieto indagato, viene pertanto individuata nell'esigenza di avere riguardo alla sola volontà del *de cuius* per la disciplina del fenomeno successorio, con la conseguenza che, una volta apertasi la successione, venga esclusa ogni possibile interferenza della volontà di soggetti terzi⁵⁶. Secondo la dottrina più risalente, infatti, ove si ammettesse la configurabilità di un patto successorio istitutivo, si renderebbe ipotizzabile la sussistenza di un vincolo in capo al testatore (derivante dalla forza di legge che l'art. 1372 cod.civ. attribuisce al contratto) il cui contenuto non potrebbe essere rimeditato dal disponente, se non con il consenso della controparte, il che determina l'ingresso in una dimensione antitetica rispetto alla libertà di testare⁵⁷. Nondimeno, parte della dottrina contesta che l'esigenza di tutelare la libertà di disporre della propria successione attraverso il solo testamento implichi

52 Al riguardo CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", cit., p. 38 sostiene che "ricorrendo al concetto di tipicità, semplicemente si riformula in termini diversi il solito interrogativo: invece di chiedersi perché la legge non permetta di concludere contratti mortis causa, ci si chiede perché essa autorizzi soltanto a disporre mediante testamento. Nell'uno e nell'altro caso occorre ancora individuare la ragione giustificativa dell'istituto in esame".

53 Cfr. MESSINEO F.: *Manuale di diritto civile e commerciale, Diritto delle Successioni per causa di morte. Principi di diritto privato internazionale*, Milano, 1952, p. 74 ove si afferma testualmente che "il divieto del patto successorio, dal contenuto testé indicato, è il portato del principio della libertà di disporre, ossia della revocabilità del testamento, sino al momento della morte".

54 VIGNALE M.: *Il patto successorio*, cit., p. 304.

55 FERRI G.B.: "I patti", cit. p. 83.

56 MAGLIUOLO F.: "Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale", in *Riv. not.*, 1992, p. 1414.

57 Secondo MESSINEO F.: *Manuale*, cit., p. 74, il principio della libera revocabilità del testamento "sarebbe vulnerato dal vincolo obbligatorio, derivante al testatore dal patto successorio: vincolo, che sarebbe immodificabile, da parte del disponente, se l'altro contraente, destinatario dei beni (erede, o legatario), non consentisse alla mutazione (arg. 1372); e così, per via traversa, toglierebbe, al testamento, il carattere della revocabilità". L'argomento secondo cui l'impegnatività insita nel vincolo obbligatorio implicato dal contratto è incompatibile con la libera revocabilità che da sempre caratterizza le disposizioni di ultima volontà è radicato anche in giurisprudenza, come si arguisce dalla già citata Cass. 19 novembre 2009, n. 24450.

necessariamente la messa al bando di ogni convenzione istitutiva⁵⁸. È dunque sulla portata del divieto che si vanno concentrando gli sforzi ermeneutici della dottrina più recente, che ritiene eccessivo estendere il divieto anche a quelle operazioni negoziali dal quale discende il mero impegno di istituire l'altra parte come erede o legatario⁵⁹. Anche il formante giurisprudenziale manifesta una più spiccata sensibilità in relazione alla fattispecie in esame, come testimoniano pronunce di legittimità nelle quali l'indagine circa la sussistenza di un patto istitutivo viene condotta a livello funzionale, verificando in concreto se la pattuizione intercorsa tra le parti sia suscettibile di interferire con la devoluzione testamentaria⁶⁰. Ciò denota un significativo distacco dalla prospettiva tradizionale, che impostava il problema su basi eminentemente strutturali. Una volta appurato che il principio della libertà di testare non rappresenta un ostacolo insormontabile alla configurabilità di strumenti comportanti una devoluzione contrattuale dell'eredità, non può non condividersi l'opinione secondo cui l'esistenza e la portata del divieto, lungi dal rappresentare dogmi assoluti ed indiscutibili, si pongono in strettissima relazione con le contingenti scelte di politica legislativa, anche comunitaria che devono tenere conto del contesto giuridico ed economico di fondo⁶¹.

In definitiva, se si adotta una prospettiva funzionale, deve prendersi in considerazione il problema dell'efficienza e dell'opportunità della previsione che vieta patti aventi ad oggetto una successione futura; difatti, tale prospettazione determina un vincolo d'indisponibilità che certamente desta perplessità, specie se si ritiene che la negoziabilità costituisca un predicato giuridico necessario in vista di un'ottimale allocazione dei beni, il cui sacrificio può essere ammesso solo in casi eccezionali⁶². Da questa premessa metodologica scaturisce la ricerca di una giustificazione forte, tale da fugare il dubbio che il divieto in questione comporti un'allocazione inefficiente delle risorse economiche, la quale, lungi

58 DE GIORGI M.V.: *I patti*, cit. pp. 2-3, sostiene che la generica invocazione della libertà di testare "non sembra tuttavia sufficiente a spiegare le ragioni di una proibizione sconosciuta ad altri ordinamenti che, come quello tedesco, hanno esercitato sul nostro una forte influenza".

59 Estensione che, secondo autorevole dottrina, sarebbe "testualmente suffragata" dal divieto di testamento reciproco di cui all'art. 635 cod.civ.; in questi termini FERRI G.B.: "I patti", cit., p. 83, nota 2.

60 Secondo Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.* 2001, p. 227, "affinché si abbia un patto successorio istitutivo vietato dall'art. 458, occorre un accordo tra le parti che crei un vincolo giuridico con conseguente limitazione della libertà testamentaria. Infatti, si è ritenuto che ricorre un patto istitutivo nullo nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura eredità a titolo di erede o di legatario. L'accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento". Sulla pronuncia appena richiamata si veda la nota di GAZZONI F.: "Patti successorii: conferma di una erosione", in *Riv. not.*, 2001, I, pp. 232 e ss.

61 In termini ancor più espliciti MARELLA M.R.: "Il divieto dei patti successorii e le alternative convenzionali al testamento", in *Nuova giur. Civ. comm.*, II, 1991, p. 92, secondo cui i motivi che ispirano il legislatore a scegliere se negare o meno i contratti aventi ad oggetto una eredità futura si riducono "a questioni di gusto". Cfr. inoltre ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Le new families: prototipi contemporanei che reclamano nuove tipologie di delazione ereditaria", in *Rassegna di Diritto Civile*, 3/2015.

62 ZOPPINI A.: "Le successioni", cit., pp. 182-183.

dall'apparire semplicemente inopportuna, rasenta addirittura l'irragionevolezza⁶³. Invero, nel patto sulla successione futura, l'oggetto della disposizione non può essere individuato in termini attuali, determinandosi definitivamente solo per effetto dell'evento morte; più precisamente, deve rilevarsi che nel contratto successorio è senz'altro determinato il contenuto del negozio, mentre solo con la morte si definisce *in toto* l'oggetto della prestazione, dal momento che il contenuto concreto dell'attribuzione negoziale si identifica con ciò che residua dagli atti di disposizione che il *de cuius* abbia compiuto prima della morte⁶⁴. La considerazione dogmatica che precede smentisce il ricorrente assunto, secondo il quale i patti successori istitutivi mutilano il potere di disposizione del *de cuius* in ordine ai beni che si trovano all'attualità nel suo patrimonio, atteso che la misura dell'acquisto si delinea solo all'atto dell'apertura della successione. Sulla scorta delle argomentazioni appena svolte la dottrina più recente avanza la proposta di abolire il divieto, considerato un "intralcio all'autonomia privata, il quale nessuna altra spiegazione troverebbe se non quella della surrettizia imposizione ad opera del legislatore"⁶⁵. Deve tuttavia avvertirsi che la soluzione comportante la radicale *abolitio* del divieto di patti aventi ad oggetto una successione futura non è di semplice attuazione, se si considera che, negli ordinamenti che ammettono siffatte pattuizioni, si registrano problemi in ordine all'individuazione di rimedi da applicare in caso di inesecuzione del contratto. Ciò denota il rischio, prontamente segnalato dagli interpreti, di trascinare dall'attuale inefficienza, determinata dall'incertezza circa l'area applicativa soggetta al divieto, ad un'altra inefficienza, concernente i mezzi di tutela da apprestare in caso di sopravvenienze o inadempimento dei patti sulla successione futura⁶⁶. Pertanto, la soluzione non può consistere nella eliminazione, *sic et simpliciter*, del divieto, disgiunta dalla contestuale introduzione di un paradigma legale di patto istitutivo valido, destinato a rappresentare un'alternativa consensualistica al testamento, sull'esempio di quanto è previsto dal diritto tedesco⁶⁷.

63 ZOPPINI A.: "Le successioni", cit., p. 183, nota 122, propone un suggestivo parallelismo con la fattispecie del divieto di donazioni tra coniugi, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con la nota sentenza 27/06/1973 n. 91 (reperibile in www.giurcost.org). Secondo l'A., infatti, la *ratio decidendi* della sentenza in questione, *mutatis mutandis*, potrebbe essere traslata al divieto di patti successori, giacché la Corte costituzionale ha affermato che un divieto normativo, da cui scaturisce un vincolo all'autonomia negoziale dei privati, deve essere sorretto da una valida ragione giustificativa, in mancanza della quale si profila un'irragionevole compressione dell'autonomia privata, con conseguente violazione degli artt. 3 e 41 della Carta fondamentale. Sul tema della ragionevolezza si abbia riferimento a RUGGERI A.: "Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale", in LA TORRE M., SPADARO A. (a cura di): *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 97 e ss. ma spec. p. 98; per un'ampia disamina del fenomeno della ragionevolezza, PERLINGIERI G., FACHECHI A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel Diritto contemporaneo*, Pubblicazione del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet" dell'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli, Napoli, 2017.

64 Si pensi alla convenzione da cui scaturisce l'obbligo di devolvere all'altra parte la metà della propria eredità, ovvero di istituirla erede universale, in relazione alla quale, non a caso, la dottrina francese parla di *droit eventuel*. Cfr. GRIMALDI M.: *Droit Civil. Successions*, Lamec, 2001, pp. 321 e ss.

65 CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", cit., p. 43.

66 La preoccupazione appena espressa appare condivisa da ZOPPINI A.: "Le successioni", cit., p. 187.

67 Su cui si veda *infra* e AA.VV.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, X, *Erbrecht*, VII Auflage, München, 2017.

L'art. 458 cod.civ., dopo aver comminato la nullità relativa ai patti istitutivi, estende la medesima sanzione a quelli dispositivi, concernenti, cioè negozi *inter vivos* che hanno ad oggetto diritti provenienti da una successione non ancora aperta; appare *ictu oculi* che i patti in questione non siano fonte di vocazione, dal momento che, se da un lato essi contribuiscono a determinare il soggetto al quale verrà attribuito il lascito, dall'altro il disponente non trasferisce alla controparte la posizione di erede o legatario, di talché il beneficiario di tale attribuzione debba considerarsi avente causa dal disponente e non dal *de cuius*⁶⁸. Sul piano della struttura, il legislatore ricorre ad un termine volutamente generico, parlando semplicemente di *atti* con cui taluno dispone di diritti che potranno entrare a far parte del proprio patrimonio solo a seguito dell'apertura della successione altrui. Questi, dunque, possono rivestire sia la forma del contratto che del negozio unilaterale⁶⁹. Sotto il profilo funzionale, il divieto sancito dalla norma in esame si estende tanto agli atti a titolo oneroso, quanto a quelli a titolo gratuito, i quali ultimi, secondo autorevole dottrina⁷⁰, sarebbero affetti da una duplice nullità, ricadendo, altresì, nell'ambito applicativo dell'art. 771, comma 1 cod.civ., che statuisce il divieto di donazioni aventi ad oggetto beni futuri. *Ex adverso*, altra parte della dottrina sostiene la validità di atti dispositivi a titolo oneroso, osservando che la fattispecie in esame possa essere sussunta nello schema di una vendita di beni altrui, che produce l'obbligo immediato, in capo all'alienante, di far acquistare il bene alla controparte. È evidente che, invocando la struttura negoziale della vendita di cosa altrui, l'operazione in esame si colloca al di fuori del campo applicativo del divieto, a nulla rilevando la circostanza che, una volta concluso il contratto, il bene che ne costituisce l'oggetto pervenga al venditore a seguito dell'apertura di una successione altrui⁷¹. In definitiva, nel panorama dottrinale di diritto contemporaneo sembra consolidarsi l'idea che, ai fini della validità dei contratti di disposizione di beni altrui, il *discrimen* vada individuato nella circostanza che le parti non abbiano preso in considerazione una futura successione, non essendovi ostacoli a ritenere valida una compravendita di cosa altrui condizionata all'acquisto del bene da parte dell'alienante, ovvero una compravendita di cosa altrui stipulata a rischio e pericolo dell'alienante medesimo. *Ergo*, deve escludersi la configurabilità di un patto successorio quante volte la successione *mortis causa* non

68 CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", cit., p. 38.

69 In questo senso MESSINEO F.: *Manuale*, cit., p. 74, afferma giustamente che "l'atto in parola assume, di preferenza, la forma del negozio unilaterale, quale è, propriamente, la rinuncia. Questo spiega come, nell'art. 458, si adoperi il termine anodino 'atto', che può riferirsi così al patto, come all'atto unilaterale".

70 Si veda, in particolare, FERRI G.B.: "I patti", cit. p. 85.

71 Al riguardo PALAZZO A.: *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, pp. 26 ss., nonché BIANCA C.M.: *Diritto civile*, cit. p. 490. Con maggiore impegno esplicativo CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", cit. p. 34, osserva che "l'atto di disposizione di un bene altrui può essere concluso, ad esempio, sul presupposto che il disponente vanti un vero e proprio diritto ad acquistare il bene oggetto di disposizione dall'attuale proprietario, o assumendosi che esso disponente sarà comunque in grado di acquistare a titolo oneroso il bene medesimo ovvero, ancora, in vista di una donazione della quale il disponente stesso sta per beneficiare: in nessuno dei casi prospettati il divieto sancito dall'art. 458 risulta violato".

rappresenti, dal punto di vista del dante causa, l'unico strumento per adempiere l'obbligazione da lui contratta⁷². Per contro, sussiste patto successorio allorché entrambi i contraenti abbiano avuto riguardo al bene alienato come un'entità, per la cui acquisizione deve passarsi necessariamente attraverso l'apertura di una futura successione⁷³. Più precisamente, mentre la dottrina⁷⁴ conduce l'indagine privilegiando l'esame circa la scansione temporale del rapporto, con particolare riguardo al tempo dell'adempimento⁷⁵, la giurisprudenza si mostra più incline a valorizzare il profilo volitivo, concentrando l'attenzione sulla ricostruzione dell'assetto di interessi contrattuale, il che implica l'accertamento della comune volontà delle parti⁷⁶. Parimenti non sembra potersi revocare in dubbio la validità di un negozio condizionato alla nomina ereditaria, con particolare riferimento all'ipotesi della donazione sottoposta alla condizione sospensiva che un terzo acquisti la qualità di erede; in siffatta evenienza, infatti, il divieto di cui all'art. 458 cod.civ. non può operare, giacché tecnicamente non si è in presenza di un atto dispositivo avente ad oggetto un bene derivante da una successione non ancora aperta; di conseguenza, il terzo resta libero di disporre dei propri beni nel modo da lui reputato più opportuno, quantunque sia a conoscenza della condizione apposta, ovvero abbia addirittura preso parte alla stipulazione della donazione ad essa subordinata⁷⁷.

Dal sillogismo giuridico così articolato discende che il divieto dei patti dispositivi attinge una serie di operazioni che si presentano come una *species* all'interno

- 72 La tesi appena esposta è condivisa da CENDON P.: "Il divieto", cit., p. 54., secondo cui le modalità convenute per l'adempimento dell'obbligazione costituiscono l'elemento dirimente per distinguere tra vendita di cosa altrui (consentita) e patto successorio (vietato). Non manca, tuttavia chi individua l'elemento discrezionale nell'oggetto dell'acquisto, affermando che nel divieto "rientrerebbero anche quegli atti aventi ad oggetto diritti dei quali il disponente, al momento della morte del soggetto della cui successione si tratta, acquisterebbe non già la titolarità ma semplicemente la libera disponibilità" CACCAVALE C., TASSINARI F.: "Il divieto dei patti successori tra diritto positivo", cit., p. 53.
- 73 LEVA M.: "I fenomeni c.d. parasuccessori", in *Riv. del Not.*, 1988, pp. 1194 e ss.; CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, Tomo I, 2009, p. 29. Dello stesso avviso si mostra la giurisprudenza, Cfr. Corte di Cassazione, 18 aprile 1968, n. 1164, in *Riv. not.*, 1968, III, pp. 768 e ss. e Corte di Cassazione 24 ottobre 1978 n. 4801, in *Giust. civ.*, 1979, I, pp. 492 e ss.
- 74 Cfr. AA.VV.: *Diritto delle successioni e delle donazioni* (a cura di CALVO R., PERLINGIERI G.), t. I, Napoli, 2015, t. II e III, Napoli 2015; AA.VV.: *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti dell'11° convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto civile*, Napoli, 2017; ACHILLE D.: *Il divieto di patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012.
- 75 In specie, BIANCA C.M.: *Diritto civile*, cit., pp. 559 e ss. osserva che la fattispecie della vendita di cosa altrui ricorre allorché l'effetto traslativo del bene a favore dell'acquirente deve realizzarsi immediatamente o entro un termine determinato. Al contrario, si ricorre nella fattispecie del patto successorio vietato nell'ipotesi in cui l'obbligazione di far acquistare la proprietà del bene deve essere adempiuta alla morte del proprietario o, in mancanza della fissazione di un termine dell'adempimento.
- 76 Nel fondante pretorio ricorre la massima secondo cui "si ha patto successorio dispositivo, vietato dall'art. 458 cod.civ., quando l'oggetto del contratto sia stato considerato dalle parti come compreso in una futura successione; si ha invece un valido contratto di compravendita di cosa altrui quando, secondo la comune intenzione delle parti, il contratto debba produrre l'effetto obbligatorio, suscettibile di immediata esecuzione, di vincolare il venditore a procurare al compratore l'acquisto del bene venduto: in tale ipotesi la vendita non è nulla e l'effetto reale si verifica automaticamente quando, alla morte del proprietario, il bene passi iure hereditatis al venditore che non aveva adempiuto l'obbligo di acquisto della proprietà su di lui ricadente ex contractu". In questi termini Corte di Cassazione, 9 luglio 1976, n. 2619, in *MGJ*, 1976.
- 77 CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 30.

della macro-area dei negozi aventi ad oggetto beni futuri, considerati leciti dall'ordinamento giuridico; non può non rimarcarsi, a questo punto, la profonda differenza tra la figura in esame e quella, già analizzata, dei patti istitutivi. Mentre questi ultimi, infatti, sono veri e propri negozi *mortis causa*, i primi si configurano palesemente come negozi *inter vivos* in virtù dei quali il promittente dispone di beni che ritiene di acquistare con una futura successione⁷⁸. A fronte delle rilevate antinomie sia di carattere strutturale che di ordine funzionale, non possono che risultare diverse anche le opzioni di politica legislativa che sottendono i rispettivi divieti, giacché, per le ragioni esposte, i patti dispositivi non appaiono idonei ad incidere sulla libertà di testare, che costituisce il principale fondamento del divieto dei patti successori di natura istitutiva. Tale conclusione risulta suffragata dalla circostanza che nei patti dispositivi il testatore non è parte dell'accordo, restando libero di disporre in maniera del tutto indipendente dagli impegni precedentemente assunti dall'ipotetico⁷⁹ ereditando o legatario. Si impone, pertanto, di verificare se esistano ragioni sufficientemente solide per giustificare un divieto di tal guisa, specie se si considera la portata applicativa generalmente attribuita allo stesso, che giunge a ricomprendere anche patti meramente obbligatori, i quali, per definizione, non producono alcun effetto traslativo immediato⁸⁰. Un primo fondamento giustificativo viene identificato nella necessità di tutelare i contraenti inesperti o prodighi dal rischio di dilapidare i beni derivanti da una futura successione prima ancora di acquisirli⁸¹, il che riecheggia una concezione giustamente definita *romantica* e *paternalistica* del divieto normativo, che appare del tutto anacronistica rispetto alla moderna dinamica dei rapporti giuridici ed economici⁸². La seconda ragione posta a sostegno del divieto riposa su un argomento di chiara matrice vetero-moralistica, concernente la necessità di scongiurare convenzioni reputate "socialmente pericolose", in quanto potenzialmente produttive del già richiamato *votum captandae mortis*⁸³. In definitiva, la giustificazione del divieto viene ricondotta alla "immoralità di porre la morte di un uomo come presupposto di un atto negoziale che concerne i suoi stessi beni"⁸⁴, sulla scorta del rilievo secondo il quale

78 I profili differenziali vengono a tal punto valorizzati che, secondo parte della dottrina, l'aggettivo "successori" può essere riferito ai patti dispositivi solo in relazione al fatto che gli stessi hanno per oggetto "diritti da acquistare per successione *mortis causa*" FERRI G.B.: "I patti", cit. p. 85; cfr. inoltre AA.VV.: *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Atti dei Convegni di Roma, 18 marzo 2016, Genova, 27 maggio 2016, Vicenza, 1 luglio 2016*, Milano, 2016.

79 Il quale, per inciso, nel momento in cui stipula il patto dispositivo non è sicuro nemmeno di acquisire la qualità di erede o legatario, ciò dipendendo dalle successive decisioni del *de cuius*.

80 Cfr. AA.VV., *La destinazione del patrimonio: dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina. Ricordando Angelo Falzea* (a cura di BIANCA M.), Milano, 2016, *passim*.

81 COVIELLO JR. L.: *Diritto successorio*, cit., p. 250.

82 CALOGERO M.: "Disposizioni generali", cit., pp. 163 e ss., che sottolinea come la concezione tradizionale appaia "non in linea con i tempi e, segnatamente, con la consapevolezza circa le questioni economiche". La medesima opinione è espressa da ZOPPINI A.: "Le successioni", cit., p. 177. In termini ancor più espliciti COSENTINO F.: "Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati", in *Quadrimestre*, 1993, pp. 119 e ss.

83 FERRI G.B.: "I patti", cit. p. 86.

84 CACCAVALE C., TASSINARI F.: "Il divieto dei patti successori tra diritto positivo", cit. pp. 48 e ss.

gli atti volti a speculare sull'eredità di una persona ancora vivente non possono che essere oggetto di un giudizio di riprovevolezza sociale⁸⁵.

Anche in questo caso nel panorama dottrinale non mancano valutazioni critiche, tese ad evidenziare un'incoerenza di fondo in relazione alle numerose previsioni normative che attestano la validità di fattispecie negoziali da cui originano vantaggi economici dipendenti dalla sorte di un terzo. A tal proposito la dottrina invoca numerose fattispecie, tra le quali si richiamano, *exempli gratia*, la rendita vitalizia, la donazione con patto di reversibilità, la costituzione di usufrutto vitalizio, l'assicurazione sulla vita⁸⁶. Tenuto conto del percorso argomentativo fin qui sviluppato, si ritengono pienamente condivisibili le considerazioni critiche svolte da attenta dottrina, a parere della quale le *rationes* poste a fondamento del divieto di patti dispositivi appaiono "insufficienti a giustificare la conservazione di un divieto la cui esistenza, (...) condiziona la validità di qualsiasi convenzione che risulti collegata in qualche modo con l'evento della morte"⁸⁷.

L'ultima macro-categoria di patto successorio ricadente nell'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 458 cod.civ. è costituita dai patti rinunciativi, da intendersi come negozi con cui si rinuncia alla propria istituzione, ovvero all'attribuzione futura avente ad oggetto *siungulas res*. Come osservato da autorevole dottrina, nell'orbita del patto successorio rinunciativo possono ricondursi tanto la rinuncia unilaterale, che, sotto il profilo strutturale, si presenta analoga alla rinuncia all'eredità disciplinata dall'art. 519 cod.civ. con riguardo ad una successione già aperta, quanto la rinuncia contrattuale, configurantesi come una vera e propria pattuizione con la quale una parte abdica ai diritti derivanti da una futura successione⁸⁸. Sotto il profilo della natura giuridica, l'opinione maggioritaria concepisce la figura *de qua* alla stregua di una *species* dei patti dispositivi⁸⁹, con i quali si apprezzano numerosi punti di contatto. Invero, anche nel caso di specie, l'interprete si trova in presenza di negozi *inter vivos* aventi ad oggetto diritti che fanno capo ad una successione non ancora aperta. In secondo luogo, non si può non considerare che la rinuncia si inquadra senz'altro tra i mezzi di disposizione di un diritto, sia pure

85 BETTI E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1952, p. 231. Cfr. inoltre per un'ampia disamina della problematica, AA.VV., *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di PERLINGIERI G.), L. II, *Delle successioni*, Artt. 456-809, Napoli, 2010.

86 Per una panoramica generale degli istituti in questione si veda CENDON P.: *Il divieto*, cit. p. 53.

87 DE GIORGI M.V.: *I patti*, cit., *passim*.

88 CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, cit. p. 42. Si veda altresì DE GIORGI M.V.: "Patto successorio", in *Enc. dir. XXXII*, Milano, 1982, p. 545, che estende l'ambito di applicazione del divieto in modo da ricomprendere anche la rinuncia posta in essere nell'intento di perfezionare un patto successorio rinunciativo, ma nell'ignoranza dell'avvenuta apertura della successione.

89 CARIOTA FERRARA L.: *Le successioni per causa di morte*, I, Napoli, 1961, pp. 46 e 395; la tesi favorevole a ricondurre i negozi meramente dismissivi nella categoria dei negozi dispositivi è sostenuta anche da SANTORO PASSARELLI F.: *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 220.

in termini dismissivi⁹⁰. Nondimeno si evidenzia un tratto differenziale tra gli istituti in esame, consistente nella circostanza che nei patti abdicativi il beneficiario deve necessariamente essere una persona chiamata all'eredità in luogo del rinunciante, ovvero una persona che, in conseguenza della rinuncia, vedrebbe accrescersi la propria quota ereditaria⁹¹. Ne deriva che i patti oggetto dell'indagine si configurano come negozi a carattere non attributivo, dai quali non discende, almeno in via immediata, alcun acquisto in capo a soggetti terzi, con l'ulteriore conseguenza che gli stessi devono ritenersi neutri rispetto ai parametri della onerosità e della gratuità⁹². Si aggiunga, sempre con riferimento alla portata applicativa del divieto, che, in ossequio all'orientamento prevalente in dottrina, nella tipologia del patto successorio rinunciativo vanno ricondotti anche i negozi unilaterali dai quali discendono effetti di natura meramente obbligatoria⁹³.

Attese le significative assonanze tra i patti dispositivi e quelli rinunciativi, è naturale estendere a questi ultimi le considerazioni critiche già formulate con riguardo ai primi; difatti, anche in relazione alla fattispecie indagata la dottrina evidenzia la debolezza del fondamento giustificativo del divieto, che pare ormai ascrivibile alla acritica volontà di ossequiare un principio, piuttosto che a ragioni di carattere sostanziale, con il risultato di dare luogo ad un pregiudizio *che oggi non potrebbe essere preso sul serio*⁹⁴.

Esaminando, sia pur brevemente, le singole figure negoziali sussumibili nel divieto stabilito dall'art. 458 cod.civ., si è visto che nel concetto di patto successorio si riconducono tanto le pattuizioni con le quali si dispone immediatamente della propria successione, o di diritti che si prevede di ricevere da quest'ultima, quanto le convenzioni con le quali le parti si vincolano a regolare una futura successione in un certo modo, qualificate dalla dottrina, come patti successori *obbligatori*,⁹⁵ proprio per distinguerli da quelli *reali*. Orbene, secondo l'orientamento più rigoroso, la nullità inficia qualunque acquisto che abbia titolo in un patto successorio⁹⁶, ovvero che ne costituisca esecuzione, con la conseguenza che deve reputarsi nulla, perché priva

90 Cfr. BARBA V.: *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, *passim*.

91 FERRI G.B.: *I patti*, cit., p. 55.

92 CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", cit. p. 32; e CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 200.

93 CARIOTA FERRARA L.: *Le successioni per causa di morte*, cit. p. 47. Del tutto isolata la tesi sostenuta da CALOGERO M.: "Disposizioni generali", cit. p. 163, secondo cui la promessa unilaterale di rinunciare non è affetta da nullità, bensì da inefficacia, trattandosi di una promessa atipica.

94 MESSINEO F.: *Manuale*, cit. p. 74. Negli stessi termini CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", cit., p. 48, il quale sottolinea "il carattere quasi sacrale che, a dispetto della sempre maggiore importanza assunta dai valori della produttività e dall'efficienza, ancora oggi, come in passato, si continua ad attribuire una valenza quasi mistica alle ultime volontà". BARBA V.: "Interessi 'post mortem' tra testamento e altri atti di ultima volontà", in *Riv. dir. civ.*, 2, 2017, pp. 319 ss.

95 La distinzione appena riferita viene condivisa dalla più autorevole dottrina. Cfr., *ex multis*, CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 30; DE GIORGI M.V.: *I patti*, cit., pp. 95 e ss., nonché GIANNATTASIO C.: *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, in *Commentario al Codice Civile*, Torino, 1959, pp. 21 e ss.

96 AA.VV.: *Il testamento, fisiologia e patologie* (a cura di VOLPE F.), Napoli, 2015, *passim*.

del carattere della spontaneità, anche la disposizione testamentaria la quale, pur presentandosi esteriormente come unilaterale, rappresenti in realtà l'adempimento di un impegno negoziale assunto dal testatore⁹⁷. Nondimeno, l'impostazione prevalente sembra propensa ad escludere l'automatica estensione della nullità con riferimento agli atti *esecutivi*, con i quali, cioè, si dà concreta attuazione all'assetto di interessi diviso dalle parti al momento della stipulazione del patto successorio, con il risultato di spostare l'attenzione sulla presenza di eventuali vizi della volontà contrattuale. Ed invero, qualora venga data attuazione ad un patto istitutivo, l'atto di esecuzione non pare affetto da nullità, bensì, a tutto concedere, deve ritenersi inficiato da un errore di diritto sul motivo. Ciò consente di invocare la patologia dell'annullabilità, sempre che il vizio risulti dall'atto e sia determinante, nel senso che il testatore abbia manifestato una volontà condizionata dall'erroneo convincimento di essere giuridicamente vincolato al patto⁹⁸. Tale conclusione ricorre senza dubbio nell'ipotesi di un testamento attuativo di una promessa unilaterale non vincolante per il testatore, nel qual caso il *de cuius* non assume un obbligo coercibile verso un altro soggetto, valendo il principio di tassatività delle promesse unilaterali di cui all'art. 1987 cod.civ. Dal prefato sillogismo ne discende che, qualora il disponente procedesse alla confezione del testamento nella convinzione di essere obbligato ad eseguire la promessa unilaterale, incorrerebbe in un errore di diritto, con conseguente annullabilità, sempre che ricorrano i presupposti di cui all'art. 624 cod.civ.

III. VERSO UNA “CONTRATTUALIZZAZIONE” DELLA VICENDA SUCCESSORIA E L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE ITALIANO CON L'INTRODUZIONE DEL PATTO DI FAMIGLIA (LEGGE 14 FEBBRAIO 2006 N. 55) ED UNA NECESSARIA INDAGINE COMPARATIVA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL MODELLO TEDESCO E AL DIRITTO SUCCESSORIO FRANCESE.

L'indagine comparatistica, ed in particolare l'*excursus* sincronico relativo all'esperienza tedesca e francese, offre all'interprete fecondi strumenti per istituire un parallelismo ermeneutico con l'ordinamento italiano, onde porre in risalto il differente approccio che il legislatore nazionale ha mostrato nell'affrontare problemi comuni ad altri modelli ordinamentali. Ed invero, la necessità di elaborare una riforma del diritto successorio che sappia colmare il *gap*, ormai fin troppo

97 BIANCA C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 491. Nello stesso senso TOTI B.: “La nullità”, cit., pp. 9 e ss., a giudizio dell'autore, l'invalidità si spiega considerando che l'adempimento dell'obbligo è il motivo determinante dell'atto di ultima volontà.

98 CARIOTA FERRARA L.: *Le successioni per causa di morte*, cit. p. 50. Sebbene non manchi chi sostiene che il motivo non sia erroneo, bensì illecito, giacché il proposito di rispettare un impegno derivante da patto contrario alla legge non può che essere, a sua volta, illecito. In termini CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, cit. p. 31, che, ad onor del vero, prospetta ambedue le tesi in esame.

evidente, tra la disciplina normativa e la realtà dei traffici giuridico-economici⁹⁹ in un mondo globalizzato, si presenta come una questione condivisa con altre esperienze continentali, come nel sistema di *Civil law*, il che rende quanto mai interessante il raffronto tra le varie soluzioni escogitate. È un dato di fatto che il diritto successorio italiano sia apparso immune, nel corso dei decenni, da riforme radicali, a dispetto dei tumultuosi cambiamenti registratisi sul versante socio-economico. È sufficiente constatare che il Libro II del Codice civile, nel Titolo riservato alle successioni, è stato interessato da un numero di interventi normativi molto esiguo, specie se paragonato alle profonde modifiche che hanno interessato gli altri Libri del Codice. Inoltre preme significare che, anche dal punto di vista contenutistico, si tratta di interventi che hanno toccato aspetti marginali della disciplina successoria, senza scardinarne l'originario ordito¹⁰⁰. Le ragioni che consentono di spiegare l'inadeguatezza del diritto successorio italiano a rispondere alle esigenze dell'economia della società contemporanea sono molteplici, ma senza dubbio uno dei principali motivi dell'anacronismo¹⁰¹ di tali disposizioni è da rinvenirsi nella circostanza che, sul piano tecnico-normativo, le norme del Libro Secondo del Codice civile italiano sono chiaramente concepite al fine di assecondare la trasmissione della ricchezza immobiliare¹⁰², trascurando del tutto

99 Per ovviare al quale si registra una vera propria *fuga* della prassi alla ricerca di nuovi strumenti di circolazione della ricchezza nei rapporti interprivati. Sul punto si annovera una ricca messe di contributi dottrinali, tra i quali si richiamano RESCIGNO P.: "Le possibili riforme del diritto ereditario", in *Giur. it.*, 2012, pp. 1942 ss.; BONILINI G.: *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da Bonilini G., Milano, III, 2009, pp. 279 e ss.; ZOPPINI A.: "Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta", in AA.VV.: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, pp. 919 e ss.; TEODORA MASUCCI S.: "Le successioni mortis causa in generale", in *Diritto Civile* (diretto da LIPARI e RESCIGNO N.), Milano, II, 2009, pp. 7 ss.; RESCIGNO P.: *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, pp. 5 ss.; LISERRE A.: "Quid novi in tema di successioni mortis causa?", in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997, pp. 13 ss.

100 Ed invero, se si eccettuano gli adeguamenti resi necessari in conseguenza della caduta del regime fascista (d.r.l. n. 25/1944 e d. leg. lgt. n. 287/1944), e gli interventi collegati alla riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), altre novelle legislative hanno interessato solo marginalmente o di riflesso il diritto successorio (a titolo di esempio si pensi agli adattamenti collegati alle riforme via via succedutesi in materia di filiazione – dalla l. 184/1983 fino alla l. 219/2012). Solo due recenti interventi si segnalano come significativamente innovativi: ci si riferisce, in particolare alla riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ. (art. 2, comma 4-novies, lett. a, d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005, e art. 3 l. n. 263/2005) e, ovviamente, all'introduzione degli artt. da 768-bis a 768-octies cod. civ. recanti la disciplina del patto di famiglia. Cfr. ZANCHI G.: "Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori", in *Jus Civile*, 10/2013, p. 701, spec. nota 3.

101 Nondimeno, è doveroso riportare la tesi, sostenuta da autorevole dottrina, che ritiene non incompatibili le norme sulla successione *mortis causa* con la regolazione della trasmissione dei nuovi beni, come anche di alcune situazioni giuridiche di diritto pubblico o del possesso, ed anche diritti della personalità; Cfr. ZOPPINI A.: "Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", in *Riv. dir. civ.*, I, 2000, 185 e ss. spec. 213 ss., il quale trae le sue conclusioni procedendo sia da alcuni indici normativi - anche codicistici (come nel caso dell'art. 1146 cod. civ. sulla successione nel possesso), sia dall'esperienza giurisprudenziale e dalle riflessioni dottrinali straniere (ma anche dalla giurisprudenza italiana, come nel caso di Cass., 18 giugno 1981, n. 4009, in *Giur. it.*, 1982, I, I, c. 702, sulla collazione dell'avviamento commerciale). In generale sui problemi legati alla definizione dell'oggetto della trasmissione ereditaria, ma con riguardo ai diritti non patrimoniali si rinvia a ZACCARIA A.: *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988.

102 In prospettiva comparatistica cfr. ACETO DI CAPRIGLIA S.: *Nuove frontiere della successione necessaria*, Torino, 2008, pp. 83 e ss. Il legislatore italiano non sembra avere recepito in toto il percorso di svalutazione della ricchezza immobiliare, poiché, anche nel recente intervento di riforma sugli artt. 561 e 563 cod. civ., orientato proprio ad agevolare la circolazione dei beni nel mercato (di provenienza donativa) provando a ridurre i rischi di coinvolgimento in un'azione di riduzione, si è occupato esclusivamente di intervenire

quella mobiliare-finanziaria, che oggi costituisce invece la principale componente del patrimonio familiare¹⁰³.

La rilevata molteplicità delle forme di ricchezza patrimoniale si riverbera direttamente sulla tenuta del principio di unità della successione¹⁰⁴, dal momento che, a fronte di una pluralità di relazioni tra soggetti e beni, si avverte l'esigenza di percorsi di trasmissione differenziati, flessibili, capaci di offrire soluzioni diverse a seconda della natura dei beni da trasferire e delle qualità personali degli aventi causa. *Ex adverso*, il dogma dell'unità della successione si presenta sensibilmente ostativo alla capacità del diritto successorio di distinguere la circolazione dei valori di nuova generazione. Si pensi, infatti, che, laddove la vicenda successoria non venga regolata *ex testamento*, la legge assegna l'insieme delle relazioni patrimoniali, nella totalità delle componenti attive e passive, ad un continuatore in base ad una serrata *consecutio*¹⁰⁵, senza che possa venire meno la natura dei beni caduti concretamente in successione. La difficoltà di ritagliare spazi di autonomia in ambito successorio (per differenziare il destino *post mortem* dei valori patrimoniali in ragione della origine e qualità dei medesimi, nonché della natura dei beneficiari) assume tinte particolarmente preoccupanti in relazione ai valori inerenti ad un'attività

nella trasmissione ereditaria di beni immobili. È un dato di fatto, per contro, che nell'attuale *trend* giuridico-economico, la ricchezza immobiliare tende ad essere trasformata in ricchezza mobiliare, come dimostra il diffuso fenomeno delle società immobiliari, in cui vengano fatti confluire i beni immobili, i quali circolano e vengono divisi tra eredi non direttamente ma indirettamente tramite la cessione, eventualmente *pro quota*, delle partecipazioni sociali. In generale sul fenomeno della mobilitazione della ricchezza e con attenzione ai fenomeni successori cfr. COMMONS J.: *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981; PRETTO A.: *Strumenti finanziari. La nuova proprietà*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2000, pp. 669 e ss.

103 Sul punto sia consentito rinviare a ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa", in *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 520 e ss.

104 Tale principio, se da un lato non trova addentellati nel diritto positivo, dall'altro può vantare solide radici nella tradizione romanistica (*hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* -D. 50, 17, 62, Iulianus) ed è transitato nel nostro Codice attraverso il *Code civil*, che conteneva all'art. 732, oggi modificato, una previsione espressa di divieto generale di diversificazione della successione in base alla natura e all'origine dei beni (*La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession*). Il nostro Codice civile intenzionalmente non ha riprodotto questa norma (cfr., in relazione al Codice del 1865, la *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del codice civile*, in *Raccolta dei lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, 1866, 309) anche se il principio in essa contenuto è stato comunque assorbito nella disciplina successoria dal momento che – salvo alcuni casi di vocazioni c.d. anomale – il sistema successorio rispecchia ancora oggi il vecchio dogma francese dell'unità. Sul tema cfr. DE NOVA G.: "Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola", in *Riv. dir. agr.*, I, 1979, 509; GALASSO A.: *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 175 ss.; ZACCARIA A.: *Diritti*, cit., pp. 3 e ss. In prospettiva storica cfr. BESTA E.: *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, 1961, pp. 71 e ss. Sull'influsso che l'idea dell'unità ed universalità della successione ha esercitato nella definizione delle regole di conflitto in materia successoria nel nostro diritto internazionale privato ed in particolare nella definizione dell'art. 46 della l. n. 218/1995 cfr. DI FABIO M.: *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni* diretto da RESCIGNO P.: Padova, 2011, 726; TROMBETTA PANIGADI F.: "La successione mortis causa nel diritto internazionale privato", in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* (diretto da BONILINI G.), V, Milano, 2009, pp. 212 e ss.

105 In particolare, si tratta di una *consecutio* che ammette un'unica vicenda successoria, un'unica regolazione, un unico destinatario, come efficacemente evidenziato da ZANCHI G.: "Percorsi", cit., p. 708; ed invero, pur non mancando eccezioni legali al principio di unità (si pensi, ad esempio, alla successione nel contratto di locazione, o alla successione nell'indennità di fine rapporto di lavoro subordinato, ovvero, ancora, alla riserva del diritto di abitazione nella casa familiare assicurata al coniuge superstite), esse non scalfiscono il principio, il quale resta canone fondamentale nell'attribuzione ereditaria. In tal senso PALAZZO A., SASSI A.: *Trattato della successione e dei negozi successori*, Torino, 2012, p. 18.

produttiva¹⁰⁶, anche in ragione della necessità avvertita particolarmente dal mondo imprenditoriale di non gestire il fenomeno successorio solo in termini di subentro in un diritto dominicale, bensì anche come trasmissione di poteri gestionali ed amministrativi che non (necessariamente) transitano unitamente alla quota sociale, o all'azienda, o al ramo d'azienda. *A fortiori*, l'alternativa testamentaria si mostra a sua volta inadatta ad assicurare una circolazione efficiente con riferimento a tale categoria di beni, come ampiamente segnalato dalla prassi, mentre la vocazione contrattuale è notoriamente vietata.

Affinché il diritto ereditario torni ad essere aderente ai modelli organizzativi ed alle esigenze della produzione si rendono necessari interventi legislativi radicali e, mi permetto dire, coraggiosi, poiché ormai la distanza da colmare ha assunto una consistenza rilevante. Si assiste indubbiamente ad una preminenza delle logiche di mercato¹⁰⁷ rispetto ai meccanismi tradizionali di trasmissione *mortis causa* della ricchezza, in virtù della quale i consociati cercano di regolare i propri rapporti patrimoniali *post mortem* in maniera più libera, sia con riferimento agli strumenti da impiegare, sia con riguardo ai profili contenutistici dell'assetto di interessi così multiforme. Senza entrare nel dotto dibattito concernente il presunto declino¹⁰⁸ del diritto ereditario, è di tutta evidenza che il testamento ancora oggi mantenga una propria vitalità, il che rende azzardato ipotizzare che esso possa essere sostituito *sic et simpliciter* dal contratto. Tale ultima affermazione non toglie che il testamento si riveli ormai insufficiente ad assecondare i *desiderata* di chi intenda pianificare la propria successione, come dimostra il sempre più marcato ricorso allo strumento contrattuale, in particolare nella prospettiva dei negozi *post mortem* e *transmorte*. Ne deriva la necessità di rimeditare l'approccio tradizionale al tema dei rapporti tra testamento e contratto, che non possono più essere impostati

106 BORTOLUZZI A.: *Successione nell'impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, 2003, pp. 871 e ss. Sul punto, in tempi non sospetti, MENGONI L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (diretto da CICU A. e MESSINEO F.), XLII, t. I, Milano, 1999, pp. 103 ss.

107 In chiave comparatistica si veda FLEMING J.G.: "Changing functions of succession laws", in *American Journal of Comparative Law*, 1978, pp. 233 e ss.

108 Difatti, è ricorrente in dottrina l'affermazione secondo la quale il diritto successorio sarebbe entrato in crisi, scoprendosi ormai "irrilevante" nelle dinamiche circolatorie correnti se misurato con altri circuiti di distribuzione della ricchezza, in particolare il contratto. In questi termini RODOTÀ S.: *Ipotesi sul diritto privato*, in Id. (a cura di): *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 13 ss. da cui è tratto l'aggettivo citato. Sempre negli anni Settanta del secolo scorso, FERRARI V.: *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, cit. denuncia lo iato tra la disciplina successoria italiana e le trasformazioni sociali. In tempi più recenti, anche LEVA M.: *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008. In senso parzialmente difforme CAROTA L.: *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, *passim*. Si è anche evidenziato che, in corrispondenza dell'ascesa della classe media e, quindi, di una maggiore diffusione del benessere a ceti sociali che prima non erano in grado di accumulare ricchezza da trasmettere alle più giovani generazioni, si è ampliato lo spettro di soggetti in condizione di elaborare un programma successorio. In tal senso, SCHLESINGER P.: "Successioni (dir. civ.)", in *Nov. dig. it.*, XVIII, Torino, 1972, pp. 748 e ss.; MENGONI L.: *Successioni*, cit., p. 11 spec. nota 22; BONILINI G.: *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* (diretto da BONILINI G.), I, Milano, 2009, p. 42; Id., "Autonomia negoziale e diritto ereditario", in *Riv. not.*, I, 2000, pp. 795 ss. Un'autorevole voce dissenziente è espressa da ROPPO V.: "Per una riforma", cit., pp. 6 ss., secondo cui, se si ha riguardo al diritto vivente, senza soffermarsi unicamente sui meccanismi successori tipicamente previsti dal legislatore, si osserva come il diritto successorio sia tutt'altro che in declino.

in termini di rigido antagonismo ontologico. *Mutatis mutandis*, l'insoddisfazione palesata dagli operatori giuridici ed economici, anche e soprattutto transnazionali, non si appunta sul testamento *tout court*, ma investe, semmai, la sua esclusività, nonché il coordinamento tra l'istituto testamentario e la disciplina concernente la successione necessaria¹⁰⁹. In tale contesto, il divieto dei patti successori, si presenta senza dubbio come un elemento di rigidità "fossile" del sistema ordinamentale, pur non essendo ovviamente l'unico freno all'autonomia privata. Nonostante non siano mancati progetti di riforma¹¹⁰, l'unica innovazione degna di nota si incarna nel patto di famiglia che risale alle legge 55 del 2006, il quale, sebbene sia stato introdotto nel dichiarato intento di fornire uno strumento pattizio di programmazione successoria di beni produttivi più moderno e aderente alle esigenze dell'impresa (rispetto al testamento) si è rivelato, tuttavia, inidoneo ad intercettare l'interesse degli operatori del mercato, come risulta dalla sua scarissima ricorrenza nella prassi notarile. Le ragioni del sostanziale fallimento pratico-applicativo registratosi in relazione all'istituto *de quo* si apprezzano in maniera più chiara proprio attraverso il parallelismo con gli schemi a cui hanno fatto ricorso altri ordinamenti per rispondere alle medesime esigenze giuridiche ed economiche. Muovendo dal confronto con l'*Erbvertrag* tedesco¹¹¹, che indubbiamente ha costituito un modello di riferimento per l'elaborazione del patto di famiglia, non possono non evidenziarsi due fondamentali aspetti di divergenza. Ci si riferisce, *in primis*, al profilo inerente gli effetti del negozio, dal momento che, mentre nel nostro ordinamento essi si producono immediatamente, nel sistema tedesco è prevista la possibilità di una realizzazione postergata al momento della morte dell'autore dell'atto dispositivo¹¹². In secondo luogo, la disciplina italiana circonda il patto di famiglia di stringenti limiti di operatività, sia sotto il profilo della tipologia dei beni che possono formare oggetto del negozio, sia dal punto di vista soggettivo. Invero, sul piano oggettivo, viene in rilievo la scelta del legislatore italiano di limitare l'ambito di applicazione del patto ai soli beni relativi all'azienda e alle partecipazioni sociali, che appare antitetica rispetto all'illimitatezza contenutistica dell'*Erbvertrag* tedesco, facilmente arguibile dal § 2278 del BGB, che consente ai paciscenti di prevedere nel contratto successorio tutte le disposizioni astrattamente inseribili nel testamento, quali istituzioni di erede, legati e oneri¹¹³. Pur volendo aderire all'orientamento secondo il quale la divergenza concernente il momento di produzione degli effetti non sia insuperabile a livello ermeneutico¹¹⁴, deve riconoscersi tuttavia come le

¹⁰⁹ In questi termini ZANCHI G.: "Percorsi", cit. p. 714.

¹¹⁰ Ci si riferisce, in particolare, al progetto di legge n. 1512, presentato alla Camera dei Deputati il 13 giugno 1996, ad iniziativa dei deputati Becchetti, Amoroso e Rosso, commentato da PALAZZO A.: *Osservazioni sulla centralità del testamento*, in *Dir. priv.* 1998, pp. 7 e ss.

¹¹¹ Si veda sul tema ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Le new families", cit., pp. 990 e ss.

¹¹² KROISS D. - ANN C. - MAYER J.: *Erbrecht*, in *BGB Anwaktkommentar*, Bonn, 2004, *passim*.

¹¹³ STUCCHI L.: "L'art. 768 bis cod.civ., fattispecie e disciplina", in *Il patto di famiglia* (a cura di LA PORTA U.), Torino, 2007, pp. 111 e ss.

¹¹⁴ Secondo una puntuale ricostruzione dottrinale, infatti, il patto di famiglia può essere consegnato anche in modo da operare come negozio *mortis causa*. In tal senso si rileva che la struttura normativa del patto di

differenze relative all'oggetto e al titolo di partecipazione di ciascuno dei paciscenti siano tanto profonde da rendere non concepibile un'armonizzazione tra i due istituti, almeno nella prospettiva *de jure condito*. Ne deriva che il patto di famiglia italiano (artt. 768 *bis* ss. cod.civ.) si configura come un istituto caratterizzato da una fruibilità molto limitata¹¹⁵ e, pertanto, deve ritenersi assolutamente inidoneo a rendere più agevole la trasmissione ereditaria della ricchezza, ponendosi in aperto contrasto con gli obiettivi fissati a livello comunitario (Reg. 650/2012)¹¹⁶. In chiave critica, deve allora evidenziarsi che il legislatore italiano ha adottato un'ottica molto angusta¹¹⁷, contentandosi di introdurre un istituto di limitata applicazione, destinato ad operare solo a beneficio delle piccole imprese e delle società a conduzione familiare. Sebbene la più volte rimarcata necessità di operare una radicale riforma del diritto successorio, implichi necessariamente l'abolizione o, quantomeno, il ridimensionamento del divieto di patti successori, la novella n. 55/2006 viene additata, a causa del suo scarso *range* applicativo, dalla maggior parte dei commentatori come *un'occasione persa*¹¹⁸.

Difatti, la scelta di un'architettura contrattuale così farragginosa, pur in presenza di alternative tecnicamente più semplici, non può che ritenersi sintomatica del fatto che l'introduzione del nuovo istituto sia stata concepita in vista della tutela di interessi superindividuali, risultando, per contro, del tutto secondaria la finalità di rafforzare l'autonomia contrattuale del disponente¹¹⁹. Né può ritenersi che il profondo divario che separa il diritto successorio italiano da quello tedesco sia il frutto, *sic et simpliciter*, della differente impostazione di fondo, ed in particolare del fatto che il BGB (nel solco delle consuetudini di stampo germanico) abbia riconosciuto la validità del contratto successorio, concepito come alternativa al testamento nella regolamentazione delle relative vicende¹²⁰.

famiglia non vieta alle parti di differire il trasferimento alla morte del disponente, accompagnando, se del caso, tale previsione con i debiti contrappesi, quali, ad esempio, l'inserimento di clausole attributive del potere di revoca. Sul punto si veda TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., pp. 359 ss.

115 LUCCHINI GUASTALLA E.: "Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione *si praemior* al patto di famiglia", in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, pp. 317 e ss.

116 In particolare, il Regolamento UE n. 650/2012, avente la finalità di introdurre una nuova disciplina comunitaria delle successioni transfrontaliere, non appare limitato ai soli profili attinenti la trasmissione *mortis causa* dell'impresa, adottando, per contro, una prospettiva molto più ampia. In tal senso è sufficiente richiamare la portata assolutamente generale del *considerando* n. 7, in cui si afferma che "nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione".

117 Sul punto si richiamano le riflessioni critiche di AMADIO G.: *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit. pp. 361 e ss., secondo cui la riforma avrebbe dovuto avere ad oggetto anche altri istituti, quale, soprattutto, l'eredità necessaria, che il legislatore allo stato non ha ancora avuto il coraggio o la determinazione di affrontare direttamente.

118 A questa amara conclusione perviene, tra gli altri, PALAZZO A.: *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, cit., pp. 261 ss.

119 In tal senso LEVA M.: *Profili strutturali del patto di famiglia*, cit. pp. 469 e ss.

120 TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 355; cfr. inoltre sulla stessa tematica, ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Una nueva y posible forma de delacion hereditaria: el contrato sucesorio", in *Revista boliviana de Derecho*, 22/2016.

In questo senso il confronto con il diritto francese appare ancor più gravido di stimoli ermeneutici, giacché, pur partendo da basi comuni (basti pensare che il Codice italiano del 1865 aveva mutuato *in toto* l'impianto originario del *Code civil* del 1804), l'ordinamento transalpino ha mostrato una più spiccata sensibilità verso la valorizzazione dell'autonomia negoziale in ambito successorio. Difatti, a dispetto della permanenza di un generale divieto di patti relativi ad una successione futura, il legislatore francese ne ha rimodulato la portata applicativa, provvedendo espressamente ad affermare la liceità di talune operazioni negoziali, ritenute utili al fine di assicurare la trasmissione concordata del patrimonio familiare. Senza entrare nel merito delle singole figure introdotte in Francia, deve riconoscersi l'assoluta apprezzabilità dell'approccio metodologico ivi adottato, come è stato puntualmente riconosciuto dalla stessa dottrina d'oltralpe¹²¹. Pertanto, dalla disamina dell'esperienza francese emerge un ordine tassonomico che si presta a svolgere una funzione paradigmatica in vista di eventuali interventi del legislatore italiano. In specie, appare emblematica la scelta di introdurre la categoria dogmatica delle *liberalites*, nella quale sono confluite successioni e donazioni, con cui si registra un significativo passo in avanti nel percorso di avvicinamento della materia successoria a quella contrattuale, istituendo o ridisegnando schemi negoziali volti a regolare con maggiore elasticità le vicende successorie in una dimensione transnazionale, come effetto mediato della globalizzazione e della libera circolazione di persone e capitali, ma anche e soprattutto, della costituzione di un' Europa in cui tutti, a prescindere dalla cittadinanza di uno degli Stati membri, godano dei medesimi diritti¹²².

Non meno rilevanti risultano gli interventi con i quali si è operato un vigoroso ridimensionamento del concetto valoriale di famiglia nel contesto del diritto successorio, tale, addirittura, da condurre ad una riconfigurazione del principio di ordine pubblico¹²³, non più volto, come in passato, a tutelare *une fureur égalitaire qui impregnait encore le premier consulat*¹²⁴, bensì finalizzato a salvaguardare le scelte individuali del disponente¹²⁵, con il risultato di far prevalere il principio di efficacia economica sugli interessi protezionistici della famiglia¹²⁶. Sebbene non

121 BAILLON-WIRTZ N.: "Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future?", in *Droit de la Famille*, nov. 2006, pp. 8 e ss., secondo cui "il est plus logique de maintenir dans le Code civil un principe de prohibition et une serie d'exceptions ponctuellement reconnues par le législateur que d'établir une liste exhaustive d'actes prohibés, notamment a un moment ou nombreux sont ceux qui regrettent l'augmentation du nombre d'articles et d'alignés dans le Code civil".

122 CATALA P.: "La loi 23 juin 2006 et les colonnes du temple", in *Droit de la Famille*, nov. 2006, pp. 5 ss.

123 Cfr. per una disamina ampia PERLINGIERI G., ZARRA G.: *Ordine pubblico*, cit., *passim*.

124 CATALA P.: "La loi 23 juin 2006", cit., p. 6.

125 BEIGNIER B.: "Loi du 23 juin 2006 Acte I: le droit libéral des Liberalites et des avantages matrimoniaux", in *Droit de la Famille*, nov. 2006 p. 1.

126 In specie, secondo LEPROVAUX J.: "La place de la famille dans la mise en oeuvre du mandat de protection future et du mandat posthume", in *Rev. Jur. Persones et Famille*, 2006, n. 9, pp. 6 e ss. la figura del *mandat a effet posthume* esprime chiaramente lo scarso *favor* nei confronti della famiglia al momento del trapasso del patrimonio ereditario. In tal senso si rileva che "la place de la famille est en concurrence avec la logique d'efficacité économique dont le but est de sauvegarder l'entreprise après le cédés de son dirigeant".

siano mancati accenti critici nella dottrina francese, che, nel commentare la riforma del 2006, ha ravvisato un possibile snaturamento del diritto successorio autoctono¹²⁷, non può non osservarsi che, grazie ai predetti interventi legislativi, il sistema transalpino si è sensibilmente armonizzato ad altri ordinamenti, nei quali vige un assetto normativo maggiormente ossequioso dell'autonomia contrattuale in ambito successorio¹²⁸.

Ciò ha contribuito ad esacerbare l'isolamento del modello italiano, il che rende ancor più pressante l'esigenza di un complessivo ripensamento del diritto successorio, ben più pregnante di quello avvenuto con l'introduzione del patto di famiglia, ovvero con il ridimensionamento della portata reipersecutoria e recuperatoria dell'azione di riduzione. Ed infatti, è interessante notare come, pur nella loro diversità, le due principali tradizioni giuridiche euro-continentali, quella francese e quella tedesca, ammettano convenzioni successorie e che, in un ordinamento giuridico spesso comparato al nostro, quale quello iberico, sia addirittura riconosciuto il patto successorio, anche se con peculiarità sue proprie. Per una completezza espositiva precisiamo che il divieto dei patti successori istitutivi è ancora previsto in Francia, Belgio e Lussemburgo (art. 1130 comma 2 cod.civ.), nonché nei Paesi Bassi (art. 4.4, comma 2 NBW), in Portogallo (art. 2028 comma 2 cod.civ.), in Grecia (368 cod.civ.) e in Spagna, anche se persistono in quest'ultimo caso deroghe al livello regionale¹²⁹. L'elemento comune alle diverse soluzioni adottate all'estero, e che al contempo segna la principale differenza con quella italiana, risiede nella previsione di una pluralità di strumenti di vocazione volontaria, che si aggiungono al testamento nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza¹³⁰. La rilevata convergenza¹³¹ tra i sistemi giuridici presi in considerazione dimostra che non solo è possibile, ma, soprattutto, che è stato ritenuto necessario dotare il diritto successorio di uno strumento pattizio volto a programmare la vicenda successoria del *de cuius*. Pertanto, facendo leva sul più generale processo di unificazione internazionale del diritto, a sua volta implicato dall'integrazione tra i

127 Per una disamina dell'orientamento critico verso le riforme in commento si veda, ancora, CATALA P.: "La loi 23 juin 2006", cit. p. 5, secondo cui "s'infiltrer un dessaisissement douloureux et onéreux des héritiers légitimes au bénéfice d'une administration à l'anglaise". In altri termini, seguendo questo ordine di idee, gli interventi operati dal legislatore francese hanno prodotto il deleterio risultato di inserire all'interno del sistema nazionale, ritenuto, sino a quel momento, coerente e coeso, elementi di estraneità, le cui conseguenze non possono che destare perplessità nell'interprete.

128 TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 314.

129 Cfr. MARTINEZ M.: "Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne", in BONOMI e STEINER (a cura di): *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, 2008, 107 ss.

130 ZANCHI G.: "Percorsi", cit. p. 748.

131 In tal senso, si osserva che, a partire dal secondo dopoguerra, si è registrato, a livello internazionale, un movimento di convergenza settoriale delle legislazioni nazionali, specie nei settori in cui la segmentazione delle discipline domestiche rappresentava un ostacolo al processo di internazionalizzazione ed integrazione dei mercati locali. Sul punto si veda ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Timidi tentativi", cit. pp. 495 ss.

mercati locali, è agevole prevedere che un siffatto intervento sia necessario anche nell'ordinamento italiano¹³².

IV. NUOVE PROSPETTIVE DE JURE CONDENDO: L'AMPLIAMENTO DEI CONFINI DELL'AUTONOMIA PRIVATA E L'UNIFICAZIONE DELLE SUCCESSIONI DEI "CITTADINI EUROPEI", IN VIRTÙ DELL'EVOLUZIONE, GIÀ OPERATIVA, DEL PRINCIPIO DI ORDINE PUBBLICO INTERNO E INTERNAZIONALE NELLA LAW IN ACTION.

Al fine di delineare una prospettiva *de jure condendo*, è necessario effettuare una rapida disamina in merito al novellato concetto di ordine pubblico interno ed internazionale¹³³, che nel passato poteva essere considerato una chiusura, ma che nella sua odierna evoluzione ed accezione, rappresenta certamente un volano per le auspiccate innovazioni in tema successorio e non solo. Tutte le norme a contenuto protettivo ed in particolare quelle espressioni del principio di libera revocabilità del testamento e degli atti di ultima volontà (ex artt. 679 ss. cod.civ.) vanno oggi interpretate alla luce del fondamentale principio di ragionevolezza, secondo la tecnica del bilanciamento degli interessi in concreto più meritevoli. Pertanto, possono operare nell'interesse del *de cuius* anche in costanza di contratti, come viceversa possono non trovare applicazione nel testamento quando non tutelino adeguatamente gli interessi che presentino le caratteristiche sopra indicate (ad es. l'interesse del figlio nel caso di riconoscimento ex art. 256 cod.civ.)¹³⁴.

¹³² Il processo di internazionalizzazione del diritto si fonda principalmente sull'unificazione legislativa determinata dalla ratifica di convenzioni internazionali di diritto uniforme, per lo più adottate per iniziativa o con il patrocinio di organizzazioni internazionali create *ad hoc* (ad es. Unidroit) o che perseguono istituzionalmente obiettivi di ravvicinamento delle legislazioni nazionali (è il caso dell'Unione Europea). Nondimeno, nella medesima direzione assume un rilievo centrale anche l'interpretazione giurisprudenziale uniforme delle disposizioni convenzionali, in particolar modo nel caso in cui si ravvisi un organismo giurisdizionale sovranazionale affidatario di una funzione nomofilattica, come emblematicamente avviene in seno all'Unione Europea, con particolare riguardo alla Corte di Giustizia Europea, sul cui contributo all'unificazione legislativa si vedano, *ex plurimis*, KLAUER I.: *Die Europäisierung des Privatrechts*, Baden-Baden, 1998; SMITS J.: *The making of European Private Law. Towards a lus Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Oxford, 2002, pp. 19 ss.; VAN GERVEN W.: *The ECJ Case-law as a means of Unification of Private Law?*, in HARTKAMP A.S., HONDIUS E.H.: *Towards a European Civil Code*, 3^a ed., Wolters Kluwer Law International, 2004, pp. 101 ss.; ID., *The case-law of the European Court of Justice and National Courts as a contribution to the Europeanisation of Private Law*, in *European review of private law*, 1995, pp. 367 ss.; TWIGG-FLESNER C.: *The Europeanisation of Contract Law*, London, New York, 2008. Inoltre, è possibile registrare un percorso di avvicinamento legislativo che può definirsi "spontaneo", in quanto non risente dell'iniziativa di organizzazioni internazionali create *ad hoc*, sul quale si richiamano GAMBARO A., SACCO R.: *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato* (diretto da SACCO R.), Torino, 2002, pp. 27 e ss.; COING H., SCHMITTHOFF C.M., HELLMER J., GLEICHMANN K. (a cura di): *Methoden der Rechtsvereinheitlichung*, Frankfurt a. M., 1974, *passim*.

¹³³ Appare in ogni caso utile ricordare la definizione di ordine pubblico internazionale, distinto da quello interno, come formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile autonomia (cfr. GUARNIERI A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di Diritto civile*, Padova, 1974, *passim*).

¹³⁴ Sul punto sono illuminanti le osservazioni di PERLINGIERI G.: *Invalit  delle disposizioni "mortis causa"* ed unitariet  degli atti di autonomia, in *Dir. succ. fam.*, 2016, pp. 119 ss. e specif. 139 ove si evidenzia che

In questa prospettiva esegetica in riferimento ai patti successori c.d. rinunziativi e dispositivi, giova sottolineare come appaiano non più inderogabili, in quanto i valori fondamentali e immodificabili del nostro Stato repubblicano (art. 139 Cost.) non verrebbero messi in discussione dall'eventuale deroga¹³⁵.

Alla luce delle riflessioni fin qui svolte, non è possibile esimersi dal formulare alcune osservazioni in prospettiva *de lege ferenda*, così da prefigurare le linee direttrici lungo le quali il legislatore è chiamato a muoversi per rispondere alle esigenze emerse nella prassi. Si abbia come *ubi consistam* il principio che l'art. 458 cod.civ. non contiene solo norme inderogabili, ma anche disposizioni cui il legislatore futuro potrà senza dubbio rimodulare, cercando tra l'altro, una continuità interpretativa con il Reg. UE 650/2012 che all'art. 25 riconosce validità ed efficacia ad un patto successorio in Italia, purché regolato dalla legge applicabile alla successione del disponente al tempo della sua conclusione¹³⁶. In quest'ottica pare potersi affermare che la proposta di addivenire all'eliminazione, *sic et simpliciter*, del divieto sancito dall'art. 458 cod.civ. sia da ritenersi non necessaria, né sufficiente. Si tratta di una soluzione non necessaria in quanto, come si è visto analizzando il diritto francese, è certamente possibile ampliare l'autonomia contrattuale in ambito successorio, pur mantenendo in piedi un generale divieto di patti successori. Quanto alla considerazione che la proposta di abolire il divieto non sia sufficiente, essa si spiega considerando la necessità che l'intervento legislativo, da un lato, deve farsi carico di profilare un paradigma legale di patto successorio valido, che funga da alternativa tipica al testamento e che consenta, al contempo, di approntare tutte le cautele necessarie per ovviare agli inconvenienti suscitati dall'introduzione di questa ulteriore forma di devoluzione volontaria¹³⁷. Dall'altro, deve intervenire su profili ulteriori, con particolare riguardo all'azione di riduzione ed alla riserva¹³⁸.

"l'esigenza di tutelare la libertà, l'autodeterminazione del *de cuius* può anche investire un contratto. Di conseguenza non si può escludere la possibilità di ricorrere ad alcune norme del testamento qualora un contratto persegua una funzione *latu sensu* successoria [...] Queste disposizioni, oltre a poter essere contenute in un testamento, possono costituire oggetto anche di un contratto di mandato, sia pure *mortis causa*, destinato a essere eseguito dopo la morte del mandante. [...] premesso che le ipotesi di mandato descritte sono fuori dalla *ratio* del divieto dei patti successori, non si può escludere l'applicazione alle fattispecie indicate non soltanto di alcune regole del mandato, ma anche di alcune norme proprie del testamento. Si pensi al diritto del mandante (*de cuius*), al fine di un adeguato soddisfacimento delle proprie aspirazioni personali e non patrimoniali, di revocare liberamente il mandato durante tutta la sua vita".

135 Cfr. PERLINGIERI G., ZARRA G.: *Ordine pubblico*, cit., p. 196. Sul punto veda anche BETTI E.: *Appunti di Diritto civile*, cit., p. 144, il quale identificava alla base del divieto la tradizione e il costume italiano.

136 Disposizione che conferma ancora una volta come l'applicabilità di una norma straniera che riconosca validità ad un patto successorio, deve misurarsi più che con astratti divieti, con le norme in tema di successione legittima, di autonomia testamentaria oltre che con i principi identificativi del sistema ordinamentale (ordine pubblico interno e internazionale). Sul punto si veda anche PERLINGIERI P., MARINARO G., BARBA V., PERLINGIERI G., in PERLINGIERI P.: *Manuale di Diritto civile*, cit., pp. 1066 ss.; e PERLINGIERI G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 732 ss.

137 Sulla necessità di delineare un modello tipico di patto successorio consentito si sono espressi CACCAVALE C., TASSINARI F.: "Il divieto dei patti successori tra diritto positivo", cit., p. 75, e BORTOLUZZI A.: *Successione nell'impresa*, cit., pp. 881 e ss.

138 In tal senso è interessante richiamare, a titolo di esempio, la proposta che fu presentata dal Consiglio del Notariato (CNN) all'esito del Congresso Nazionale del 2011 di Torino, ma già presentata in occasione del

Materie delicate che da troppo tempo resistono agli insulti riformatori del tempo, invulnerate alle dinamiche che via via si manifestano, inducono pertanto l'interprete ad una riflessione profonda che vada verso "la relativizzazione del procedimento ermeneutico, calato sul piano concreto del bilanciamento degli interessi, e quindi

Congresso Nazionale di Stresa del 1996, poi pubblicata in *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, edita dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2011. Sebbene si sia trattato di un progetto settoriale, in quanto finalizzato alla rimozione dei soli patti rinunciativi, l'iniziativa della categoria notarile si è fatta apprezzare per l'ampio respiro che la caratterizzava, dimostrato dalla circostanza che le modifiche suggerite non investivano solo l'art. 458 cod.civ., ma si compendiarono, altresì, nell'introduzione di un articolo 458 bis, in cui si delineava lo schema negoziale considerato espressamente valido, oltre a toccare, altresì, la portata applicativa dell'azione di riduzione. In particolare, il testo dell'art. 458 cod.civ., per effetto della novella, sarebbe stato così riformulato: "Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis cod.civ. e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi, salvo quanto disposto dall'art. 458 bis cod.civ.". Tale ultima disposizione, rubricata "Patti successori rinunciativi", avrebbe dovuto recitare quanto segue: "Colui che vanta nei confronti di un determinato soggetto una futura prerogativa di erede legittimo o necessario può rinunciare a titolo gratuito o oneroso a diritti specificamente determinati che potranno derivare dalla successione non ancora aperta mediante contratto con la persona della cui futura successione si tratta o atto unilaterale che diviene efficace nel momento in cui giunge a conoscenza della persona della cui futura successione si tratta, ai sensi dell'art. 1334.

Gli atti di cui al primo comma sono ricevuti da notaio alla presenza di due testimoni.

Il contratto rinunciativo può essere sciolto dalle parti per mutuo consenso ai sensi dell'art. 1372 entro il termine di un anno dalla stipula del contratto; la rinuncia può essere revocata dal disponente nel medesimo termine.

Il rinunciante può recedere dal contratto rinunciativo nell'ipotesi in cui la persona della cui futura successione si tratta si è resa inadempiente alla prestazione assunta nel contratto o non ha dato o ha diminuito le garanzie pattuite; la persona della cui futura successione si tratta può recedere dal contratto qualora il rinunciante si sia reso colpevole nei suoi confronti di un atto costituente causa di indegnità ai sensi dell'art. 463.

Il recesso del rinunciante o del soggetto della cui futura successione si tratta possono essere esercitati nel termine di un anno dalla stipula del contratto.

Il contratto e l'atto unilaterale rinunciativo possono essere impugnati solo in caso di dolo o di violenza. L'azione si prescrive in un anno dal giorno in cui è cessata la violenza o è stato scoperto il dolo.

Il contratto e l'atto unilaterale rinunciativo devono essere trascritti presso l'Agenzia del Territorio – Ufficio Provinciale Servizio di Pubblicità Immobiliare competente e devono essere inseriti nell'apposita sezione istituita presso il Registro Generale dei Testamenti.

Se un figlio legittimo, legittimato, adottivo o naturale, o un fratello o una sorella della persona della cui futura successione si tratta rinuncia al diritto successorio l'efficacia della rinuncia si estende ai suoi discendenti.

Nel caso di rinuncia sia a titolo oneroso che a titolo gratuito, la quota spettante all'erede legittimo e/o necessario rinunziante è determinata imputando alla stessa il valore del bene o del diritto oggetto del contratto o dell'atto di rinuncia riferito alla data dell'apertura della successione".

La categoria notarile propose, altresì, di modificare le norme relative ai soggetti che potevano chiedere la riduzione ed al modo di operare la riduzione, incidendo, pertanto, sugli artt. 557 e 559 cod.civ., di seguito riportati: "Art. 557 - Soggetti che possono chiedere la riduzione.

La riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa, nei confronti dei beneficiari delle disposizioni che hanno determinato la lesione.

I legittimari, finché vive il donante, possono rinunciare al diritto di domandare la riduzione di una o più donazioni anche future specificatamente determinate, con dichiarazione espressa ricevuta da notaio resa anche contestualmente alla donazione.

I donatari e i legatari non possono chiedere la riduzione, né approfittarne. Non possono chiederla né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d'inventario."

Art. 559 – Modo di ridurre le donazioni

Le donazioni si riducono cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori.

Il legittimario che abbia rinunciato al diritto di agire in riduzione nei confronti di una o più donazioni, non può chiedere la riduzione delle donazioni anteriori che, in assenza di rinuncia, non vi sarebbero state soggette.

Un progetto di riforma interessante, al quale non è stato dato seguito in ambito legislativo.

anche del procedimento decisionale che ne comporta¹³⁹ e sia guidata dal faro della ormai sempre più imprescindibile "cittadinanza europea".

Sin dalla sua istituzione, infatti, l'Unione europea ha dimostrato di concentrare i propri sforzi uniformatori lungo le ormai celebri quattro direttrici rappresentate dalla "libera circolazione di persone, beni, capitali e servizi". In altre parole molto si è fatto per la creazione di un "mercato comune"¹⁴⁰ e forse, come acutamente sottolineato da autorevole dottrina¹⁴¹, questo interesse per l'aspetto squisitamente economico potrebbe essere stato alla base delle già criticamente esaminate scelte del legislatore italiano allorquando, nel codificare il patto di famiglia, ne ha ristretto l'ambito ai beni strumentali dell'impresa familiare.

Tale visione ormai appare riduttiva: sono maturi i tempi per un approfondimento della tematica come indicato dall'art. 4 TFUE e dall'art. 3, comma 2 TUE laddove parlano della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". In un sintesi della creazione di una cittadinanza europea¹⁴² che, superando i limiti dettati dal mercato economico, possa davvero concretizzare il nobile progetto di una Europa all'interno della quale chiunque, per il solo fatto di esserne cittadino, abbia i medesimi doveri e goda dei medesimi diritti. Cosicché è proprio in "in tale prospettiva, ossia quella di un Europa che superi la dimensione del mercato e si rivolga ai diritti fondamentale dell'individuo, che possono apparire giustificati gli interventi in materie quali il diritto di famiglia, le successioni ed, in generale, il diritto di proprietà"¹⁴³.

139 Cfr. testualmente PERLINGIERI P.: *Conclusioni*, in VALENTINO D. (a cura di): *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, p. 238.

140 Significativo al riguardo l'interesse dimostrato dal legislatore in materia di diritto societario e clausole di continuazione, per le quali si veda, tra gli altri, ACETO DI CAPRIGLIA S.: *La successione nella partecipazione sociale tra diritto successorio e diritto societario nel sistema di Civil law*, in *Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2019.

141 Cfr. TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 399.

142 Sul tema della cittadinanza europea si veda MOCCIA L.: *La cittadinanza europea*, Milano, 2010, pp. 115 ss.

143 Testualmente TRAISCI F.P.: *Il divieto*, cit., p. 400.

BIBLIOGRAFIA

ACETO DI CAPRIGLIA S.: *La successione nella partecipazione sociale tra diritto successorio e diritto societario nel sistema di Civil law*, in *Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2019.

ACETO DI CAPRIGLIA S.: "I 'divieti' di patti successori nel sistema di civil law", in *Quaderni de Il foro napoletano*, 36, 2019.

ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Una nueva y possible forma di delacion hereditaria: el contrato sucesorio", in *Revista boliviana de Derecho*, 22/2016.

ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Le new families: prototipi contemporanei che reclamano nuove tipologie di delazione ereditaria", in *Rassegna di Diritto Civile*, 3/2015.

ACETO DI CAPRIGLIA S.: "Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa", in *Rassegna di Diritto Civile*, 2/2013.

ACETO DI CAPRIGLIA S.: *Nuove frontiere della successione necessaria*, Torino, 2008.

ACHILLE D.: *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012.

AMADIO G.: *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005.

AMELOTTI M.: *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966.

ANN C., KROISS D., MAYER J.: *Erbrecht*, in *BGB Anwaktkommentar*, Bonn, 2004.

ARANGIO RUIZ V.: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978.

AZZARITI G., AZZARITI F.S., MARTINEZ G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979.

BAILLON-WIRTZ N.: *Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future?* in *Droit de la Famille*, 11/2006, Parigi, 2006.

BARBA V.: "Interessi 'post mortem' tra testamento e altri atti di ultima volontà", in *Rivista di Diritto Civile* 2/2017, Milano, 2017.

BEIGNIER B.: "Loi du 23 juin 2006 Acte I: le droit liberal des Liberalites et des avantages matrimoniaux", in *Droit de la Famille*, 11/2006.

BESTA E.: *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935.

- BETTI E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994.
- BETTI E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile italiano*, Torino, 1952.
- BETTI E.: *Appunti di diritto civile*, Milano, 1928-1929.
- BIANCA C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia - Le successioni*, Milano, 2005.
- BIONDI B.: *Istituzioni di diritto romano*, rist. 4a ed., Milano, 1972.
- BIONDI B.: *Diritto ereditario romano, parte generale*, Milano, 1954.
- BONFANTE P.: *Scritti giuridici vari: Famiglia e successioni*, Torino, 1916.
- BONILINI G.: *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, I, Milano, 2009.
- BONILINI G.: *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, III, Milano, 2009.
- BONILINI G.: "Autonomia negoziale e diritto ereditario", in *Rivista del notariato*, I/2000.
- BORTOLUZZI A.: *Successione nell'impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, 2003.
- BURCHIARDI G.C.: *Il sistema e la storia interna del diritto romano privato*, II, Napoli, 1857.
- CACCAVALE C.: *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, Milano, 2006.
- CACCAVALE C., TASSINARI F.: "Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma", in *Rivista di diritto privato*, I/1997.
- CACCAVALE C.: "Il divieto dei patti successori", in *Successioni e donazioni*, Milano, 1991.
- CALOGERO M.: "Disposizioni generali sulle successioni", in *Il codice civile. Commentario, sub. artt. 456-461*, Milano, 2006.
- CALZADA GONZALEZ A., MURILLO VILLAR A., PEREZ-GOMEZ S.C.: *La mancipatio familiae: una forma di testamento?*, Madrid, 2016.
- CAPITANTMARIO H., COLIN A.: *Traité de droit civil. Obligation, t. II*, Parigi, 1959.

CAPOZZI G.: *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2009.

CARIOTA FERRARA L.: *Le successioni per causa di morte*, I, Napoli, 1961.

CAROTA L.: *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008.

CASTALDO A., LEVY J.P.: *Histoire du droit civil*, Parigi, 2002.

CATALA P.: "La loi 23 juin 2006 et les colonnes du temple", in *Droit de la Famille*, II/2006.

CECERE C.: "Patto successorio", in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Aggiornamento, Torino, 2003.

CENDON P.: "Il divieto dei patti successorii", in *Commentario al codice civile, artt. 456 - 712 cod.civ.*, Bologna-Roma, 2008.

CICU A.: *Testamento*, Milano, 1951.

COMMONS J.: *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981.

COSENTINO F.: "Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati", in *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, I/1993.

COVIELLO JR. L.: *Diritto successorio*, Bari, 1962.

COVIELLO JR. L.: *Appunti di diritto successorio*, Bari, 1956.

COVIELLO N.: *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935.

DE GIORGI M.V.: "Patto successorio", in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982.

DE GIORGI M.V.: *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

DE NOVA G.: "Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola", in *Rivista di diritto agrario*, I/1979.

DI FABIO M.: *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, Padova, 2011.

FERRARI V.: *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972.

FERRI G.B.: "I patti delle successioni future", in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984.

FERRI L.: "Disposizioni generali sulle successioni", in *Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Libro II, delle successioni (artt. 456-511)*, Bologna-Roma, 1964.

FLEMING J.G.: "Changing functions of succession laws", in *American Journal of Comparative Law*, 2/1978.

FRANZINA P., LEANDRO A.: "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa", in *Nuove leggi civili commentate*, 2/2013.

GALASSO A.: *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974.

GAMBARO A., SACCO R.: *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, Milano, 2018.

GANGI C.: *La successione testamentaria*, I, Milano 1952.

GAZZONI F.: "Patti successori: conferma di una erosione", in *Rivista del notariato*. 1/2001.

GERBO F.: "Patti successori", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXII, Roma, 2009.

GIAMPICCOLO G.: "Atto mortis causa", in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, 1959.

GIAMPICCOLO G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.

GIANNATTASIO C.: "Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime", in *Commentario al Codice Civile*, Torino, 1959.

GRIMALDI M.: *Droit Civil. Successions*, Lamec, 2001.

GUARNIERI A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di Diritto civile*, Padova, 1974.

HARTKAMP A.S., HONDIUS E.H.: *Towards a European Civil Code*, 3^a ed., Alphen aan den Rijn, 2004.

HARTKAMP A.S., HONDIUS E.H.: "The case-law of the European Court of Justice and National Courts as a contribution to the Europeanisation of Private Law", in *European review of private law*, 2/1995.

LEVA M.: *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008.

LEVA M.: "I fenomeni c.d. parasuccessori", in *Rivista del notariato*, 5/1988.

KASER M., KNUTEL R.: *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., München, 2003.

KLAUER I.: *Die Europäisierung des Privatrechts*, Baden-Baden, 1998.

LENZI R.: "Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma", in *Rivista del notariato*, 6/1989.

LEPRE A.: "Sull'applicabilità dell'art. 1424 cod. civ. ai patti successori istitutivi", in *Vita notarile*, 2/1984.

LEPROVAUX J.: "La place de la famille dans la mise en oeuvre du mandat de protection future et du mandat posthume", in *Rev. Jur. Persones et Famille*, 9/2006.

LISERRE A.: "Quid novi in tema di successioni *mortis causa*?", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, Milano, 1997.

LUCCHINI GUASTALLA E.: "Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemior al patto di famiglia", in *Rivista di diritto civile*, 3/2007, Milano, 2007.

MAGLIUOLO F.: "Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale", in *Rivista del notariato*, 6/1992, Milano, 1992.

MARELLA M.R.: "Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1991.

MARTINEZ M.: "Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne", in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, 2008.

MAZZONI E., PACIFICI V.: *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza, Trattato delle Successioni, Parte prima, Devoluzione della eredità*, vol. I, Delle successioni legittime, Firenze, 1895.

MENGONI L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 1999.

MESSINEO F.: *Il contratto in generale*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973.

MESSINEO F.: *Manuale di diritto civile e commerciale, Diritto delle Successioni per causa di morte. Principi di diritto privato internazionale*, Milano, 1952.

MOCCIA L.: *La cittadinanza europea*, Milano, 2010.

MOSCO L.: *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947.

PALAZZO A., SASSI A.: *Trattato della successione e dei negozi successori*, Torino, 2012.

PALAZZO A.: *Osservazioni sulla centralità del testamento*, in *Diritto privato 1998*, IV, *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova, 1999.

PALAZZO A.: *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

PERLINGIERI G., ZARRA G.: *Ordine pubblico interno e internazionale, tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

PERLINGIERI G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", in *Rivista di Diritto Civile*, 2/2018.

PERLINGIERI G.: *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" ed unitarietà degli atti di autonomia*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 4/2016, Milano, 2016.

PERLINGIERI P.: *Manuale di Diritto civile*, Napoli, 2018.

PERLINGIERI P.: *Conclusioni*, in *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018.

PRETTO A.: *Strumenti finanziari. La nuova proprietà*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4/2000, Napoli, 2000.

PUGLIATTI S.: "Autonomia privata", in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.

PUTORTI V.: *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001.

RESCIGNO P.: "Le possibili riforme del diritto ereditario", in *Giurisprudenza italiana*, 8/9/2012.

RESCIGNO P.: "Attualità e destino dei patti successori", in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.

RESCIGNO P.: "Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori", in *Vita notarile*, 3/1993.

RODOTÀ S.: "Ipotesi sul diritto privato", in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.

ROLFO U.M.: *Il divieto dei patti successori*, Macerata, 2017.

ROPPO V.: "Per una riforma del divieto dei patti successori", in *Rivista di diritto privato*, I/1997.

RUGGERI A.: "Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale", in *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

SACCO R.: "Autonomia nel diritto privato", in *Digesto delle discipline privatistiche (Sezione civile)*, I, Torino, 1987.

SANTORO PASSARELLI F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

SCHLESINGER P.: "Successioni (dir. civ.)", in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1972.

SCIALOJA V.: *Diritto ereditario romano, concetti fondamentali*, Roma, 1915.

SMITS J.: *The making of European Private Law. Towards a lus Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Oxford, 2002.

STUCCHI L.: "L'art. 768 bis cod.civ., fattispecie e disciplina", in *Il patto di famiglia*, Torino, 2007.

TALAMANCA M.: *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

TEODORA MASUCCI S.: "Le successioni *mortis causa* in generale", in *Diritto Civile*, II, Milano, 2009.

TOTI B.: "La nullità del testamento esecutivo del patto successorio", in *Rivista del notariato*, 9/1985.

TRABUCCHI A.: "L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative", in *Rivista di diritto civile*, I/1970.

TRAISCI F.P.: *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014.

TROMBETTA PANIGADI F.: "La successione *mortis causa* nel diritto internazionale privato", in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, V, Milano, 2009.

TWIGG-FLESNER C.: *The Europeanisation of Contract Law*, London, New York, 2008.

VIDIRI G.: "I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori", in *Giustizia civile*, 9/2010.

VISMARA G.: *Storia dei patti successori*, Milano, 1986.

VISMARA G.: "I patti successori nella dottrina di Bartolo", in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. IV, Milano, 1962.

WINDSCHEID B.: *Diritto delle pandette*, III, Torino, 1930.

ZACCARIA A.: *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988.

ZANCHI G.: "Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori", in *Jus Civile*, 10/2013.

ZOPPINI A.: "Le successioni in diritto comparato", in *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 2002.

ZOPPINI A.: "Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta", in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998.

ZOPPINI A.: "Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", in *Rivista di diritto civile*, 1/2000.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LIBERTAD PARA
TESTAR

PERSONS WITH DISABILITIES AND FREEDOM OF TESTATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 448-471



Paloma DE
BARRÓN
ARNICHES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 22 de noviembre de 2019

RESUMEN: Esta comunicación se presenta en relación con la ponencia sobre la posible reforma del Código civil en materia de discapacidad, que tuvo lugar en el VIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Nuevas tendencias legislativas y jurisprudenciales en materia de discapacidad, familia y sucesiones”. En ella se realiza un análisis crítico de la vigente norma civil contenida en el CC, comparando esta normativa con la contenida en el CC de Cataluña, así como analizando la jurisprudencia más reciente en materia de capacidad para otorgar testamento notarial, que afecta a las personas que padecen alguna discapacidad, física o psíquica.

PALABRAS CLAVE: Testamento notarial; discapacidad; cabal juicio; capacidad natural; discernimiento; modificación judicial de la capacidad.

ABSTRACT: *This communication is presented in connection with the possible reform of the Spanish Civil Code on disability. This question was analysed at the VIII International Congress of Family Law: “New legislative and jurisprudential trends in disability, family and inheritance.” This paper carries out a critical analysis of the current civil norm of the CCE, comparing this regulation with the CCCat, as well as analysing the most recent jurisprudence regarding the ability to make a will, when the testator is a person who suffer some physical or psychic disability.*

KEY WORDS: *Notarial will; disability; right mind; natural capacity; discernment; judicial modification of capacity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A OTORGAR TESTAMENTO.- 1. Cómo lo aborda el Derecho sucesorio. Tratamiento legal de las diferentes formas de discapacidad.- 2. Cómo lo abordan los tribunales en los procedimientos de modificación de la capacidad.- III. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR EN EL CASO DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN OÍR O QUE NO PUEDEN VER.- IV. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS QUE PADECEN UNA MERMA DE SUS FACULTADES DE DISCERNIMIENTO.- 1. El juicio del notario sobre el discernimiento del testador.- 2. Las personas vulnerables no sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad.

I. INTRODUCCIÓN.

Según el último “Informe mundial sobre la Discapacidad” de la OMS, más de mil millones de personas en el mundo padecen alguna forma de discapacidad y casi doscientos millones de individuos experimentan dificultades considerables en su funcionamiento¹. Asimismo, el citado documento pone de manifiesto que, en los años venideros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su importancia cuantitativa está aumentando fruto del creciente envejecimiento de la población y del incremento de las enfermedades crónicas. Por lo que respecta a España, la última “Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia” (EDAD) del Instituto Nacional de Estadística (INE) determina que el número de personas con discapacidad alcanza aproximadamente los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población española². Sin embargo, pese a la importancia cuantitativa y cualitativa de este fenómeno, existe acuerdo en destacar la obsolescencia de la norma civil relativa a la protección de las personas con alguna discapacidad.

La Convención de Nueva York³ entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008 y, desde entonces, forma parte de nuestro derecho interno y prevalece sobre éste, tal y como establece el artículo 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de

1 Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 2011: www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

2 Nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 4 de noviembre de 2008, relativo a la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia: www.ine.es/prensa/np524.pdf

3 Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 3 de mayo de 2008.

tratados internacionales⁴. Además, es principio inspirador para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución⁵.

En cuanto a su contenido, cabe destacar que su artículo primero deja bien clara la finalidad de este instrumento internacional: “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”. De esta declaración de voluntad puede desprenderse la clara vocación de integración de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comunidad Internacional, a través de la sustitución del modelo médico rehabilitador por el modelo social de discapacidad⁶. Ello implica que ha quedado absolutamente desfasado el planteamiento tradicional basado en la idea de que la discapacidad ha de entenderse en términos de enfermedad o ausencia de salud. Así, partiendo del principio básico de igualdad y no discriminación y siguiendo el modelo de integración de las personas en situación discapacidad, se prevén un conjunto de obligaciones o compromisos asumidos por los Estados parte, que se orientan a mejorar la situación social y jurídica de las personas con discapacidad.

En este contexto, el presente trabajo abordará un aspecto muy concreto del Derecho sucesorio, el derecho a otorgar testamento notarial para organizar la propia sucesión, en la medida en que puede verse afectado cuando pretende ejercitarse por una persona con discapacidad. El testamento es un acto personalísimo en el que no cabe la representación ni el complemento de capacidad y, por esta causa, es lógico que deba ser objeto de la decisión de los jueces que resuelven los procedimientos de modificación de la capacidad. Asimismo, el legislador debería dar una respuesta clara de protección con el objetivo de lograr que toda persona que tengan el suficiente discernimiento para ello en el momento de realizar el testamento notarial, pueda ejercer este derecho sin inconvenientes innecesarios.

El artículo 12 de la Convención hace referencia al igual reconocimiento como persona ante la ley que debe procurarse a las personas con alguna discapacidad y, al respecto, en el mes de abril de 2019 el informe del Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad insistió en su preocupación ante

4 Art. 31: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

5 Art. 10.2 CE. Véase también, GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español: la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

6 PALACIOS, A.; BARRIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pp. 15-24 (hay versión en internet de esta obra en el siguiente enlace: <https://www.cermi.es/es/colecciones/volumen-4-la-discapacidad-como-una-cuesti%C3%B3n-de-derechos-humanos-una-aproximaci%C3%B3n-la>); JIMÉNEZ LARA, A.: “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes”, en AA.VV.: *Tratado sobre discapacidad* (dir. por R. DE LORENZO GARCÍA, L. C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2007, pp. 177-189.

un Código Civil español que contempla la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantiene la sustitución en la adopción de decisiones⁷. Sin embargo, lo cierto es que el Código civil (CCE) se encuentra en proceso de reforma en materia de discapacidad con un planteamiento claramente más acorde con el mandato contenido en la norma internacional, y lo mismo ocurre con algunas normativas civiles autonómicas como la contenida en el Código civil de Cataluña (CCCat). A todo ello me referiré en las próximas líneas.

II. EL DERECHO A OTORGAR TESTAMENTO NOTARIAL.

I. Cómo lo aborda el Derecho sucesorio. Tratamiento legal de las diferentes formas de discapacidad.

La OMS sostiene que la discapacidad “es un término general que abarca las deficiencias -esto es, los problemas que afectan a una función corporal-, las limitaciones de la actividad -que son dificultades para ejecutar acciones o tareas- y las restricciones de la participación -que hacen referencia a las limitaciones para participar en situaciones vitales-”⁸. Luego, nos encontramos ante un fenómeno complejo con muy distintas vertientes, según se trate de una discapacidad física o motriz, una discapacidad mental, intelectual o psíquica o, en tercer lugar, una discapacidad sensorial consistente en la pérdida o atenuación de una o varias funciones sensoriales del ser humano. Además, cabe considerar como una forma específica de discapacidad, aquella que se deriva del paso de los años, entendida como un conjunto de limitaciones asociadas a la edad que, en ocasiones y en función del sujeto, pueden ser incapacitantes en sentido jurídico, o no serlo⁹. Ello implica que el legislador deba dar respuestas diferentes a distintos problemas, dado que el principio de no discriminación no aboca a tratar de forma igual a los desiguales, sino al contrario, tal y como ha señalado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Cam contra Turquía*, de 23/2/2016¹⁰.

7 “Recordando su observación general núm. 1 (2014) (Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley), el Comité recomienda que el Estado parte derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad”. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, de 9 de abril de 2019, consultable en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fCO%2fES-P%2fCO%2f2-3&Lang=en

8 Vid. Web oficial de la Organización Mundial de la Salud: www.who.int/es

9 Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: “El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad”, *Revista de Bioética y Derecho*. 2019; núm. 45, pp. 127-147.

10 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos alude a la necesaria distinción entre discriminación y trato desigual. En este sentido, la Corte asevera que la discriminación implica tratar de forma distinta a personas que se hallan en situaciones homogéneas, careciendo de una justificación objetiva y razonable; mientras que el trato desigual supone tratar de forma desemejante a sujetos que se encuentran en situaciones distintas, concurriendo un objetivo legítimo y respetando, en todo caso, el principio de proporcionalidad. Lo único que está vedado es la discriminación, de modo que el trato desigual a determinados colectivos

En cuanto al Derecho de sucesiones, cabe señalar que la vigente regulación del testamento notarial diferencia la discapacidad sensorial (ante la que, en sede de requisitos formales del testamento notarial abierto, establece la intervención de dos testigos), y la discapacidad psíquica (ante la que, en sede de capacidad para testar, establece la intervención de dos facultativos).

Así pues, las previsiones contenidas en el CCE parten de la presunción general de capacidad contenida en el artículo 662, según el cual “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. El artículo 663 CCE enuncia quiénes son esas personas a las que la ley les prohíbe testar: los menores de catorce años y los que habitual o accidentalmente no se hallan en su cabal juicio, siempre sin olvidar que esta situación se ha de referir, concretamente, al momento de otorgar el testamento, no a momentos anteriores o posteriores, que resultan irrelevantes a estos efectos¹¹. De este precepto se desprende que el hecho de padecer una determinada patología que afecta a la aptitud de autogobierno no es, en principio, causa bastante para anular la posibilidad de otorgar testamento, puesto que la formalización de este negocio jurídico únicamente exige que, en el concreto momento de ordenación de la sucesión, el sujeto tenga conocimiento de sus actos y de la repercusión de los mismos, al margen de su historial clínico¹². El legislador catalán, por su parte, se refiere a la “capacidad natural”¹³. Así, reitera la presunción iuris tantum de capacidad de la norma estatal y prohíbe realizar este negocio jurídico mortis causa a los menores de catorce años y a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. Parece más adecuada esta expresión frente a la de cabal juicio utilizada por el CCE, más arcaica e imprecisa. Pero en un caso y en otro, lo que puede afirmarse es que la condición de persona con discapacidad no trae consigo la pérdida automática de la capacidad para testar, sino que ésta deberá ser enjuiciada en cada caso concreto y en el momento preciso de testar, por el notario autorizante del testamento.

No obstante, en efecto, las situaciones de discapacidad pueden llegar a incidir en la actuación del notario, que debe proceder de forma distinta en función de si la persona tiene o no modificada su capacidad de obrar. Si no hay sentencia

sociales, entre los que se encuentran las personas en situación de discapacidad, es absolutamente legítimo y razonable. STEDH (Sección 2ª). Çam c. *Turquía* 23 febrero 2016, nº 51500/08 (JUR 2016, 50665).

- 11 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Comentario al artículo 663 CCE”, en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters (Aranzadi), Madrid, 2016, vol. II, pp. 266-274.
- 12 Señala MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 41, con abundante cita de jurisprudencia al respecto, que para apreciar la incapacidad del testador como consecuencia de una demencia o de cualquier otra enfermedad mental es indispensable acreditar de modo concluyente la falta de capacidad natural para testar, pues solo así podrá destruirse la presunción de validez del testamento, cfr. de la misma autora, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, núm. 43, pp. 169-179.
- 13 Cfr. Art 421-4 CCCat. Y la recientemente aprobada Ley Foral de Navarra 21/2019 añade: “capacidad natural de entender y querer” (Ley 184), así se expresa también, entre otras, la SAP Alicante 29 junio 2016 (ROJ: SAP AL 1920/2016).

de modificación de la capacidad, el notario simplemente debe comprobar si el otorgante es consciente de lo que está haciendo y de sus consecuencias. En caso de duda, cabe que decida valerse de uno o de varios dictámenes médicos que le ilustren y ayuden en su tarea de apreciación de la capacidad del testador. Por el contrario, en el supuesto de que la persona tenga restringida su capacidad de obrar por decisión judicial, el notario debe comprobar si la sentencia contiene un pronunciamiento acerca de la capacidad para otorgar testamento. Si el fallo de la resolución anula dicha aptitud de forma expresa, el notario no autorizará el otorgamiento del testamento. En cambio, si dicho veredicto no se manifiesta sobre la capacidad de la persona para disponer mortis causa de sus bienes, el notario está legitimado para autorizar el testamento si lo estima oportuno. Ahora bien, esta posibilidad queda sometida a la condición de que dos facultativos reconozcan al testador y dictaminen a su favor con carácter previo a la autorización notarial del testamento¹⁴.

El CCCat establece un régimen parecido, aunque de forma menos taxativa, de manera que pueden generarse ciertas dudas sobre la eficacia de un testamento que se realizara con el juicio favorable de capacidad del notario, pero por ejemplo, con un solo informe médico favorable, o con un certificado del médico de cabecera. El objetivo del legislador es reafirmar que, aunque la asistencia de dos médicos profesionales tiene carácter preceptivo, la decisión acerca de la autorización del testamento corresponde única y exclusivamente al notario, es decir, lo relevante es que el testador tenga capacidad natural, y no los medios de los que se vale el notario para formar su juicio al respecto. Aunque el redactado de la norma es poco claro.

Así, el artículo 421-9 del CCCat prevé dos escenarios distintos de intervención de facultativos en el acto de otorgamiento del testamento, en función de si el testador tiene o no modificada su capacidad de obrar por sentencia firme. En este sentido, el citado precepto determina que, si la persona goza de plena capacidad de obrar, al no haber sido privada de ésta judicialmente, la intervención de dos especialistas en medicina tiene carácter esencialmente potestativo, pues el notario no está obligado a solicitar su asistencia. A sensu contrario, cuando la persona tiene limitada su capacidad de obrar por haber sido sometida a un procedimiento judicial de modificación de la misma, la presencia de dos facultativos deviene preceptiva, aunque no se establece que el juicio médico deba resultar unánimemente favorable a la capacidad del testador, como en cambio sí ocurre en el CCE¹⁵.

14 Cfr. Art. 665 CCE. Entre los autores, SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113.

15 Esta disposición ya se hallaba en la norma catalana precedente, en el art 116 del Codi de Successions, pero la reforma de 2008 que promulga el Libro IV del CCCat, clarifica su contenido dejando claro cuando es necesario el recurso a los facultativos. Recoge así las críticas de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales catalanes. Véase por ejemplo la SAP Lleida 13 abril 2000 (AC 2000, 892), que interpretaba de la siguiente forma el precedente legislativo: "El art. 116 del Código de Sucesiones no impone como

También podría ocurrir que, aunque los facultativos emitan un dictamen favorable, el notario no lo vea claro y decida negar su autorización.

Este amplio margen de discrecionalidad que la norma concede a la autoridad notarial en Cataluña trae causa del hecho de que en el juicio de capacidad no sólo influyen las cualidades intelectuales del otorgante, sino también el principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad, que consiste en promover y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad. Esta previsión legal, eminentemente incluyente, refleja la voluntad del legislador catalán de que toda persona organice su sucesión, impidiendo la aplicación defectiva de las reglas de la sucesión intestada, incluidos aquellos sujetos que sufren una determinada enfermedad o deficiencia persistente que afecta a la capacidad de autogobierno. Esta es la doctrina tradicional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tal y como recoge en la sentencia de 21 junio 1990, con base en el principio tradicional de “favor testamenti”: “toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario”¹⁶.

Junto a ello, cabría preguntarse si el contenido del testamento en cada caso, es decir, el contenido y alcance de las disposiciones testamentarias que el sujeto desea realizar pueden resultar un elemento relevante para apreciar su capacidad, ¿puede el notario apoyarse en este dato y concluir, por ejemplo, que un testamento de contenido sencillo requiere un menor rigor en la exigencia de capacidad de entender y querer del testador, que un testamento de gran complejidad jurídica en sus disposiciones? ¿puede considerar también como dato relevante, la identidad de las personas favorecidas por el testamento, y su relación con el testador? ¿o el contenido de las disposiciones testamentarias realizadas en ocasiones anteriores, por el testador? A mi juicio, está claro que el notario efectúa su juicio sobre la capacidad del testador con base en un conjunto de circunstancias que rodean a esta persona, y que cuánto mejor la conozca, más posibilidades tiene de acertar en su decisión. Las normativas sucesorias del CCE y del CCCat guardan silencio sobre este aspecto, pero la jurisprudencia ha valorado reiteradamente el valor del

solemnidad adicional la intervención de los dos facultativos cuando no se trata de una persona incapacitada judicialmente. Puede ser una medida aconsejable para evitar pleitos, pero no constituye obligación del notario. Obsérvese que no se contiene previsión sobre qué sucede cuando los facultativos opinan de diversa manera entre sí respecto de las facultades mentales o respecto del criterio del notario, y que una interpretación distinta del artículo chocaría frontalmente con la presunción de capacidad que se deriva del art. 103 del mismo Código de Sucesiones. Sigue quedando a juicio del notario el juicio de capacidad del testador, sin perjuicio, insistimos, que en caso de duda es aconsejable acudir al criterio de los facultativos, por más que pueda resultar aún más azaroso un parecer opuesto entre ellos”. Entre la doctrina véase, Jouis MIRABENT, L.: “Comentari de l’art. 421-9. Intervenció de facultatius”, en AA.VV.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (coord. por J. EGEA i FERNÁNDEZ, J. FERRER i RIBA), Atelier, Barcelona, 2009, vol. I, pp. 184-188.

16 STSJ Cataluña 21 junio 1990 (RJ 1994, 9031).

contenido de las disposiciones testamentarias, como elemento relevante en los litigios sobre la capacidad del testador¹⁷.

Por todo ello, parece lógico plantearse el acierto de una normativa sucesoria que incide únicamente en el papel de los facultativos, en el aspecto médico como elemento determinante de la capacidad de discernimiento del testador, hasta el punto de que pueda llegar a concluirse que son estos los que, en último término, tienen el poder de decisión cuando el sujeto ha sido sometido a un procedimiento de modificación de la capacidad. Llevado hasta el extremo, la consecuencia sería que cualquier persona –aun la que hubiera resultado sometida a una modificación de su capacidad de obrar– podría exigir al notario que autorizara su testamento, siempre que acudiera a él provisto del dictamen favorable de dos facultativos. Nada más lejos del verdadero sentido de la norma¹⁸.

En segundo lugar, la discapacidad sensorial también se considera objeto de protección, tanto en el CCE como en el CCCat, no porque estas personas sean consideradas en absoluto incapaces para otorgar un testamento, sino porque se entiende que precisan de ciertos apoyos personales consistentes en la presencia de dos testigos idóneos en el momento del otorgamiento. Esta cuestión se califica acertadamente como lo que es, una formalidad necesaria, pero nunca un complemento de la capacidad del testador. El artículo 697 del CCE exige la intervención de dos testigos instrumentales en caso de que el testador padezca ceguera y/o sordera. Dichos testigos tienen la función de comprobar que la voluntad de la persona, manifestada oralmente, coincide con lo enunciado en el texto del testamento. Por su parte, el artículo 421-10 del CCCat establece una presunción general de que “en l'atorgament del testament notarial no cal la intervenció de testimonis, llevat que concorrin circumstàncies especials en el testador o que aquest o el notari ho demanin” y, en su apartado segundo, especifica a qué supuestos se refiere: “concorren circumstàncies especials en el testador si és cec o sord i si per qualsevol causa no sap o no pot signar o declara que no sap o no pot llegir per si mateix el testament”. Al respecto, se ha entendido, –especialmente por parte de las asociaciones que defienden los derechos de las personas con discapacidad-¹⁹, que esta exigencia de testigos resulta discriminante

17 Cfr. SSTs 22 enero 2015 (ROJ: 195/20115) y 7 julio 2016 (ROJ: 3123/2016).

18 Y así, señala GARCÍA RUBIO, M. P., en relación con la proyectada reforma del art. 665 CCE: “Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, de suerte que no estará vinculado por el dictamen de los especialistas. Es más, considero que, en muchos casos, especialmente ante los testamentos que pudiéramos llamar sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades de comprensión que una persona pudiera tener. Creo firmemente que tal intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPC”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. 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*, 2018, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 176.

19 Informe CERMI, enero 2017.

en tanto que supone una carga añadida, amén del riesgo que entraña de vulnerar la privacidad del testador por la presencia de terceros que se hacen conocedores de su voluntad mortis causa. A mi juicio, esta percepción es ciertamente equivocada, puesto que los testigos realizan una función de apoyo que, en último término, protege la libertad para testar de la persona con discapacidad sensorial. A ello me referiré en el siguiente apartado, si bien dejo ya apuntado que sí me parece, más respetuosa en las formas, la fórmula empleada por el legislador navarro, que prescinde de la terminología “ciego” y la sustituye por la expresión más general “persona que no puede leer por sí”²⁰.

2. Cómo lo abordan los tribunales en los procedimientos de modificación de la capacidad.

La jurisprudencia siempre constituye el termómetro de la realidad jurídica que en cada caso se analice y así, con respecto a la discapacidad refleja la actualidad de la cuestión, y lo complejo que puede resultar dar solución a cada caso concreto²¹.

El procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar indefectiblemente ha de concluir con una sentencia que declare si la persona demandada goza o no de capacidad suficiente para regir su persona y sus bienes. Sólo en caso de que se aprecie una escasa aptitud del sujeto para realizar eficazmente actos jurídicos, la autoridad judicial deberá coartar su capacidad de obrar, concretando la extensión y los límites de la restricción acordada²², y especificando el régimen de guarda y custodia al que la persona demandada deberá quedar sometida.

Tradicionalmente se ha diferenciado entre la modificación total de la capacidad de obrar y la restricción parcial, limitada o atenuada de la misma²³. La primera corresponde a las situaciones en que la persona demandada ha de ser privada de realizar válidamente actos jurídicos de forma íntegra, ya que padece una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que anula su capacidad de autogobierno, reduciendo su situación jurídica a la que corresponde a un menor de edad. Por el contrario, la modificación parcial de la capacidad de obrar se

20 Ley 185 FN. “Intervención y número de testigos. Será necesaria la intervención de testigos: I. En el testamento abierto notarial, y en número de dos, cuando: a) El testador o el notario lo soliciten. b) El testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. c) El testador declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. En tal caso, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.”

21 Cfr. STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1090) como la más paradigmática, aunque las audiencias ya llevan tiempo pronunciándose sobre este problema: SAP Cantabria 6 marzo 2018 (JUR 2018, 99744), SAP Valencia 15 diciembre 2017 (JUR 2018, 61592) y SAP Barcelona 10 octubre 2017 (JUR 2018, 4067).

22 Art. 760, I LEC.

23 RIBOT IGUALADA, J.: “La incapacitació, l'assistència i altres situacions relatives a persones majors d'edat”, en AA. VV.: *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, (coord. por A. VAQUER ALOY), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 266-269.

decreta cuando simplemente se requiere la restricción de la capacidad para efectuar determinados actos concretos. En este último caso, la autoridad judicial debe graduar la falta de capacidad del sujeto, ciñendo la limitación de la capacidad de obrar a determinadas esferas de su actividad diaria.

El método de confección del veredicto de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar ha sufrido una importante evolución, en gran medida como consecuencia de la Convención de Nueva York. A principios del siglo XXI, el poder judicial priorizaba la incorporación de menciones genéricas a facetas o esferas de la autonomía personal o patrimonial, con el objetivo de evitar que una lista de actos que pretendía ser exhaustiva omitiese algunos otros por descuido o falta de previsión²⁴. No obstante, esta concepción colisionaba frontalmente con las exigencias de concreción e individualización contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según la cual la sentencia debe ser un traje a medida. El Juzgado o Tribunal de instancia competente debe conocer muy bien la concreta situación de la persona demandada, “cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales o patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”²⁵. Mediante este análisis indagatorio del estado del sujeto, se logra un adecuado engranaje entre la situación real de la persona y el fallo de la sentencia, pues la autoridad judicial puede adquirir una convicción clara de cuál es la situación de la persona y, por lo tanto, de cuáles son las carencias que debe cubrir la institución de protección.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la Convención pretende que el Juez o Magistrado se implique de una manera importante en el procedimiento, para así efectuar un concreto e individualizado juicio de capacidad. De hecho, “entre las pruebas previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante”²⁶, hasta tal punto, que el juez no puede enjuiciar la capacidad sin haber explorado previamente las facultades cognitivas y volitivas de la persona demandada para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de la misma. Así, el Juez o Magistrado de la jurisdicción civil asume un rol protagonista en el desarrollo del procedimiento objeto de estudio.

A la luz de estas obligaciones impuestas por la citada norma internacional y rompiendo con la visión anterior, el Tribunal Supremo, desde la STS 29 abril 2009²⁷, entiende que el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar “no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta

24 SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela*, cit., pp. III-III2.

25 STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), FJ 6°.

26 STS 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934) FJ 2°, y STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760), FJ 5°.

27 STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901).

necesidad de protección de la persona afectada". Esta característica meramente procesal se plasma en la graduación de la capacidad de obrar, que "puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas"²⁸. Añade el Tribunal Supremo²⁹ que, para que los sistemas de protección legalmente previstos funcionen adecuadamente, es preciso realizar "una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución". Por último, conviene poner de relieve que la modificación de la capacidad de obrar "no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio"³⁰. Consiguientemente, las normas de nuestro Ordenamiento deben interpretarse bajo la consideración de que la persona con la capacidad modificada judicialmente sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, y que la alteración de su estado civil no es más que una forma de protección que depende exclusivamente de "la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno"³¹.

En la práctica nos encontramos con sentencias que enumeran los actos concretos para los que es necesario que la persona cuente con algún tipo de refuerzo o representación de otra persona, y otras que proceden a la inversa, declarando una restricción general de la capacidad del sujeto, salvo para una serie de actos. Estas últimas no están, por tanto, personalizadas, sino que tienden a establecer parámetros demasiado generales (idénticos a los que aparecen en otras resoluciones judiciales), como si la Convención de Nueva York no afectara al Estado español³². En cuanto a las que sí se detienen a enumerar los actos concretos para los que el sujeto precisará de la intervención de un curador nos encontramos con que algunas de ellas no dicen nada sobre el testamento notarial³³. En este caso tendríamos que entender, siguiendo los principios inspiradores de la Convención, que el sujeto puede hacer todo aquello que no le haya sido expresamente prohibido, pero en este caso surge el interrogante respecto al alcance de determinados conceptos empleados por los tribunales, tales como "esfera patrimonial", "ámbito económico-contractual", "actos de disposición de sus bienes". Respecto a este último concepto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 15 marzo

28 Cfr. SSTS 28 abril 2009 (RJ 2009, 2901); 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518) y 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934).

29 STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311).

30 STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901).

31 SSTS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518) y 7 marzo 2018, (RJ 2018, 934).

32 A modo de muestra véase SAP Asturias 18 julio 2016 (AC 2016, 1524), SAP Pontevedra 17 octubre 2017 (AC 2017, 1426), SAP Barcelona 16 septiembre 2014 (JUR 2014, 268655) y SAP Madrid 23 septiembre 2009 (AC 2009, 2096). La SAP Murcia 6 junio 2016 (ROJ: SAP MU 1359/2016) presenta la particularidad de que revoca la Sentencia de Primera instancia en la que expresamente se prohibía al sujeto otorgar testamento, pero después establece una modificación parcial de la capacidad sin mencionar la capacidad para testar.

33 Por ejemplo, SAP Barcelona 17 enero 2018 (AC 2018, 16), SAP Valladolid 28 enero 2008 (AC 2008, 525) y SAP León 24 julio 2017 (ROJ: SAP LE 1327/2017).

2018³⁴, según la cual la exigencia de la intervención de un curador para realizar actos de disposición no priva automáticamente de la capacidad para otorgar testamento y, así, el testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades legales, y no se desvirtúa el juicio de capacidad favorable del notario, mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

A pesar de todo, entiendo que los fallos de las sentencias deberían contener el listado de actos que no se permiten realizar al sujeto cuya capacidad se haya modificado, y mencionar expresamente también aquellos que sí pueden hacerse y para los que podría suponer algún problema la propia sentencia de modificación de la capacidad (por ejemplo, la facultad de otorgar testamento notarial). De esta forma, se facilitaría la tarea del notario en la aplicación de la norma civil sucesoria, puesto que lo que está fuera de toda duda es que, si el juez prohíbe testar, el notario no puede después autorizar un testamento válido. Pero si el juez no lo hace, porque expresamente lo autoriza o porque no dice nada al respecto, la validez del testamento dependerá del juicio de capacidad emitido por el notario en el momento concreto en que el sujeto lo otorga. Porque solo del notario es en último término esta responsabilidad, y así lo pone de manifiesto de forma gráfica la Sentencia de la Audiencia de Palencia, 5 octubre 2016 cuando señala: “Por el contrario de lo decidido en relación a la incapacidad de don Hugo para la realización de actos que se han determinado en los apartados III y IV de este fundamento, se declara que sí puede otorgar testamento por sí. Lo hacemos así porque consideramos que ello supone habilitar una forma de disposición patrimonial que cuenta en su favor no sólo con que la afectación mental en don Hugo no es absoluta, sino también con que cualquier disposición testamentaria que pudiera realizar está garantizada por la intervención del fedatario público autorizante, quien tiene obligación expresa de percibirse del estado mental de quien lo realice”³⁵.

En la misma línea, es necesario hacer constar que las sentencias más recientes, aproximadamente desde el año 2016 en adelante, muestran una clara tendencia a permitir el ejercicio de su derecho a otorgar testamento a los sujetos sometidos a modificación parcial de la capacidad³⁶. El problema está en que algunas de ellas

34 STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1090).

35 SAP Palencia 5 octubre 2016 (AC 2016, 1873).

36 Se ha trabajado en este estudio con dos muestras de resoluciones judiciales: una primera muestra consistente en 70 sentencias de los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados mixtos de Primera Instancia e Instrucción de nuestro país, que son los que mayoritariamente resuelven los procedimientos de modificación de la capacidad. De ellas, 20 sentencias son anteriores a la entrada en vigor de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en España y 50 son posteriores al año 2008, en el que la Convención entró en vigor en nuestro país. Se evalúa el nivel de cumplimiento de las exigencias fijadas por la Convención, y se extraen, entre otras, las siguientes conclusiones: 1, con carácter previo a la promulgación de la norma internacional se optaba por la inclusión defectiva de cláusulas generales y abstractas, de modo que, ante el riesgo de que la persona careciese de capacidad suficiente para formalizar un determinado negocio jurídico, se exigía en todo caso la presencia del tutor o curador asignado. 2, en

establecen la necesaria intervención del curador en el otorgamiento³⁷. Con esta decisión los tribunales están evidenciando, a mi juicio, un cierto desconocimiento de la figura del testamento notarial. El testamento es un acto personalísimo, luego o lo hace la persona por sí misma, o nadie lo puede hacer por ella³⁸.

Por último, también se encuentran en este periodo bastantes resoluciones en las que no se justifica suficientemente la decisión de vedar la capacidad para otorgar testamento³⁹, limitándose a identificar esta facultad con la de realizar actos dispositivos. En general, la explicación se encuentra en el exceso de sentencias idénticas, que copian estereotipos y no reflejan una labor de elaboración de un traje a medida para cada sujeto que presenta una discapacidad.

III. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR EN EL CASO DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN OÍR O QUE NO PUEDEN VER.

La noción de la libertad para testar es diferente de la denominada libertad de testar. La primera, la que más interés presenta a los efectos de este estudio, asegura la inexistencia de condicionantes que limiten o afecten a las decisiones libres del futuro causante en el momento de organizar su sucesión⁴⁰. Mientras que la libertad de testar se refiere a la inexistencia de normas legales imperativas que coarten determinadas decisiones del causante, por ejemplo, en beneficio de algunos de sus parientes más cercanos.

cuanto a las 50 sentencias posteriores analizadas, únicamente un 24% se ajustan a los estándares de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Una segunda muestra recoge 59 sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales. De ellas, 26 contienen el otorgamiento de testamento como una de las facultades permitidas en casos de modificación parcial de la capacidad, y todas ellas son posteriores al año 2016.

La conclusión más clara es que la Convención se ha empezado a tener en cuenta por los tribunales españoles muy posteriormente a su entrada en vigor, aproximadamente desde hace un lustro, y comenzando por las Audiencias Provinciales que siguen la doctrina algo anterior del Tribunal Supremo, siendo los Juzgados de Primera Instancia los que presentan una situación peor a estos efectos.

37 Cfr. SAP Alicante 26 octubre 2019 (JUR 2019, 42537), SAP Las Palmas 14 julio 2014 (AC 2014, 1698), SAP Cuenca 11 diciembre 2018 (ROJ: SAP CU 489/2018) y SAP Palencia 27 junio 2018 (ROJ: SAP P 320/2018).

38 Art. 670 CCE- Entre la doctrina, véase Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004, p. 332; PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRIAS, E.: *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 118. También cabe mencionar la STS 16 mayo 2017 (ROJ: STS 1901/2017) en la que se acuerda la modificación parcial de la capacidad de un enfermo de Alzheimer que sufre alteraciones de conducta. El TS fija una medida de apoyo, la curatela, y determina la extensión de la misma. En lo que se refiere al derecho a otorgar testamento establece: "Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad".

39 SSTs 17 marzo 2016 (RJ 2016, 846), 27 septiembre 2017 (RJ 2017, 5913), 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760), SAP Alicante 7 abril 2011 (JUR 2011, 367304), SAP Asturias 18 marzo 2019 (JUR 2019, 125968) y SAP Córdoba 4 abril 2019 (JUR 2019, 202212).

40 Cfr. DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 64; más tarde TORRES GARCÍA, T.; GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 17, completan este concepto señalando que la libertad para testar "implica la posibilidad de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean".

La libertad para testar puede verse afectada por las condiciones del sujeto que se propone organizar su sucesión, en concreto, una dificultad para oír o para ver puede hacerle más vulnerable y, de alguna manera, condicionar su libertad en el momento de tomar decisiones testamentarias, por ejemplo, si el notario redacta un testamento total o parcialmente diferente de lo que constituye su voluntad testamentaria y el sujeto no se apercebe de esta discordancia por su discapacidad sensorial. Es lo cierto que en la actualidad existen recursos para las personas que presentan una discapacidad sensorial, y cabe, por ejemplo, la posibilidad de redactar un testamento notarial con el sistema Braille, o emplear a una persona que pueda comunicarse con el testador que no puede oír, y explicarle el contenido del testamento y recabar su conformidad con el mismo, mediante el lenguaje de signos. Sin embargo, no es bueno demonizar, a priori, el recurso a los testigos. Las personas que comparecen como tales al otorgamiento del testamento notarial de quien no puede ver o no puede oír, están realizando una evidente función de apoyo y protección en un ámbito de gran trascendencia jurídica, están proporcionando el apoyo puntual que propugna la Convención para la realización de determinados actos jurídicos cuya importancia lo haga necesario. No parece lo más adecuado establecer fórmulas unívocas para todos los supuestos. Ni considerar en todo caso la presencia de los testigos como una carga o una discriminación para las personas con discapacidad sensorial.

El Anteproyecto de Ley de adaptación del CCE al nuevo modelo de discapacidad, fue elaborado por la Comisión General de Codificación (en adelante, CGC) y aprobado por el Consejo de Ministros en septiembre de 2018⁴¹. Una de las cuestiones más relevantes que se plantean como objeto de la proyectada reforma es el derecho a otorgar testamento de los mayores de edad. Así, el nuevo art. 695 admite que en el testamento abierto “el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano”. Se añade además que “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 necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

Esta modificación había sido intensamente reivindicada por las entidades que defienden los derechos de las personas con discapacidad y, fruto de la presión ejercida por dichas entidades, la CGC propone la eliminación del requisito de intervención de testigos en el supuesto de que el testador presente una discapacidad sensorial. Se mantiene la función de los testigos, únicamente, para el

41 El texto del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad fue publicado en el Punto de Acceso a los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia el 26 de septiembre de 2018. El plazo finalizó el 19 de octubre del año pasado y, en estos momentos, resta a la espera de que continúe su tramitación.

caso en que el testador declara que no sabe o no puede firmar (en cuyo caso, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos).

Así pues, la nueva normativa pretende no vincular la discapacidad sensorial con la presencia de testigos, y dar entrada a los medios materiales que hoy día facilitan la capacidad de interactuar con los demás, a las personas ciegas o sordas. Aunque lo cierto es que la mención de los “medios humanos” a los que el notario puede acudir para proteger al testador con discapacidad, deja la puerta abierta a la decisión de que una o más personas asistan como testigos al otorgamiento del testamento y se aseguren de que el testamento recoge fielmente la voluntad del testador. Sólo que ya no será un requisito necesario en el otorgamiento del testamento abierto de estas personas, sino una facultad del notario que puede optar por los testigos o por otros mecanismos puntuales de protección de la libertad para testar de quien no puede ver o no puede oír.

En cuanto a la vigente prohibición del testamento cerrado a las personas ciegas, el Anteproyecto la sustituye por una previsión según la cual “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”. Asimismo, se prevé expresamente el recurso a la tecnología en el redactado del testamento cerrado así como a la firma electrónica, que supliría el problema de los que no puedan firmar⁴².

También la actual regulación catalana en esta materia ha sido objeto de debate en el seno de la Comissió de Codificació de Catalunya. Los miembros de dicho órgano colegiado consideran necesaria una plena adaptación del CCCat a los estándares de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, con el objetivo de combatir la discriminación sufrida por este colectivo social. En concreto, el pasado 9 de octubre de 2019, el Parlamento catalán aprobó por unanimidad de todos los grupos, una reforma de los artículos 421-8, 421-10, 421-11 y 421-14 CCCat, y la incorporación de una disposición adicional que establece el uso de los medios técnicos que sean necesarios para suplir la discapacidad sensorial⁴³. Con respecto al art. 421-8 se produce una de las modificaciones más sustanciales dado que se ordena al notario que, ante la voluntad de testar manifestada por una persona con discapacidad sensorial, tiene que aplicar lo que prevé el Código civil de Cataluña y no la legislación notarial, y, además, tiene la obligación de ofrecer al testador –y no solo al testador, sino también al testigo o testigos–, las herramientas y medios para poder hacer efectivo este derecho sin

42 Art. 706, 3º Anteproyecto: “Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”.

43 Cfr. Llei 6/2019, de 23 d'octubre, de modificació del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, per a garantir la igualtat de drets i la no-discriminació de les persones amb discapacitat sensorial, DOGC Núm. 7990, 28 octubre 2019.

que le suponga gasto adicional más allá del arancel notarial. La reforma del art. 421-I0 supone la equiparación de este colectivo con la generalidad de los ciudadanos, puesto que no será necesario la presencia de testigos para que las personas con discapacidad sensorial puedan testar. En el art. 421-II relativo a la idoneidad de los testigos, también se suprime como causa de inidoneidad la condición de sordo, ciego o mudo que pueda escribir. Por último, el artículo 421-I4 también suprime la restricción que anteriormente planteaba de hacer testamento cerrado a los ciegos.

A mi juicio, estas iniciativas legislativas son loables en tanto que reflejan el deseo del legislador de respetar escrupulosamente el principio de igualdad entre todas las personas. Si bien, es importante abordar reformas de calado y con visión de conjunto, que realmente incidan en la mejora de la situación de todo el colectivo de personas con discapacidad. En este sentido, entiendo que la principal problemática en la actualidad no es el apoyo que pueden prestar o no los testigos que concurren en los casos en los que el testador no puede ver o no puede oír. La reforma importante y urgente es la que incide en el concepto de discernimiento para poder otorgar un testamento notarial. De lo que se trata es de permitir que todas las personas que tengan suficiente capacidad de discernir puedan otorgar su propio testamento. Ello sobre la base de que el testamento es un acto personalísimo y de gran trascendencia jurídica en el que no cabe por definición complemento alguno de la capacidad del testador, pero para el que sí podría resultar adecuado arbitrar algún tipo de apoyo que paliara la situación de vulnerabilidad no incapacitante, que algunas personas padecen. A ello me referiré en el siguiente apartado.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS QUE PADECEN UNA MERMA DE SUS FACULTADES DE DISCERNIMIENTO.

I. El juicio del notario sobre el discernimiento del testador.

En este apartado quiero detenerme en la defensa de la libertad para testar de aquellas personas cualquier suerte de discapacidad de tipo psíquico, en el bien entendido de que con estos términos abarcamos una realidad muy variada y compleja. El otorgamiento de un testamento notarial solo puede llevarse a cabo con plena libertad cuando se posee discernimiento suficiente para ello. El discernimiento del testador impide la manipulación o influencia indebida por parte de terceros en el momento de organizar la propia sucesión, por ello es tan importante que el notario se cerciore bien de que está ante una persona capaz para testar. Puede que haya perdido facultades para realizar otros actos con trascendencia jurídica, ya sea por causa de una enfermedad o del mero paso de los años, pero lo importante es que tiene discernimiento suficiente para disponer

mortis causa. Partiendo de aquí, las reformas que vienen para el CCE se concretan en una nueva redacción del art. 665, del siguiente tenor: "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, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud."

Se trata de una redacción más amplia que la vigente en la actualidad, que permite clarificar la idea de que el ejercicio de la capacidad para testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna por razón de discapacidad, y que es el notario quien debe valorar el discernimiento del testador, pudiendo acudir, si lo precisa, al auxilio de peritos especialistas que le asesoren en la toma de tal decisión. Y esto es así, indistintamente, cuando el testador ha sido sometido a un procedimiento de modificación de su capacidad de obrar y cuando no lo ha sido.

En concordancia con este planteamiento, la vetusta regla del número segundo del artículo 663 del CCE que no permite otorgar testamento a quien habitual o accidentalmente no se halla en su cabal juicio, queda sustituida por una expresión más genérica y respetuosa con las personas con discapacidad, de manera que se impide testar a "la persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello". Según García Rubio, con esta nueva transcripción "se subraya la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial ex ante para testar", de forma que "dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer testamento, usualmente por el notario y, en su caso, por los facultativos que éste designe"⁴⁴.

A mi juicio, el contenido de la propuesta del art. 663 es correcto, en tanto que ya no exige capacidad sino discernimiento, para poder testar, y deja claro que el discernimiento no es un criterio absoluto sino relativo al acto que se está realizando. Por lo tanto, es susceptible de graduación: un testamento más complejo requerirá un grado de discernimiento más alto que otro más sencillo, entendiendo como testamento sencillo, por ejemplo, aquel que contiene unas disposiciones que no se apartan desmesuradamente de las más usuales. Sin embargo, el art. 665 es muy mejorable, desde mi punto de vista. Está previsto para el caso de que el notario tenga dudas fundadas sobre la aptitud del testador. La palabra aptitud resulta un término poco técnico, ahora que nos encontramos en plena tarea de acuñar el concepto de discernimiento. Se hace referencia también a la situación "del que pretende hacer testamento, lo cual no se aviene demasiado con el momento del otorgamiento a que hace referencia el art. 663. Considero que si

44 GARCÍA RUBIO, M. P.: "Algunas propuestas de reforma", cit., p. 176.

el notario tiene dudas fundadas lo que hará en la práctica en la inmensa mayoría de los casos –acertadamente, además– es no autorizar el testamento, por mucho que el testador proponga la intervención de facultativos. Podría interpretarse que el precepto pretende trasladar la responsabilidad a los facultativos, que está recogiendo una “medida de apoyo” a la que tiene derecho la persona con la capacidad modificada judicialmente que quiere otorgar testamento y que, por ello, puede exigir al notario que certifique su “aptitud” con la ayuda de dos facultativos. Entiendo que no debería ser ésta la interpretación del precepto, sino que debería quedar claro que la norma pretende servir de apoyo, no al testador en este caso, sino al notario, el cual, no siendo especialista en cuestiones relacionadas con las capacidades cognitivas de las personas, puede tener dudas acerca de si el testador tiene o no suficiente discernimiento.

Si analizamos la normativa sobre la capacidad del testador en otros países, las exigencias legales se expresan de muy diferentes maneras. En Francia, el art. 902 del Código civil excluye de la facultad de disponer por testamento a las personas que la ley declara incapaces, sin excepción. Por tanto, quienes hayan estado sometidos un procedimiento de modificación de la capacidad no pueden otorgar testamento. A sensu contrario, todas las demás personas sí pueden hacerlo. En cambio, en Alemania el § 2229.4 BGB no permite testar a la persona que no es capaz de comprender la importancia de su declaración de intenciones y sus consecuencias, debido a una perturbación mental patológica, una deficiencia psíquica o un trastorno sensorial. No parece, en este caso, que la modificación de la capacidad de obrar deba estar declarada judicialmente ya que lo que se tiene en cuenta es únicamente la capacidad de discernimiento del testador. De la misma manera, en Italia se establece que no pueden testar los que lo tienen prohibido por enfermedad mental y los que no tienen capacidad de querer y entender (art. 591 del Codice civile). En Portugal, el art. 2.189 del Código civil establece que no pueden testar los incapacitados, siempre que la sentencia de incapacitación lo determine expresamente. Ni en Alemania, ni en Italia, ni en Portugal está prevista la intervención de facultativos, todo queda al juicio del notario (o del juez, si después el testamento autorizado resulta impugnado).

Así pues, vemos que, por regla general, en las legislaciones de nuestro entorno, igual que en nuestro país, la cuestión decisiva es el alcance del juicio del notario sobre el discernimiento del testador en cada caso concreto, así como la relevancia de la sentencia de modificación de la capacidad que, en su caso, se haya dictado por los tribunales respecto a dicho testador. No hay una solución perfecta y absolutamente respetuosa con el derecho a la no discriminación de las personas que padecen alguna discapacidad de tipo psíquico. Por ello, considero realmente importante que los jueces realicen el “traje a medida” de cada persona cuya capacidad de obrar sea sometida a un procedimiento judicial de modificación,

y entren a dilucidar si puede o no puede testar, obviamente sin complemento de capacidad alguna. Después, es el notario el que debe realizar su labor en los casos en que no esté vedada la facultad de testar, y enjuiciar el discernimiento del testador en el momento del otorgamiento, con ayuda de todos los medios que estime necesarios.

2. Las personas vulnerables no sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad.

En la línea de lo expuesto hasta aquí sobre el discernimiento del testador en el momento mismo en que pretende otorgar su testamento notarial, cabe reflexionar ahora sobre la situación de los adultos vulnerables⁴⁵, aquellos cuyas limitaciones no son incapacitantes pero sí podrían poner en entredicho su libertad para testar. Considero especialmente aquellos supuestos en los que el notario puede albergar algunas dudas, no porque la persona que desea testar adolezca de falta de capacidad para entender y querer, sino porque se percibe su fragilidad en la toma de decisiones sucesorias, su temor a desagradar a los suyos o, cuanto menos, a sufrir las consecuencias si opta por alguna disposición mortis causa que podría no ser comprendida por su círculo personal o familiar más próximo. También puede ocurrir que la persona con alguna merma de sus facultades esté obsesionada con alguien, o se haya hecho dependiente afectivamente, y esta sea la causa de su decisión testamentaria, la cual puede resultar entonces arbitraria y poco ecuánime⁴⁶.

Ahora que la Convención de Nueva York y todos los instrumentos internacionales insisten en la necesidad de proporcionar ayuda en el ejercicio de los propios derechos, dejan de lado la representación, que implica substitución en la toma de decisiones, y se centran en el apoyo para tomarlas, entiendo que hay situaciones en las que determinadas personas podrían estar necesitadas de una suerte de apoyo en la toma de decisiones testamentarias, un apoyo que encaja con la figura del asistente que contemplan algunos derechos europeos como Alemania, Italia o Suiza entre otros⁴⁷. No se trata, por tanto, de un complemento de capacidad -que no cabe en el testamento-, sino de paliar la situación de vulnerabilidad asociada a la vejez y a las últimas enfermedades.

En el Anteproyecto de reforma del CCE no se aborda la introducción de esta figura de apoyo que, sin embargo, sí está presente en el derecho civil catalán

45 CASADO, M.; RODRÍGUEZ, P.; VILÀ, A.: *Document sobre envelliment i vulnerabilitat*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2016, se refieren a la vulnerabilidad de las personas mayores que se manifiesta en las dificultades para tomar decisiones.

46 Cfr. VAQUER ALOY, A.: "La protección del testador vulnerable", *ADC*, 2015, núm. 2, pp. 327-368.

47 BARRIO GALLARDO, A.: "La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. Díez-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, p. 480.

desde el 2010⁴⁸. La Asociación de Profesores de Derecho civil, en su Propuesta de un nuevo CCE, propone la introducción de esta figura en el código estatal⁴⁹. No parece seguir sus consejos el legislador estatal en el Anteproyecto de reforma, sino que prefiere reforzar la ya regulada figura del guardador de hecho, y así lo explica en su Exposición de Motivos: “reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”⁵⁰.

En este sentido, tanto el guardador de hecho como el asistente resultarían de utilidad a los efectos de prestar un apoyo emocional estable al testador vulnerable en el momento de otorgar su testamento. Son figuras que representan un apoyo para las personas capaces, de modo que el asistente o el guardador de hecho nunca va a prestar un complemento de la capacidad de obrar del testador, como sí corresponde en cambio al curador. Por este motivo, su presencia junto al testador en el momento del otorgamiento del testamento en ningún caso afecta al carácter personalísimo de este instrumento jurídico mortis causa.

Si se realiza una búsqueda de la realidad del funcionamiento de la asistencia en Cataluña desde la introducción de esta figura de apoyo, la jurisprudencia permite constatar la escasez de supuestos en los que se recurre a ella. Es lo cierto, que la adopción de esta figura solo cabe a petición del propio sujeto necesitado de ayuda, y por el procedimiento de jurisdicción voluntaria⁵¹. Pero el motivo fundamental de su inaplicación es el desconocimiento por parte de los ciudadanos y también de sus asesores. En estos tiempos que vivimos en una sociedad envejecida, el recurso habitual a los procedimientos de modificación de la capacidad para solicitar el nombramiento de un tutor o de un curador para una persona mayor, está a la orden del día. Hasta el punto de que encontramos supuestos en los que es la propia

48 Art. 226-I a 7 CCCat. Cfr. DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad”, *ADC*, 2013, núm. 4, pp. 1605-1663.

49 Cfr. arts. 177-I a 4, dentro del Libro I, de las Personas.

50 PARRA LUCAN, M. A.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. Díez-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, pp. 2483-2509.

51 Comenta con acierto Esther Arroyo que hubiera sido preferible que el legislador catalán siguiera el ejemplo del Derecho alemán y se limitara a establecer que la asistencia [o un asistente determinado] no puede ser impuesta contra la voluntad de la persona vulnerable (así, § 1896(Ia) BGB). Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: “El deterioro cognitivo”, cit., p. 138.

Audiencia Provincial la que, tras reintegrar la capacidad de obrar al sujeto al que le ha sido arrebatada mediante Sentencia de Primera Instancia, opta por ordenar el nombramiento de un asistente, sobre la base de la propia petición del afectado en el acto de la Vista oral: "Recorre la Sra. Gracia la sentencia de primera instancia que ha declarado su incapacidad parcial para el gobierno de su persona y bienes nombrándole como curadores a las personas por ella designadas como tutores en la escritura notarial de autotutela, los Sres Desiderio y la Sra. Purificación. Solicita la demandada en su recurso que se mantenga su plena capacidad y el Ministerio Fiscal se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida. En el acto de la Vista celebrada en esta alzada procedimental la defensa de la Sra. Gracia solicita el nombramiento de un asistente legal, con mantenimiento de su plena capacidad"⁵². A partir de ahí, y prescindiendo de que se trata de un procedimiento judicial contencioso la Audiencia Provincial nombra un asistente para realizar determinadas funciones. En otros supuestos el Tribunal no va tan lejos y se limita a recomendar al sujeto al que reintegra su plena capacidad de obrar que nombre un asistente⁵³.

En ninguna de las resoluciones analizadas se plantea por el juez que el asistente deba acompañar a la persona a realizar su testamento notarial, ni acudir a la notaría ni cerciorarse de que entiende y decide libremente, de la misma manera que lo haría el tan denostado testigo que acompaña a la realización de un testamento notarial por parte de una persona invidente, sin influirle, pero protegiéndole. A mi entender, el acompañamiento del asistente en el otorgamiento del propio testamento notarial puede constituir un mecanismo más para paliar las situaciones de vulnerabilidad que proliferan hoy día entre nuestros mayores.

Como se ha señalado ya en este estudio, el legislador no habría de optar por extinguir garantías con el objetivo de ofrecer una imagen de respeto al principio de no discriminación, sino que su papel debe ser el de adaptar la legislación a la realidad social, buscando soluciones con las que poder ofrecer diferentes grados de protección, o distintos mecanismos de apoyo, en función del colectivo que, en cada caso, y por un motivo o por otro, presente un patrón de vulnerabilidad. Esta y no otra es la finalidad última de la Convención de Nueva York. De hecho, la opción de algunas Audiencias catalanas por forzar la aplicación de la figura de la asistencia en el marco de un procedimiento contencioso de modificación de la capacidad que se salda con un resultado negativo, es ciertamente imaginativa y, sin duda, puede potenciar la aplicación de otro tipo de apoyos, no invasivos y muy necesarios, para las personas mayores no incapacitadas, que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

52 SSAP Barcelona 28 noviembre 2016 (JUR 2018, I8702); 22 julio 2019 (ROJ: SAP B 9560/2019).

53 SAP Barcelona 10 diciembre 2018 (ROJ: SAP B 12231/2018).

BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad", *Revista de Bioética y Derecho*. 2019, núm. 45, pp. 127-147.

BARRIO GALLARDO, A.: "La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. Díez-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, p. 480.

CASADO, M.; RODRÍGUEZ, P.; VILÀ, A.: *Document sobre envelliment i vulnerabilitat*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2016.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad", *ADC*, 2013, núm. 4, pp. 1605-1663.

DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 64.

DÍEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004, p. 332.

GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español: la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA RUBIO, M. 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*, 2018, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 176.

JIMÉNEZ LARA, A.: "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes", en AA.VV.: *Tratado sobre discapacidad* (dir. por R. DE LORENZO GARCÍA, L. C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2007, pp. 177-189.

JOU I MIRABENT, L.: "Comentari de l'art. 421-9. Intervenció de facultatiu", en AA.VV.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (coord. por J. EGEA I FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA), Atelier, Barcelona, 2009, vol. I, pp. 184-188.

MESA MARRERO, C.: "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, núm. 43, pp. 169-179.

MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 41.

PALACIOS, A.; BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pp. 15-24.

PARRA LUCAN, M. A.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. Díez-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, pp. 2483-2509.

PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRIAS E.: *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 118.

RIBOT IGUALADA, J.: "La incapacitació, l'assistència i altres situacions relatives a persones majors d'edat", en AA. VV.: *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, (coord. por A. VAQUER ALOY), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 266-269.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Comentario al artículo 663 CCE", en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters (Aranzadi), Madrid, 2016, vol. II, pp. 266-274.

SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113.

TORRES GARCÍA, T.; GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 17.

VAQUER ALOY, A.: "La protección del testador vulnerable", ADC, 2015, núm. 2, pp. 327-368.

LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023 SOBRE MARCOS DE
REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA Y SU FUTURA
TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

*THE DIRECTIVE (EU) 2019/1023 ON FRAMEWORKS FOR
PREVENTIVE RESTRUCTURING AND ITS FUTURE TRANSPOSITION
TO THE SPANISH LEGAL ORDER*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 472-511



Carlos GÓMEZ
ASENSIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 22 de diciembre de 2019

RESUMEN: El 26 de junio de 2019 se publicó la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, la cual pone fin a un proceso legislativo que tuvo en la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 su hito más importante, despertando el interés de doctrina y jurisprudencia. En el presente artículo se analizará el contenido de la Directiva con el objetivo de identificar las principales novedades y modificaciones legislativas que su transposición al ordenamiento jurídico español supondrá respecto al régimen vigente de los acuerdos de refinanciación.

PALABRAS CLAVE: Reestructuración; deudor no desapoderado; moratoria preconcursal; intra-class cramdown; cross-class cramdown.

ABSTRACT: *On June 26 2019, Directive 2019/1023 on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures, was passed ending the legislative drafting process revolving around the commented by scholars and jurists, Proposal for a Directive of November 22 2016. This article will analyse Directive's contents which encompass novelties and amendments to the in force Spanish regime on refinancing agreements.*

KEY WORDS: *Restructuring; debtor in possession, automatic stay; intra-class cramdown; cross-class cramdown.*

SUMARIO.- I. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LA INSOLVENCIA.- I. Armonización en materia de reestructuración empresarial.- II. ESTRUCTURA DE LA DIRECTIVA 2019/1023.- III. PRESUPUESTOS DE LA DIRECTIVA 2019/1023.- I. Presupuesto subjetivo.- 2. Presupuesto objetivo.- IV. DEUDOR NO DESAPODERADO (DEBTOR IN POSSESSION).- V. MORATORIA PRECONCURSAL (AUTOMATIC STAY).- I. Suspensión de las ejecuciones.- 2. Moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso y régimen de los executory contracts.- VI. CONTENIDO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.- VII LA ADOPCIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.- VIII. LA CONFIRMACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.- I. Planes de reestructuración consensuados (intra-class cramdown).- 2. Planes de reestructuración no consensuados (cross-class cramdown).

I. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LA INSOLVENCIA.

Uno de los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, así como para la efectividad de la libertad de circulación de capitales en la Unión Europea, es la gran diversidad y singularidad regulatoria existente entre los Estados Miembros en materia de procedimientos de insolvencia¹.

Esta diversidad justifica la existencia de prácticas oportunistas de transmisión de bienes y derechos de un Estado a otro en busca de una jurisdicción más favorable –*forum shopping*–, problema que se agrava especialmente en los casos de procedimientos de insolvencia transfronteriza, es decir aquellos, en los que la empresa insolvente ostenta la titularidad de bienes o derechos en varios países.

Con el objetivo de combatir estos riesgos en el marco de la Unión Europea, el entonces Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) N° 1346/2000 de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, hoy sustituido por el actualmente vigente, Reglamento (UE) núm. 2015/848 del Parlamento Europeo y

I A este respecto véase la página 9 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva COM (2016) 723 final “sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE”: “El ‘Informe de los cinco presidentes’, de 22 de junio de 2015, titulado ‘Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea’ situaba a la legislación en materia de insolvencia entre los principales obstáculos que impiden la integración de los mercados de capitales de la zona del euro y fuera de ella. En este contexto, el plan de acción de la Unión de Mercados de Capitales 2015 anunció una iniciativa legislativa sobre la insolvencia empresarial que incluirá la reestructuración temprana y la segunda oportunidad. Esta iniciativa tiene por objeto resolver los principales obstáculos a la libre circulación de capitales y reforzar los sistemas nacionales que funcionan bien”.

• Carlos Gómez Asensio

Profesor Ayudante Doctor, Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”, Universitat de València. Correo electrónico: carlos.gomez-asensio@uv.es

del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (Texto Refundido), el cual regula en el ámbito de los procedimientos de insolvencia transfronteriza, las cuestiones relativas a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y la coordinación de procedimientos de insolvencia.

Sin embargo, ni el Reglamento 1346/2000, ni el actual Reglamento 2015/848, llevan a cabo una armonización de las normas nacionales sustantivas en materia de insolvencia, puesto que su ámbito de aplicación queda circunscrito, como se ha expuesto, a las cuestiones procedimentales inherentes a su carácter como norma de conflicto propia del Derecho Internacional Privado.

I Armonización en materia de reestructuración empresarial.

El proceso de armonización de la normativa sustantiva en materia de insolvencia se inició en 2010 a través del Informe “Armonización del Derecho de Insolvencia a nivel de la UE”², elaborado por INSOL Europe³ en respuesta al encargo recibido del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, en el cual se realizó un análisis de los procedimientos de insolvencia incluidos en los Anexos A y B del Reglamento 1346/2000, respecto 7 países comunitarios: Polonia, Francia, Reino Unido, Alemania, Italia, España y Suecia. El estudio permitió identificar las aéreas del Derecho de Insolvencia aptas para la armonización de mayor importancia, entre ellas, las reglas concernientes a la responsabilidad por la propuesta, verificación, adopción, modificación y contenido de los planes de reestructuración⁴.

Partiendo de dicha base, el 15 de noviembre de 2011, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre los procedimientos de insolvencia⁵, que incluía recomendaciones para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluidas las condiciones de establecimiento, los efectos y el contenido de los planes de reestructuración.

Fruto de la anterior Resolución, el 12 de diciembre de 2012, la Comisión publicó la Comunicación COM (2012) 742 final, Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, en la que pone de relieve ciertos sectores en los que las divergencias entre las normativas nacionales sobre insolvencia pueden obstaculizar el establecimiento de un mercado interno eficiente y la necesidad de

2 La versión inglesa del Informe se encuentra disponible en: <https://www.insol-europe.org/eu-study-group-publications>.

3 Las siglas en ingles constituyen el acrónimo de: *professional association for European restructuring and insolvency specialists*. Para más información sobre esta asociación puede consultarse su sitio web: <https://www.insol-europe.org/>

4 La totalidad de las áreas del Derecho de la Insolvencia aptas para la armonización de mayor importancia identificadas por el estudio pueden encontrarse en: *INSOL Harmonization of Insolvency Law at EU Level*, Note, 2010, p. 33.

5 PARLAMENTO EUROPEO: Resolución de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones a la Comisión, sobre *El procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho europeo de sociedades*, P 7_TA (2011) 0484.

la creación de unas condiciones equitativas en estos sectores para aumentar la confianza de las empresas, los empresarios y los particulares en los sistemas de otros Estados miembros, mejorar el acceso al crédito y fomentar la inversión.

Situados en este contexto de armonización de la normativa concursal en general, el primer instrumento para la armonización especialmente focalizado en materia de reestructuración empresarial, lo constituye la Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial.

Esta Recomendación, sienta ya los ejes principales entorno a los cuales gira la armonización comunitaria en la materia –marcos de insolvencia eficientes que favorezcan la reestructuración de empresas viables y régimen de segunda oportunidad⁶–, la cual, pese a su carácter no vinculante ha gozado de una gran acogida en nuestro país por parte de la doctrina e incluso los tribunales⁷.

Al año siguiente, la Comisión publicó la Comunicación de 30 de septiembre de 2015, sobre el Plan de Acción para la creación de un mercado de capitales, en la que tras la evaluación de la aplicación de la Recomendación que la Comisión Europea consideró insuficiente, anunció la propuesta de una iniciativa legislativa sobre insolvencia empresarial en materia de segunda oportunidad y reestructuración temprana⁸.

El 22 de noviembre de 2016 la Comisión Europea publicó la Propuesta de Directiva COM (2016) 723 final “sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE” (en adelante “Propuesta de Directiva”), texto que viene precedido de una amplia exposición de motivos de 28 páginas en las que se expone el

6 Así, si se atiende al considerando II de la Recomendación: “Es necesario fomentar una mayor coherencia entre los marcos nacionales de insolvencia a fin de reducir las divergencias y las ineficiencias que obstaculizan la reestructuración temprana de empresas viables con dificultades financieras y la posibilidad de una segunda oportunidad para los empresarios honrados y, de este modo, reducir el coste de la reestructuración, tanto para los deudores como para los acreedores. Una mayor coherencia y eficiencia de las normas nacionales de insolvencia maximizaría los pagos a todo tipo de acreedores e inversores y fomentaría la inversión transfronteriza. Una mayor coherencia también facilitaría la reestructuración de los grupos de empresas, independientemente de la ubicación de sus miembros en la Unión”.

7 En este sentido, THERY MARTÍ, A.: “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, julio 2017, nota al pie 6: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de julio de 2014, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 23 de julio de 2015, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 6 de abril de 2016, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid de 22 de julio de 2016, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 24 de octubre de 2016, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 8 de noviembre de 2016, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de 21 de noviembre de 2016, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 29 de noviembre de 2016.

8 COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: *Plan de acción para la creación de un mercado de capitales*, COM (2015) 468 final, de 30 de septiembre de 2015.

contexto económico y jurídico que justifican la adopción de la misma, así como las principales conclusiones obtenidas por la Comisión tras comprobar el grado de implementación entre los Estados Miembros del contenido de la Recomendación de 2014, así como el resultado de la consulta pública en línea realizada al efecto entre el 23 de marzo y el 14 de junio de 2016, en la que se recibieron más de 260 respuestas procedentes de los 27 Estados Miembros.

El contenido del texto de dicha Propuesta de Directiva experimentó notables variaciones a lo largo de su *iter* legislativo⁹ hasta que, finalmente, el 26 de junio de 2019 se publicó la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, (en adelante Directiva 2019/1023), que deberá ser objeto de transposición al ordenamiento jurídico español antes del 17 de julio de 2021, a excepción de determinados preceptos cuya transposición se realizará el 17 de julio de 2024 y 17 de julio de 2026, respectivamente¹⁰.

II. ESTRUCTURA DE LA DIRECTIVA 2019/1023.

Como se ha señalado anteriormente con la finalidad de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y establecimientos¹¹, reducir la incertidumbre y los costes adicionales derivados de las diferencias normativas sustantivas y procedimentales entre los Estados miembros en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas¹², se publicó el pasado 26 de junio de 2019 la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, , cuyo objetivo es lograr una mayor armonización en dichas materias

⁹ Versión de 8 de octubre de 2018, aprobada por el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea (Coreper II), en su reunión del 26 de septiembre de 2018; Versión de 28 de marzo de 2019, emanada de la Posición del Parlamento Europeo en primera lectura.

¹⁰ Art. 34 de la Directiva 2019/1023: "1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. 2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto en el apartado 1. Los Estados miembros notificarán a la Comisión la necesidad de hacer uso de dicha posibilidad de prorrogar el período de aplicación a más tardar el 17 de enero de 2021."

¹¹ Vid. considerando 1 de la Directiva 2019/1023.

¹² Vid. considerandos 6 y 7 de la Directiva 2019/1023

que contribuya a la reducción de dichos costes e incertidumbres¹³ y remueva los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales de la unión, dada la cada vez más presente dimensión transfronteriza de las empresas europeas¹⁴.

Para el cumplimiento de dichos objetivos, la Directiva 2019/1023 no establece un procedimiento como tal, sino que establece una serie de “marcos de reestructuración preventiva” que los Estados Miembros deberán incorporar en su normativa interna en materia de reestructuración¹⁵. Es decir, el texto de la Directiva 2019/1023 no contiene una regulación detallada de un determinado procedimiento reglado y formal de reestructuración, ordenado en sucesivas fases y previendo la intervención de una autoridad judicial, sino que, por el contrario, establece unos principios generales comunes, una regulación de mínimos que deberá ser incorporada a la normativa nacional en materia de acuerdos de reestructuración, tarea para la cual la propia Directiva otorga un margen de discrecionalidad en su transposición a los Estados Miembros respecto la configuración de alguna de sus instituciones, tal y como se expondrá a continuación.

De conformidad con dicha orientación, la Directiva 2019/1023 aparece dividida en seis Títulos: El primero está dedicado a las disposiciones generales (arts. 1 a 3); el segundo, el más extenso, a la regulación de los “marcos de reestructuración preventiva” (arts. 4 a 19); el tercero, recoge el régimen de exoneración de deudas e inhabilitaciones (arts. 20 a 24); el cuarto se ocupa de las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (arts. 25 a 28); el quinto, al seguimiento —*monitoring*— de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (arts. 29 a 30); y el último, a las disposiciones finales (arts. 31 a 36), el cual regula en su art. 34 los distintos plazos para la transposición del contenido de la misma, siendo el plazo general de transposición el 17 de julio de 2021.

III. PRESUPUESTOS DE LA DIRECTIVA 2019/1023.

El estudio del contenido de la Directiva 2019/1023 debe realizarse partiendo del análisis de los presupuestos de aplicación subjetivo y objetivo de la misma. Dichos presupuestos se encuentran recogidos en el Título Primero (arts. 1 a 3) así como en el art.4 de la norma, por lo que su análisis servirá también para el comentario de este primer grupo de preceptos.

¹³ Vid. considerando 9 de la Directiva 2019/1023.

¹⁴ Vid. considerando 11 de la Directiva 2019/1023.

¹⁵ En este sentido Vid. considerando 11 de la Directiva 2019/1023.

I. Presupuesto subjetivo.

La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2019/1023 se encuentra contenido en el art. I de la norma. Dicho precepto, en su apartado primero, contiene una delimitación positiva de su ámbito de aplicación, identificando los sujetos a los cuáles resulta de aplicación dicha norma proyectada¹⁶; por el contrario, en su apartado segundo se recogen los sujetos que quedan excluidos – delimitación negativa – del ámbito de aplicación de la Directiva.

En este sentido el art. I.2 de la Directiva 2019/1023 declara expresamente excluidos de su ámbito de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresario (sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del propio precepto¹⁷), los organismos públicos con arreglo al Derecho nacional, las entidades de crédito, sociedades de seguros y reaseguros y otras instituciones y entidades financieras¹⁸.

Esta delimitación negativa del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2019/1023 evidencia una diferencia respecto a la situación existente con la regulación de los acuerdos de refinanciación en el ordenamiento jurídico español, cuyo ámbito de aplicación subjetivo, al igual que el de la Ley Concursal –art. 1.1 LC– no está vedado a los deudores persona natural que no tengan la condición de empresarios, sin perjuicio que la propia normativa concursal prevea cauces e instituciones específicas por las que tramitar de forma preferente su insolvencia: acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 LC), en relación con el art. 178 bis LC, regulador del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho¹⁹.

De lo anterior puede concluirse que la armonización europea de la preinsolvencia no incluye la reestructuración de la deuda de las personas físicas que no tengan la condición de empresarios – consumidores –, quedando al libre arbitrio de los Estados Miembros permitir (como en el caso de España) o no, su

16 Así el art. 2.1.2) de la Directiva 2019/1023 define las “partes afectadas” por los marcos de reestructuración preventiva como: los acreedores, incluidos, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los trabajadores o las categorías de acreedores y, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración.

17 Así el art. I.4 de la Directiva 2019/1023 prevé expresamente que: “Los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado I, letra b), a personas físicas insolventes que no sean empresarios”.

18 Así señala el considerando 19 de la Directiva 2019/1023 que: “Esos tipos de deudores están sujetos a regímenes especiales y las autoridades nacionales de supervisión y de resolución disponen de amplias competencias de intervención en relación con ellos. Los Estados miembro deben poder excluir a otras entidades financieras que prestan servicios financieros sujetos a regímenes y competencias de intervención comparables”.

19 En este sentido, la propia regulación de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho incentiva el recurso a institutos paraconcursales, como el acuerdo extrajudicial de pagos, por cuanto los requisitos para la concesión de dicho beneficio son más laxos si el deudor, previamente a la tramitación del concurso de acreedores, ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores. Vid. art. 178 bis ap. 3 p. 4º LC.

acceso a dichas instituciones. Todo ello sin perjuicio que la Directiva 2019/1023 promueva al mismo tiempo la adopción de un marco para la regulación de procedimientos eficientes de exoneración de deudas dirigidos, en principio, para los empresarios.

Finalmente, debe comentarse en esta sede la previsión de dos supuestos de exclusión subjetiva de los marcos de reestructuración preventiva regulados en el art. 4 de la Directiva 2019/1023, siendo la adopción de ambos de naturaleza facultativa para los Estados Miembros en sede de transposición de la Directiva.

El primero supuesto de exclusión, regulado en el art. 4.2 de la Directiva 2019/1023, tiene por objeto garantizar que se proporciona a los acreedores la información necesaria para que puedan adoptar una decisión (se entiende debidamente informada), durante las negociaciones de reestructuración, para lo cual se prevé la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva, a los deudores condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional. Ello no obstante, dicha exclusión no es definitiva, sino que la misma puede levantarse una vez que dichos deudores hayan adoptado las medidas oportunas para subsanar las cuestiones que motivaron la condena.

Esta exclusión, en caso de adoptarse, no parece que en la práctica vaya a tener una gran eficacia respecto al fin que persigue, sobre todo, si se atiende al hecho que, en la práctica, razonablemente ningún acreedor va a apoyar un plan de reestructuración sin disponer de información previa detallada sobre la situación contable o financiera de la empresa.

Por lo que respecta al segundo supuesto facultativo de exclusión subjetiva de los marcos de reestructuración preventiva, el mismo aparece regulado en el art.4.4 de la Directiva 2019/1023 y hace referencia a la posibilidad de los Estados Miembros de limitar el número de veces, dentro de un período determinado, en las que el deudor podrá acceder a los marcos de reestructuración preventiva.

Esta posibilidad de limitación de acceso a una institución jurídica por referencia a un horizonte cronológico de utilización, recuerda a la prevista en el ordenamiento jurídico español en sede, precisamente, de otra de las instituciones reguladas en la Directiva 2019/1023: la exoneración de deudas. Nos referimos en este caso al art. 178 bis 3. 5º iii) LC, el cual, respecto al deudor que no haya logrado satisfacer los porcentajes de créditos a los que refiere el art. 178 bis 3.4 LC, condiciona la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, entre otras condiciones, a que: “No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años”.

Expuesto lo anterior, no parece a priori que la limitación de acceso del deudor a los marcos preventivos de reestructuración por referencia a un horizonte cronológico de utilización de los mismos, termine de encajar correctamente dentro de los fines perseguidos por la Directiva 2019/1023. En este sentido, en caso de preverse dicha limitación, podría producirse la paradoja de un deudor cuya reestructuración, evitación de la insolvencia y mantenimiento de la viabilidad empresarial fuese posible, incluso con el apoyo expreso de los acreedores, pero que en la práctica se viera excluido del acceso a los marcos de reestructuración preventiva como consecuencia de la limitación del art. 4.4 de la Directiva, condenando de esa forma a la empresa a la tramitación de un procedimiento concursal, resultado que es precisamente el cual la Directiva trata de evitar.

2. Presupuesto objetivo.

El presupuesto objetivo de la Directiva 2019/1023 lo constituyen los “marcos de reestructuración preventiva”, y más concretamente la “reestructuración” del deudor. En este sentido, el art. 2.1.1) de la Directiva 2019/1023, contiene una definición de lo que debe entenderse por “reestructuración” a efectos de la Directiva: “aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos”.

Como puede verse, la “reestructuración” comprende un conjunto de medidas orientadas a salvaguardar la viabilidad empresarial que podrán afectar tanto a la “estructura de capital del deudor” —*capital structure*—, la cual hace referencia al pasivo a largo plazo, capital y patrimonio; como a la “estructura operativa”²⁰, que comprende el pasivo a corto plazo, incluyendo acreedores comerciales y laborales, es decir los acreedores que financian el circulante²¹.

20 Haciendo recurso de una metáfora para explicar la relación entre “estructura de capital” y “estructura operativa”, THERY MARTÍ, A.: “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión europea de 22 de noviembre de 2016 (II)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, enero 2018, p. 17: “La estructura operativa (la unidad productiva con sus financiadores del circulante) y la estructura de capital (los financiadores del capital fijo) funcionan pues como dos ruedas dentadas, en la que la primera — más cercana al eje— transmite el movimiento a la segunda: si la rueda motriz se para, porque sus beneficios operativos se han hecho más pequeños y son incapaces de seguir moviendo a la segunda, ambas corren el riesgo de colapso. Para evitar que la jibarizada rueda de la estructura operativa pueda perjudicarse debido al sobrevenido tamaño excesivo de la rueda de la estructura de capital, la Directiva articula: en primer lugar, un mecanismo para desembragar ambas ruedas (la moratoria, que naturalmente deberá afectar a los acreedores de la estructura de capital) y, en segundo lugar, un mecanismo para reducir el tamaño de la segunda rueda (el Plan que, de nuevo, deberá naturalmente afectar a los acreedores de la estructura de capital) al objeto de dimensionar su tamaño a la tracción que es capaz de ejercer la primera”.

21 Así el considerando 28 de la Directiva 2019/1023 señala: “Los Estados miembros deben poder ampliar el ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva previstos en la presente Directiva a

Ahora bien, la concurrencia del presupuesto objetivo de la Directiva 2019/1023 requiere del cumplimiento de dos condiciones cumulativas para la activación del mismo: la primera, asociada al presupuesto subjetivo de la norma, presenta el carácter de condición necesaria y tiene que ver con la concurrencia en el deudor de una circunstancia cronológico-material; la segunda, asociada al contenido del propio acuerdo, refiere a la verificación en el mismo del destino o finalidad exigidos por la norma.

Por lo que respecta a la primera de las dos condiciones, el art. 1.a) de la Directiva 2019/1023 señala que la misma será de aplicación a los deudores en dificultades financieras cuando “la insolvencia sea inminente”, condición a la que vuelve a hacer referencia el art. 4 de la Propuesta de Directiva, al establecer la necesidad de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva para el deudor con dificultades financieras cuando se hallen en un estado de “insolvencia inminente”.

En primer lugar, debe ponerse de relieve que, el uso del término “insolvencia inminente” por el texto de la versión española de la Directiva 2019/1023, supone una deseada y clarificadora novedad con respecto al uso del término “riesgo de insolvencia” que aparecía en las anteriores versiones de la todavía Propuesta de Directiva²², el cual había levantado fuertes críticas en la doctrina²³ por la ajenez del mismo a la tradición concursal española y los problemas de delimitación que planteaba frente a la noción patria de “insolvencia inminente”²⁴.

aquellas situaciones en las que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras, siempre que estas supongan una amenaza real y grave para la capacidad actual o futura del deudor de pagar sus deudas en plazo. El marco temporal indicado para determinar la existencia de tal amenaza puede extenderse a un período de varios meses o incluso mayor, para tener en cuenta los casos en que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras que hagan peligrar la situación de funcionamiento de su empresa y, a medio plazo, su liquidez. Tal podría ser el caso, por ejemplo, cuando el deudor haya perdido un contrato de importancia clave”.

- 22 El uso de este término se observaba en la versión original de la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 y también en la Versión de 8 de octubre de 2018, aprobada por el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea (Coreper II).
- 23 Por todos, Rojo, A.: “La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, septiembre-diciembre 2017, p. 9, al afirmar que: “Del mismo modo que la Propuesta de Directiva, al tratar de los deberes de los administradores, no define lo que entiende por ‘probabilidad de insolvencia’ (art. 18), tampoco define lo que entiende por ‘riesgo de insolvencia’ (art. 4), que es el presupuesto para poder acceder a un marco de reestructuración preventiva eficaz con el fin de evitar la insolvencia. La utilización de esta terminología cambiante (insolvencia probable, riesgo de insolvencia) no dejará de plantear dificultades a los Estados miembros de la Unión Europea a la hora de incorporar el contenido de la Directiva”.
- 24 Así, el “riesgo o probabilidad de insolvencia” parece hacer referencia a un evento respecto del cual existen razones fundadas que motivan una legítima expectativa o confianza subjetiva en el operador jurídico de que el mismo llegará a cumplirse, frente a la “insolvencia inminente” en la que existe una previsibilidad objetiva de la insolvencia. En esta línea parece caminar la tentativa de delimitación realizada por Rojo, A., “La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva”, cit., p. 4 al señalar que: “Naturalmente, sería deseable que, al incorporar esta norma al Derecho interno, se establecieran criterios orientativos o, incluso, presunciones para determinar cuándo existe ‘probabilidad de insolvencia’. De un lado, hay que tener en cuenta que insolvencia probable no es insolvencia posible. Es probable sólo aquello ‘que se funda en razón prudente’, ‘aquello que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá’ (Diccionario RAE, acepciones 1.ª y 3.ª). De otro lado, hay que tener igualmente en cuenta que insolvencia probable no

Ahora bien, el texto de la Directiva 2019/1023 no especifica qué debe entenderse por “insolvencia inminente”, más allá de una breve mención en su considerando 24, el cual conceptúa la misma como un estadio anterior al de insolvencia actual²⁵. En este sentido, el legislador comunitario, lejos de establecer un concepto autónomo e independiente de “insolvencia inminente”, ha preferido optar en el art. 2.2 b) de la Directiva 2019/1023 a una remisión a la normativa nacional para que sea de conformidad con la misma con la que se interprete el concepto de “insolvencia inminente” de la Directiva.

Esta remisión a la normativa nacional para la integración del contenido del término parece acertada a la vista de la problemática suscitada con las versiones prelegislativas de la Directiva antes expuesta, si bien, conduce a una situación en la que serán los tribunales nacionales los que interpreten el significado de los términos de una Directiva Europea, si bien, limitada dicha interpretación al estricto margen que les concede al efecto el art. 2.2.b) de la propia Directiva 2019/1023.

En este sentido, la noción “insolvencia inminente”, cuyo precedente se encuentra en el art. 18 de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994, se configura en nuestro Derecho como un juicio de previsibilidad objetiva del deudor de su incapacidad para cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2. 3 LC). De esta forma, el concepto de “insolvencia inminente”, sólo hace referencia a la previsión de cumplimiento irregular y/o tardío de las obligaciones del deudor, sin que exija en ningún caso que dicha situación sea, además, irreversible en el sentido de desembocar necesariamente en una insolvencia actual²⁶.

En la “insolvencia inminente” el deudor todavía no ha incumplido sus obligaciones exigibles en tal modo que podamos calificar la insolvencia como actual, pero es objetivamente previsible que ello vaya a acontecer en una realidad temporal muy próxima²⁷. Ello determina que la solicitud de concurso basada en la

es insolvencia inminente (en el sentido del art. 2.3 LC). Entre esos dos conceptos (“insolvencia posible” e “insolvencia inminente”) se mueve el de insolvencia probable”.

- 25 Considerando 24 de la Directiva 2019/1023: “El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador”.
- 26 En este sentido, RECAMÁN GRAÑA, E.: *Los deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, monografía núm. 44 asociada a *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, Madrid, 2016, p. 73: “Se incluye la insolvencia inminente en el estado de crisis en sentido estricto siempre y cuando cumpla con el requisito de ser objetivamente reversible, y no cuando la calificación de “inminente” haga referencia a na situación en que la insolvencia actual es inevitable, aunque aún no se haya producido. En este sentido, es importante no confundir la objetividad de la reversibilidad con la probabilidad de la reversibilidad. Que la superación del estado de crisis sea objetivamente posible no implica una valoración de la probabilidad de su consecución, ni que, de facto, la recuperación se vaya a producir, lo que dependerá de diversos factores ajenos a la propia situación financiera de la sociedad, como la valía de sus gestores o la colaboración de socios o de terceros externos a la sociedad”.
- 27 Acerca del estado de insolvencia inminente del deudor que ha fracasado en los intentos previos por refinanciar su deuda Auto del Juzgado de lo Mercantil I de Santander, concurso 433/2008 de 14 de octubre

conurrencia de una situación de insolvencia inminente solo puede ser instada por el propio deudor (y no sus acreedores), único conocedor de dicha circunstancia, sin que pese tampoco sobre el deudor el deber legal de solicitar la declaración de concurso cuando la insolvencia es inminente pero no actual²⁸.

Situados en este contexto, la transposición de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español podrá cohonestarse con el régimen previsto en el art. 604 PTRLC, el cual condiciona la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación a que el deudor se encuentre en un estado de insolvencia actual o inminente²⁹, por lo que ambos preceptos identifican el mismo elemento cronológico-material como presupuesto de hecho de los acuerdos de reestructuración.

Ahora bien, nada impide que pueda seguir recurriéndose a dichos mecanismos de reestructuración preventiva en un momento posterior a la insolvencia inminente, es decir, cuando la insolvencia sea actual, siempre y cuando el deudor no haya incumplido su deber de solicitar la declaración de concurso³⁰.

Del mismo modo, también sería posible, atendiendo igualmente tanto a la finalidad orientadora de la Directiva 2019/1023, como al propio fundamento de las herramientas de Alerta Temprana del art. 3 de la Directiva 2013/1023, el recurso a los mecanismos de reestructuración preventiva incluso antes de producirse la “insolvencia inminente”, cuando dicha activación temprana de los mecanismos de reestructuración sea la opción más razonable para, dadas las circunstancias del deudor en cuestión, impedir su insolvencia y garantizar su viabilidad³¹.

de 2008, F.D 3°.

- 28 Sobre la legitimación exclusiva del concursado para solicitar la declaración de concurso STS (Sala Primera), núm. 340/2015, de 26 de junio de 2015, F.D 5°, apartado 2.
Sobre la excusión del deber de solicitar la declaración de concurso Auto del Juzgado de lo Mercantil I de Cádiz, de 13 de abril de 2007, núm. autos 84/2017, F.D 7°.
- 29 Art. 604 Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (PTRLC), de 21 de marzo de 2019: “Durante los tres meses siguientes a la fecha de la comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, el deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente que no hubiera sido declarado en concurso, podrá solicitar la homologación judicial de acuerdo colectivo de refinanciación con sus acreedores”.
- 30 A favor de esta postura PULGAR, J.: “La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de mercados de capital, Unión bancaria y Derecho de la Insolvencia”, *Diario La Ley*, 31 de diciembre de 2017, p. 8; y THERY, A.: “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)”, cit., p. 7.
En contra de esta postura Rojo, A.: La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva”, cit., pp. 99-III.
- 31 En este sentido se pronuncia DE CÁRDENAS SMITH, C.: “La propuesta de directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 29, julio 2018, pp. 227-228: “Una reciente experiencia ayuda a ilustrar por qué es importante no exigir la insolvencia (siquiera inminente) para poder acceder a un proceso de homologación; me refiero a la reestructuración del grupo FCC. Esta se acometió meses antes de que venciera una importante cuota de su financiación. Algunos acreedores cuestionaron que FCC pudiera acogerse a la DA 4.ª LC sin encontrarse en estado de insolvencia, ni siquiera inminente, y ello a pesar de que la DA 4.ª (siguiendo la estela del art. 5 bis LC en este punto) no exige ni la insolvencia actual ni la inminente para poder acceder a la homologación. Los procesos de reestructuración son enormemente complejos por la diversidad de intereses que hay que conjugar (deudor, accionistas y acreedores de la más variada naturaleza) y no es infrecuente que se dilaten en el tiempo durante meses o incluso durante más de un año. Es fácil comprender que forzar al deudor a esperar hasta el último minuto para poder presentar la solicitud de homologación frustraría por completo

Precisamente y por lo que respecta al análisis de la segunda condición para la concurrencia del presupuesto objetivo de la Directiva 2019/1023, esto es, la condición asociada al destino o finalidad del contenido del acuerdo, de conformidad con el art.1.1 a), los marcos de reestructuración preventiva deberán tener por objeto “impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor”.

Es decir, los marcos de reestructuración se configuran en la Directiva 2019/1023 con una clara orientación conservativa del patrimonio empresarial, sin que en ningún caso, los mismos puedan ser utilizados como vehículo para la liquidación de la empresa³².

Finalmente debe llamarse la atención sobre dos exclusiones del presupuesto objetivo de los marcos de reestructuración contenidas en el art.2, apartados 5 y 6 de la Directiva 2019/1023, una de carácter potestativo y otra de carácter obligatorio, respectivamente: la primera hace referencia a la posibilidad de los Estados Miembros de excluir del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a determinados tipos de créditos, como los créditos de los trabajadores, los créditos por alimentos y créditos nacidos de la responsabilidad civil *ex delicto*; por su parte, el apartado 6 de la Directiva establece la obligación de los Estados Miembros de garantizar que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los derechos de pensión de jubilación devengados.

La previsión de las correlativas posibilidad y obligación de exclusión de estos tipos de créditos del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración evidencia, por un lado, el interés de la Directiva por la protección de los derechos de los trabajadores y el mantenimiento de los puestos de trabajo como uno de los efectos positivos asociados al mantenimiento de la viabilidad empresarial a través de la reestructuración preventiva³³, así como, por el otro lado, fomentar la separación entre las cuestiones que afectan al mantenimiento de la viabilidad de la actividad empresarial del deudor por un lado, con respecto a las correspondientes

el objetivo que persigue este instituto. Afortunadamente, así lo entendió también el Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona en su sentencia de 29 de noviembre de 2016, que desestimó íntegramente las pretensiones de varios acreedores disidentes de FCC”.

- 32 En este sentido, señala el considerando 24 de la Directiva 2019/1023 que: “A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la inminencia de la insolvencia y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial”.
- 33 Así, el considerando 2 de la Directiva 2019/1023: “Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores –en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración–, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto”; el considerando 3: “En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada”; o el considerando 10: “Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura que conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. Dicho diálogo debe abordar tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en Derecho de la Unión y nacional”.

a su vida privada, en su caso, susceptibles de transitar por la vía de la exoneración de deudas.

En todo caso, la posibilidad de la exclusión de los derechos de los trabajadores del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración, se corresponde con la exclusión de los créditos laborales del ámbito de aplicación de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, tanto en su regulación actual en la D.A. 4ª de la LC, como en la proyectada en el art. 605.2 PTRLC, al no reunir los mismos la consideración de “acreedores de pasivos financieros” ni la de “créditos financieros”, respectivamente, de conformidad con cada una de dichas normativas.

IV. DEUDOR NO DESAPODERADO (*DEBTOR IN POSSESSION*).

Como manifestación del principio de intervención mínima³⁴, el art. 5.1 de la Directiva 2019/1023 establece con carácter general la conservación por el deudor del control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa – *debtor in possession* –. Sin embargo, este principio general de conservación del deudor en todas sus facultades de control y administración de su patrimonio, es rápidamente matizado en un primer estadio por el art. 5.2 de la Directiva 2019/1023, el cual establece como criterios generales para la toma de la decisión del nombramiento de un administrador en materia de reestructuración³⁵ que “se decidirá en cada caso concreto” y “cuando sea necesario”.

De esta forma, la “necesidad” y la “adecuación al caso concreto”, son los criterios identificados por la Directiva 2019/1023 en base a los cuales una autoridad judicial o administrativa podrá decidir el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración.

Ahora bien, estos criterios generales encuentran una excepción, “en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador”. Excepción que viene desarrollada por el art. 5.3 de la Directiva 2019/1023 el cual contempla un

34 En este sentido señala el considerando 30 de la Directiva 2019/1023 que: “Para evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial. El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor”.

35 De conformidad con el art. 2.1 ap. 12 de la Directiva 2019/1023, se entenderá por “administrador en materia de reestructuración”: “toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones”.

mandato imperativo a los Estados Miembros, los cuales establecerán disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, “al menos” en los tres casos previstos en dicho precepto: suspensión general de las ejecuciones singulares; existencia de un plan de reestructuración que deba ser aprobado mediante la aplicación de un mecanismo de arrastre vertical o *cross-class cramdown*; y la solicitud del deudor o los acreedores.

En todo caso, el análisis en su conjunto de la regulación del régimen del deudor no desapoderado previsto en el art. 5 de la Directiva 2019/1023, permite alcanzar la conclusión que, en la práctica el principio general puede acabar siendo precisamente el contrario al que preconiza la Directiva: el desapoderamiento del deudor y no el mantenimiento de sus facultades en un régimen de *debtor in possession*.

En este sentido, por mucho que formalmente se mantenga como principio general el mantenimiento por el deudor del control sobre sus activos y la gestión diaria de la empresa, la habitualidad en el tráfico de los supuestos que obligan al desapoderamiento del deudor recogidos en el art. 5.3 de la Directiva 2019/1023, puede provocar que, en la práctica, la excepción al régimen del *debtor in possession* pueda acabar siendo la regla general y esta, la excepción: por ejemplo, en el caso que el plan de reestructuración deba ser aprobado mediante la aplicación de un mecanismo de arrastre vertical o *cross-class cramdown*, mecanismo cuya posibilidad de activación constituye en muchas ocasiones la verdadera motivación subyacente para la presentación de un plan de reestructuración.

Por lo que respecta al caso español, la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español va a obligar a una revisión de este modelo el cual sí es de un auténtico deudor no desapoderado, lo que determinará la necesidad de nombrar un administrador en materia de reestructuración, al menos en los tres casos previstos en el art. 5.3 de la Directiva 2019/1023.

V. MORATORIA PRECONCURSAL (AUTOMATIC STAY).

I. Suspensión de las ejecuciones.

El art. 6 de la Directiva 2019/1023 se ocupa de regular la “suspensión de las ejecuciones singulares”³⁶ dirigidas contra el deudor, cuyo régimen exige el

36 Establece el art. 2 4) de la Directiva que: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 4 ‘suspensión de las ejecuciones singulares’: toda suspensión temporal, concedida por una autoridad judicial o administrativa o por ministerio de la ley, del derecho de un acreedor a ejecutar un crédito frente a un deudor y, cuando así lo disponga la normativa nacional, también frente a terceros proveedores de garantías, en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo u otro, o suspensión del derecho de embargar o ejecutar los activos o la empresa del deudor por medios extrajudiciales”.

cumplimiento de dos requisitos (i) que el deudor se encuentre negociando un plan de reestructuración y (ii) que dicha suspensión favorezca las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva.

Sin embargo, la Directiva 2019/1023, al igual que la normativa española – art. 5 bis LC–, no impone al deudor el deber de acreditar la concurrencia de dichos presupuestos en su comunicación al órgano judicial para que la suspensión despliegue sus efectos, así como tampoco se establece, al menos de forma obligatoria, ningún tipo de control judicial *ex ante* sobre la concurrencia de los mismos para acordar los efectos de la suspensión, produciéndose la misma por resolución judicial o administrativa o simplemente *oper legis*, como en el caso español³⁷.

Ello, no obstante, el art. 6.1 de la Directiva 2013/1023 contiene un segundo párrafo en virtud del cual se faculta a los Estados Miembros para que puedan prever en sus ordenamientos jurídicos un control *ex ante* de los requisitos para conceder la suspensión de las ejecuciones singulares por las autoridades judiciales o administrativas.

Ahora bien, atendiendo tanto al carácter *oper legis* de la suspensión de las ejecuciones singulares en el caso de los acuerdos de refinanciación españoles, así como a la introducción por la Directiva 2019/1023 de un control judicial *ex post* de la suspensión en el apartado 9 del art. 6 de la misma como garantía de los derechos de los acreedores, inexistente hasta el momento en el ordenamiento jurídico español, no parece que el legislador español debiera hacer uso de esta facultad de incorporación de dicho control *ex ante* de la suspensión, la cual no sólo es ajena a nuestra legislación concursal, sino que parece entrar en conflicto con la necesidad de celeridad en la activación de los efectos suspensivos, al menos en esta primera etapa, como garantía de la eficacia de la futura operación de reestructuración.

Por lo que respecta al alcance material de la suspensión, el art. 6 en sus aps. 2 y 3 de la Directiva 2019/1023 regula el alcance positivo de la suspensión, mientras que el alcance negativo se encuentra regulado en el art. 6 aps. 4 y 5 de la misma³⁸.

37 En este sentido señala DÍAZ LA CHICA, S.: “Los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración en la propuesta de directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 44, mayo-agosto 2018, p. 14: “De este modo, aunque no es descartable que la autoridad judicial pudiera rechazar la suspensión en el supuesto en el que de la propia solicitud se desprendiera la falta de cumplimiento del presupuesto de la suspensión, es evidente que la concesión de la suspensión no requiere un análisis material de la reestructuración, sino, en su caso, un análisis formal o de supervisión. Por ello, aunque la suspensión requiere necesariamente la intervención judicial, la concesión de la suspensión debería ser prácticamente automática”.

38 Debe añadirse a dicha excepción la prevista en el art. 31.1 de la Directiva 2019/1023 referente a las garantías financieras de la Directiva 2002/47 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos de garantía financiera, así como la imposibilidad de extensión material de los efectos suspensivos a las

Es de destacar sin embargo que, junto al amplio alcance positivo de la suspensión recogido en el art. 6.2 y 6.3 primer párrafo, el art. 6.3 segundo párrafo de la Directiva 2019/1023 permite también a los Estados Miembros regular una suspensión limitada para uno o varios acreedores individuales o categorías de acreedores que hayan sido informados, de conformidad con la normativa nacional, de las negociaciones sobre el plan de reestructuración o sobre la suspensión.

Esta posibilidad de limitación cabe interpretarla conjuntamente con el art. 8. 1 c) de la Directiva 2019/1023 la cual permite al deudor la identificación de los acreedores afectados por el plan de reestructuración, de forma que, de la conjunción de ambos preceptos, puede interpretarse que el alcance material de esta suspensión limitada queda limitada a los mismos acreedores o categorías de acreedores que efectivamente se van a ver afectados por el plan de reestructuración, dejando indemnes al resto de acreedores³⁹.

Por su parte, y por lo que respecta a la regulación negativa del alcance material de la suspensión, el art. 6.4 de la Directiva 2019/1023 constituye la cláusula general para la exclusión de determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión, en virtud de la cual, los Estados Miembros podrán excluir dichos créditos, "siempre que tal exclusión esté debidamente justificada" y, además, cumpla una de las dos condiciones alternativas que establece el precepto: que no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa; o que la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos⁴⁰.

Esta nueva regulación de la exclusión de créditos del ámbito de la suspensión de las ejecuciones singulares obligará en el caso español a revisar si la exclusión de

ejecuciones sobre derechos reales sobre bienes del deudor localizados en otro Estado miembro en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del el Reglamento 2015/848.

- 39 Esta libertad de configuración de los efectos de la suspensión obligará al deudor a cohonestar los mismos con los efectos derivados del plan de reestructuración, puesto que no tiene sentido que un acreedor que no se vaya a ver afectado por el plan de reestructuración sí se vea afectado por la suspensión de las ejecuciones. Así lo pone de relieve *Théry Marti, A.*: "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (II)", cit., pp. 14-15: "cabalmente debe existir cierta correspondencia entre los créditos cuya ejecución se pretenda suspender con la moratoria y aquellos que se pretenda afectar a través del Plan (recuérdese que, conforme al art. 6.2, cabe que el deudor delimite el perímetro de acreedores que hayan de ser afectados por la moratoria delimitación que merece incentivos como el del mantenimiento del deudor sin supervisión —art. 5.3.a—, aunque también un desincentivo —probablemente inadvertido y que merecería corrección en el texto final— como la vinculación de la protección frente a concursos necesarios a la circunstancia de que la moratoria se haya configurado como general). Si con el Plan no se pretende afectar de ningún modo a cierto crédito, no parece justificado que sin embargo el mismo haya de quedar afectado por la moratoria. La necesidad de la citada correspondencia parece inferirse del apartado 11.a) de la Recomendación de 2014, así como de la atribución al deudor de la capacidad para delimitar el perímetro de créditos afectados por la moratoria (art. 6.2) y por el Plan (arts. 9.1 y 14.2)".
- 40 En este sentido establece el considerando 34 de la Directiva 2019/1023 que: "En circunstancias bien definidas, los Estados miembros deben poder excluir del ámbito de aplicación de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, como los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes una suspensión provocaría un perjuicio injusto, por ejemplo a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías".

las ejecuciones del crédito de Derecho Público, recogida en el art. 5 bis ap. 4 p.7 LC y 591 PTRLC, cumple las condiciones establecidas en el art. 6.4 de la Directiva 2019/1023, tanto por la justificación debida se su exclusión, como, especialmente, si con carácter general puede afirmarse que permitir la autotutela ejecutiva de estos créditos, no pone en peligro la reestructuración de la empresa en ningún caso.

Finalmente, el art. 6.5 de la Directiva 2019/1023 establece la obligatoria y automática exclusión del alcance de la suspensión de las ejecuciones singulares con respecto a los créditos de los trabajadores. Ello, no obstante, en su segundo párrafo, permite a los Estados Miembros poder introducir una excepción a dicha exclusión, “siempre y en la medida en que se aseguren de que el pago de dichos créditos esté garantizado mediante marcos de reestructuración preventiva en un grado de protección similar”, es decir que el contenido del plan de reestructuración prevea expresamente el pago de dichos créditos.

En la actual regulación española de los acuerdos de refinanciación y también en la proyectada, no se prevé la exclusión subjetiva de los créditos de los trabajadores del ámbito de suspensión de las ejecuciones del art. 5 bis LC –más allá que la ejecución se dirija sobre bienes que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor–, por lo que la transposición de la Directiva obligará a reformular el régimen de la suspensión de la ejecución en este ámbito, bien excluyendo directamente los créditos de los trabajadores del ámbito de la misma, bien autorizando la misma en las condiciones exigidas por la Directiva, lo cual dado el momento muy temprano de las negociaciones de la reestructuración, parece difícil acreditar un compromiso firme en esta primera etapa de deudor y acreedores por dejar indemnes los créditos de los trabajadores.

En cuanto al alcance temporal de la suspensión, la Directiva 2019/1023 prevé en su art. 6.6 un plazo inicial de suspensión de 4 meses. Ello no obstante, dicho plazo podrá ser ampliado o concedido nuevo plazo, si así lo deciden establecer los Estados Miembros (art. 6.7 de la Directiva), y, en todo caso, previo cumplimiento de la condición que “circunstancias bien definidas muestran que dicha ampliación o nueva suspensión está debidamente justificada”. Para esclarecer cómo debe interpretarse esta cláusula general, la Directiva proporciona a continuación un listado ejemplificativo de tres circunstancias alternativas cuya concurrencia permitirían la ampliación o concesión de nuevo plazo⁴¹.

41 Art. 6.7 Directiva 2019/1023: “a) se han logrado avances importantes en las negociaciones sobre el plan de reestructuración; b) la continuación de la suspensión de ejecuciones singulares no perjudica injustamente los derechos o intereses de ninguna de las partes afectadas, o c) todavía no se ha abierto un procedimiento de insolvencia relativo al deudor, que pueda desembocar en la liquidación del deudor con arreglo a la normativa nacional”.

En todo caso, y de conformidad con el art. 6.8 de la Directiva 2019/1023, la duración total de la suspensión, incluidas ampliaciones y renovaciones no podrá exceder los 12 meses.

Como puede verse, esta regulación de la duración de la suspensión de las ejecuciones singulares entorno a un sistema de plazo inicial de 4 meses renovable y ampliable hasta 12, resulta novedoso respecto a la regulación actual de los acuerdos de refinanciación españoles (art. 5 bis .5 LC), que prevé un plazo de suspensión de 3+1 mes, o en el caso del proyectado régimen de suspensión en el PTRLC, el cual prevé un plazo de 3 meses para el deudor persona jurídica o persona natural empresario y de 2 meses para el deudor persona natural no empresario (art. 587 PTRLC).

Finalmente, y como contrapartida a la no previsión con carácter obligatorio de un control *ex ante* por parte de las autoridades judiciales o administrativas para la activación de la suspensión de las ejecuciones singulares, se completa el análisis de la regulación de este efecto suspensivo, con la previsión por el art. 6.9 de la Directiva 2019/1023, de un sistema obligatorio de control *ex post* de la suspensión –ajeno y novedoso a nuestra regulación actual y proyectada de los acuerdos de refinanciación españoles–, el cual permite alzar la suspensión en cualquiera de los 4 supuestos recogidos en el precepto, previendo además un quinto supuesto, de adopción facultativa por los Estados Miembros, en casos de falta de audiencia a los acreedores antes de la activación de la suspensión.

De estos 4 supuestos, reviste un mayor interés el tercer supuesto, el cual requiere de su completamiento por la normativa nacional puesto que su presupuesto de hecho el “perjuicio injusto para los acreedores” por la suspensión⁴², sólo se contempla respecto de los casos previstos por la normativa nacional.

La noción de “perjuicio injusto para los acreedores” en sede de suspensión de la ejecución viene desarrollada por el considerando 37 de la Directiva 2019/1023, el cual proporciona varios criterios para el enjuiciamiento de la concurrencia del mismo: que el crédito del acreedor resultase mucho más perjudicado como consecuencia de la suspensión que si la suspensión no se aplicara, o que el acreedor se encontrara en una situación de mayor desventaja frente a otros acreedores en una posición similar.

Se cierra el art. 6.9 de la Directiva 2019/1023 con la previsión facultativa para los Estados Miembros de una contragarantía a favor del deudor con respecto

42 Acerca de esta noción, señala el considerando 36 de la Directiva 2019/1023: “A la hora de determinar si existe un perjuicio injusto para los acreedores, las autoridades judiciales o administrativas deben poder tener en cuenta si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores”.

las causas de alzamiento de la suspensión antes expuestas, y es que no pueda producirse el alzamiento de la suspensión de las ejecuciones singulares, a pesar de la concurrencia de las causas para ello, durante el período inicial y general de suspensión de 4 meses previsto en el art. 6.6 de la Directiva.

La adopción de esta contragarantía parece conveniente en la medida en que aporta una razonable seguridad y expectativa al deudor, pero también a sus acreedores, de que al menos durante 4 meses, podrán disponer de un puerto seguro, un *safe harbour* para negociar el acuerdo de refinanciación, con independencia del posterior alzamiento de la suspensión, si se dan las causas para ello, en garantía de nuevo de los intereses de los acreedores del deudor.

2. Moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso y régimen de los *executory contracts*.

De nada serviría el régimen de la suspensión de las ejecuciones, si durante la vigencia del mismo, el deudor siguiera obligado a solicitar la declaración de concurso con las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicho deber, o si los acreedores pudieran instarle la declaración de concurso. Por esta razón, el art. 7 de la Directiva 2019/1023 prevé una moratoria respecto del deber de solicitar la declaración de concurso.

En este sentido, la Directiva regula tanto la interrupción de la obligación del deudor de solicitar la declaración de concurso durante el período de suspensión de las ejecuciones (art. 7.1 Directiva 2019/1023), como también la interrupción de la declaración de concurso instada a solicitud de los acreedores durante el mismo período (art. 7.2 Directiva 2019/1023).

Ahora bien, la moratoria respecto la obligación por el deudor de solicitar su declaración de concurso (art. 7.1 Directiva 2019/1023), puede excepcionarse de forma facultativa por los Estados Miembros en los supuestos y con las condiciones previstas en el art. 7.3 de la misma norma, el cual mantiene esta obligación del deudor de solicitar su propia declaración de concurso cuando el mismo carezca de liquidez y, por consiguiente, sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas al vencimiento de éstas durante el período de suspensión.

De lo anterior se deduce que el art. 7.3 de la Directiva 2019/1023 establece implícitamente y *a sensu contrario*, un deber del deudor de pagar las deudas surgidas con posterioridad a la suspensión de las ejecuciones singulares en el curso normal de la actividad de la empresa, durante todo el período de tiempo que dure la suspensión. Parecería sin embargo más adecuada la situación de dicho deber en el marco de los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos vigentes, tal y como se encontraba expresamente recogido en las versiones prelegislativas

de la Directiva. En todo caso, la consecuencia deriva del incumplimiento de dicho deber; según establece el art. 7.3 de la Directiva 2019/1023 es ahora la pérdida por el deudor del beneficio de la interrupción del deber de solicitar la declaración de concurso, sin que, en cambio, dicho incumplimiento se erija en causa resolutoria de dichos contratos para el acreedor-parte contratante *in bonis*, tal y como prevé el actual art. 62 LC, eso sí, en sede concursal.

En definitiva y con el régimen actual del art. 7.3 de la Directiva 2019/1023, la iliquidez del deudor durante el período de suspensión de las ejecuciones mantiene su obligación de solicitar la declaración de concurso conforme a la normativa nacional, a salvo que el órgano judicial valore la conveniencia de mantener la suspensión de las ejecuciones individuales a la vista del posible resultado insatisfactorio para el interés general de los acreedores derivado de la apertura automática de un procedimiento concursal de liquidación del deudor.

La transposición al ordenamiento jurídico español de este régimen de interrupción del deber de solicitud de la declaración del concurso por el deudor y la facultad de su solicitud por los acreedores, no plantea dificultades de incardinación con el vigente régimen de suspensión del deber de declaración del concurso previsto en el art. 5 bis 2 LC y arts.593 y 594 PTRLC.

Por otro lado, además de la moratoria sobre la obligación de solicitar la declaración de concurso, el art. 7 de la Directiva 2019/1023 regula también en sus apartados 4 a 6 uno de los aspectos materialmente más importantes para el éxito de la reestructuración, puesto que si el plan de reestructuración contendrá disposiciones que afectarán a la “estructura de capital del deudor”, los apartados 4 a 6 del art. 7 de la Directiva 2019/1023 contienen la regulación de los efectos que la negociación de una reestructuración tiene sobre los acreedores que integran la “estructura operativa” del deudor; es decir los acreedores titulares de los *executory contracts*, contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, como los proveedores de la empresa, que financian el pasivo circulante de la misma y que son determinantes para garantizar la viabilidad económica del deudor⁴³.

43 A este respecto THERY MARTÍ, A.: “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (II)”, cit., pp. 17-18: “La estructura operativa (la unidad productiva con sus financiadores del circulante) y la estructura de capital (los financiadores del capital fijo) funcionan pues como dos ruedas dentadas, en la que la primera —más cercana al eje— transmite el movimiento a la segunda: si la rueda motriz se para, porque sus beneficios operativos se han hecho más pequeños y son incapaces de seguir moviendo a la segunda, ambas corren el riesgo de colapso...Ambos mecanismos (moratoria y Plan), siempre que jueguen solo sobre los financiadores de la estructura de capital, permiten aislar a la rueda motriz y protegerla del temido estigma. El estigma no es otra cosa que sus proveedores, clientes, financiadores de circulante y otros operadores (acreedores públicos y laborales) perciban el peligro de que pueden resultar afectados por la reestructuración y dejen de apoyar a la sociedad. De ahí la importancia de su no afectación (cada vez que se deja de tratar como tal a una contraparte ejecutoria para pasar a tratarle como un acreedor concursal afecto, se incrementa el estigma asociado a todas las situaciones concursales por venir, creándose un círculo vicioso que afecta a la eficacia de las propias instituciones). No solo porque económicamente resulta contraproducente, sino también porque jurídicamente dicha afectación resulta contraria al tratamiento —

El régimen jurídico de los “contratos vigentes” se inicia en el art. 7.4 de la Directiva 2019/1023, con la regulación de los “contratos vigentes esenciales”, subespecie de los anteriores y que el propio precepto define como: “aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor”.

Respecto de este tipo de contratos, el art 7.4 de la Directiva 2019/1023 establece que, con respecto a las deudas que se originaron antes —que no durante⁴⁴— la suspensión, los Estados Miembros deberán adoptar medidas para impedir que los acreedores afectados por la suspensión no podrán dejar en suspenso su propia prestación o rescindir, acelerar o, de cualquier otra manera, modificarlos en perjuicio del deudor. La anterior previsión no impedirá no obstante, que, como contragarantía a dichos acreedores, los Estados Miembros les reconozcan salvaguardas especiales para impedir que se les ocasionen un “perjuicio injusto”⁴⁵. Igualmente, también podrán los Estados Miembros extender la aplicación de estas reglas a “contratos vigentes” que no revistan la calificación de “contratos vigentes esenciales”.

La regulación del régimen de los “contratos vigentes” en la Directiva 2019/1023 prosigue en su art. 7.5 con la regulación de la ineficacia de las llamadas *ipso facto clauses*, precepto de contenido idéntico al previsto en el art. 61.2 y 3 de nuestra LC, si bien este último se contempla en sede de declaración de concurso y no en sede preconcursal. En virtud de lo dispuesto en el art. 7.5 de la Directiva, los acreedores no podrán dejar en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes, resolverlos, acelerarlos o modificarlos en virtud de una cláusula contractual al efecto, por el mero motivo del inicio de un procedimiento de reestructuración preventiva⁴⁶.

En definitiva, el precepto supone adelantar a la fase preconcursal los efectos de la nulidad de las *ipso facto clauses* propias del ámbito concursal, lo que constituye

absolutamente clave— que merecen los contratos ejecutorios que a su vez suelen titular las contrapartes que se relacionan a nivel operativo”.

- 44 En este sentido el considerando 41 de la Directiva 2019/1023 contiene una precisión muy importante y es que: “Los Estados miembros deben disponer que los acreedores a los que se aplique la suspensión de ejecuciones singulares, cuyos créditos se hubieran originado con anterioridad a la suspensión y que no hubieran recibido el pago de un deudor, no puedan suspender el cumplimiento, resolver, acelerar o modificar de ninguna otra manera los contratos vigentes con obligaciones recíprocas esenciales durante el plazo de suspensión, siempre que el deudor cumpla sus obligaciones derivadas de aquellos contratos que lleguen a su vencimiento durante la suspensión”.
- 45 La noción de “perjuicio injusto para los acreedores” en sede de suspensión de ejecuciones singulares ha sido expuesta en el apartado precedente.
- 46 El art. 7.5 de la Directiva 2019/1023 detalla cuatro supuestos referidos al inicio de un procedimiento de reestructuración preventiva: “a) una solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva; b) una solicitud de suspensión de las ejecuciones singulares; c) la apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva, o d) la propia concesión de una suspensión de las ejecuciones singulares”.

una previsión necesaria a los efectos de garantizar la eficacia de la negociación de un plan de reestructuración y que, en el caso español, obligarán a incluir una disposición a tal respecto, al no existir en la Ley Concursal española norma alguna que se ocupe de este tipo de cláusulas en sede preconcursal.

Como contrapartida a este régimen de mantenimiento de la vigencia de los *executory contracts* durante la negociación de un plan de reestructuración, los acreedores cuentan con la salvaguarda del art. 7.3 de la Directiva antes comentado, esto es: el deber del deudor de pagar las deudas surgidas con posterioridad a la suspensión de las ejecuciones singulares en el curso normal de la actividad de la empresa, durante todo el período de tiempo que dure la suspensión. Ello no obstante el incumplimiento de dicho deber no desplegará sus efectos sobre el régimen de la eficacia contractual, sino sobre la regulación del deber de solicitar la declaración del concurso por el deudor o sus acreedores, tal y como se ha criticado anteriormente.

VI. CONTENIDO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.

El plan de reestructuración constituye el núcleo central de la Directiva 2019/1023 hacia cuya adopción convergen el resto de marcos de reestructuración previstos en la norma: moratoria preconcursal, régimen de la nueva financiación, deberes de los administradores en sede de reestructuración, etc. Su regulación se contiene en el art. 8 de la Directiva 2019/1023, precepto que aparece dividido en dos partes bien diferenciadas: Una primera parte dedicada a la regulación del contenido que, como mínimo⁴⁷, debe tener un plan de reestructuración, la cual se extiende a lo largo de los párrafos a)-h) del mismo; y una segunda parte, el art. 8.2 de la Directiva 2019/1023, que impone a los Estados miembros el deber de publicar en Internet a disposición de los deudores, una lista de comprobación completa para los planes de reestructuración, la cual incluirá directrices prácticas sobre la manera de redactar el plan de reestructuración de conformidad con la normativa nacional.

Por lo que respecta al contenido mínimo del plan de reestructuración que preceptúa la Directiva a lo largo de los distintos apartados del art. 8.1 de la Directiva 2019/1023, los párrafos a) y b), pueden interpretarse como un *written disclosure statement* tácito incluido dentro del contenido del plan de reestructuración, por cuanto los mismos refieren a la descripción del deudor, de sus activos y a las causas

47 En este sentido, señala el considerando 42 de la Directiva 2019/1023 que: “La presente Directiva establece normas mínimas de contenido de los planes de reestructuración. Los Estados miembros deben poder exigir más explicaciones en el plan de reestructuración, por ejemplo, en relación con los criterios según los cuales se ha agrupado a los acreedores, que pueden ser pertinentes en caso de que una deuda esté garantizada solo parcialmente. No se puede obligar a los Estados miembros a solicitar un informe pericial sobre el valor de los activos que debe indicarse en el plan”.

de su insolvencia, si bien el considerando 42 de la Directiva 2019/1023 proscribía expresamente que se obligue al deudor a solicitar un informe pericial sobre el valor de los activos incluidos en el plan para integrarlo dentro del contenido del mismo.

Mayor interés reviste el apartado c) del precepto, el cual, de conformidad con lo establecido en la Recomendación de 2014⁴⁸, refiere a la facultad del deudor de delimitar el pasivo o “partes afectadas⁴⁹”, por el plan de reestructuración⁵⁰, esto es, los acreedores que tendrán derecho de voto sobre la adopción del plan de reestructuración (art. 9.2 Directiva 2019/1023), lo que consecuentemente *a sensu contrario*, implica determinar la identidad de las partes no afectadas por el plan de reestructuración – art. 8.1 e) Directiva 2019/1023 –, las cuales no participarán en la adopción del plan y por tanto no se verán afectadas por el mismo ex. art. 15.2 Directiva 2019/1023. Esta específica previsión acaba con la controversia existente sobre este asunto en nuestro país al respecto de la posibilidad o no para el deudor de delimitar a su criterio el pasivo afectado por un acuerdo de refinanciación⁵¹.

Por su parte el art. 8.1 d) de la Directiva 2019/1023 constituye el núcleo central del plan de reestructuración y, en general de todo el proceso de adopción

48 Recomendación de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, apartados 16 y 20.

49 De conformidad con el art. 2.1.2) de la Directiva 2019/1023 cabe entender por “partes afectadas”: los acreedores, incluidos, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los trabajadores o las categorías de acreedores y, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración.

50 A favor de la consideración de los titulares de importes comprometidos como partes afectadas por el plan de reestructuración, UGALDE PÉREZ, T.: “Acuerdos de refinanciación: extensión de efectos a determinados financiadores y sacrificio desproporcionado. Análisis tras la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 y la Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, julio 2017, p. 5. En este sentido, la PD va más allá del término acreedores de pasivos financieros como sujetos que pueden quedar afectos a una operación de refinanciación o reestructuración. Introduce el término “partes afectadas”, que define como acreedores y categorías de acreedores o, cuando proceda, tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses se ven afectados por un plan de reestructuración. Queda por ver si el legislador decide —dadas las menciones de los considerandos 25 y 31 y los arts. 8 y 9 de la PD— incorporar a los titulares de importes comprometidos como partes susceptibles de ser afectadas por una operación de refinanciación. Si lo hiciese, aspecto que a mi juicio es necesario y positivo, especialmente en casos en que los importes comprometidos son necesarios para la viabilidad del deudor, el acuerdo de refinanciación debería identificar, según el texto de la PD, si dichos titulares de importes comprometidos son o no partes afectadas por la operación de refinanciación o reestructuración y en qué categoría se agrupan a efectos de la aprobación del plan (pudiendo agruparse conjuntamente por tener intereses asimilables o tratarse de partes afectadas de la misma categoría).

51 Así lo destaca THERY MARTÍ, A.: “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)”, cit., p. 13: La posibilidad de delimitar el pasivo afectado (es decir, de decidir que haya pasivo no afectado por un Plan) es una cuestión importante, pues proporciona flexibilidad al proponente del Plan para no tener que afectar a acreedores que no deberían estarlo. Desde la perspectiva española, en marzo de 2015 argumenté que debía ser posible para el proponente de una homologación teledirigir o ceñir la refinanciación única y exclusivamente al grupo de acreedores financieros afectados, en cuyo caso los no afectados no habían de ser tenidos en consideración a efectos de determinación de mayorías. Desde entonces, han recaído al menos dos resoluciones judiciales al respecto en nuestro país: en la primera de ellas, el caso Abengoa, el juzgado ha estimado que debe tomarse en consideración para el cálculo de mayorías todos los pasivos financieros, incluyendo los de aquellos acreedores no afectados que hubiesen votado a favor; en la segunda de ellas, el caso FCC, el juzgado ha estimado lo contrario. En estos casos han existido posturas contradictorias sobre el mismo extremo. Pero la posición adoptada por cada juzgado fue la necesaria para que los respectivos acuerdos de refinanciación no cayesen”.

del mismo, al identificar las categorías en que las que, en su caso, han sido agrupadas las “partes afectadas” por el plan de reestructuración (junto con las razones para la conformación de las mismas), puesto que la adopción del plan de reestructuración depende de la conjunción de voluntades de las categorías de acreedores y no de los acreedores individualmente considerados – a diferencia de lo que sucede en una Junta de acreedores en sede concursal ex. art. 121 LC –. Esta clasificación por categorías es revisada de oficio por el órgano judicial cuando se tramite una solicitud de confirmación del plan de reestructuración, ex. art. 9.5 en relación con el art. 10.1 de la Directiva 2019/1023, lo cual opera como garantía del cumplimiento del requisito de la igualdad y proporcionalidad en el tratamiento de los acreedores incluidos en una misma categoría al que hace referencia el art. 10.2 b) de la Directiva 2019/1023.

Para la formación de dichas categorías de acreedores –*class formation* –, de conformidad con lo establecido en el art. 9.4 de la Directiva 2019/1023, deberá atenderse a que cada una de dichas categorías “reflejen una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables, con arreglo a la normativa nacional. Como mínimo, los acreedores de los créditos garantizados y no garantizados deberán ser tratados como categorías separadas a efectos de adoptar un plan de reestructuración»; añadiendo el precepto que, en todo caso, “los Estados miembros establecerán medidas adecuadas para garantizar que la clasificación en categorías se realiza de modo que tenga particularmente en cuenta la protección de los acreedores vulnerables, como los pequeños proveedores”⁵².

Como puede verse, la clasificación por categorías distintas del crédito garantizado y el no garantizado, es la única categorización de los acreedores que con carácter obligatorio establece la Directiva, la cual precisamente coincide con la única clasificación en categorías de acreedores que recoge el actual régimen de homologación judicial de acuerdos de refinanciación de la D.A. 4ª de la LC, así como el proyectado régimen de homologación judicial del PTRLC, en especial en el art. 622 del mismo.

Junto a esta clasificación obligatoria en categorías de acreedores el art. 9.4 de la Directiva 2019/1023 establece la facultad de los Estados Miembros de poder disponer que los trabajadores sean clasificados en una categoría propia (siempre que no hubieran sido excluidos del ámbito objetivo de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva por el Estado Miembro en cuestión de conformidad con el art. 1.5 de la Directiva 2019/1023 antes comentado), así como en su caso que los deudores que sean pymes tengan la posibilidad de no tratar a las partes afectadas como categorías separadas.

52 En este sentido, resultan especialmente importantes las directrices que da al respecto de la mecánica de conformación de categorías de acreedores el considerando 44 de la Directiva 2019/1023.

De esta forma, la “clasificación en categorías de acreedores” no se realiza por referencia a clasificaciones legales preestablecidas (clasificación concursal del crédito), sino a los derechos e intereses preexistentes de los acreedores, los pactos entre los mismos, así como al tratamiento que los créditos de estos acreedores puedan recibir como consecuencia de la tramitación del plan de reestructuración⁵³.

Siguiendo con el análisis del contenido del plan de reestructuración y más allá de la lógica previsión del art. 8.I.f) de la Directiva 2019/1023 respecto la inclusión en el mismo de la identidad del administrador en materia de reestructuración en caso que éste haya sido nombrado, prosigue el apartado g) del precepto especificando determinadas previsiones que se deberán incluir entre el contenido del plan de reestructuración: la duración del plan; naturalmente las medidas de reestructuración a adoptar en relación con la deuda: quitas, esperas, conversiones y capitalizaciones⁵⁴; los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores así como las consecuencias del plan de reestructuración para el empleo; los flujos financieros estimados del deudor si así lo prevé la normativa nacional, así como la nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración.

Se cierra la lista de contenido del plan de reestructuración con la exigencia por el art. 8 g) vi) *in fine* de la Directiva 2019/1023 de especificar “los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan”, junto con la exigencia por el apartado h) del precepto de “una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan”, todo ello unido a la posibilidad que los Estados Miembros puedan requerir que un experto independiente (o incluso el

53 Acerca de este carácter autónomo de la clasificación en categorías de los acreedores con respecto a la clasificación concursal de los créditos, pronuncia DE CÁRDENAS SMITH, C.: “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español”, cit., p. 230: “Si bien la adopción en España de un sistema de clasificación de los acreedores parece que va a ser inevitable, debe advertirse que dista de ser la panacea universal. En primer lugar, porque la experiencia inglesa demuestra que la correcta formación de las clases (*class formation*) es el aspecto que más litigios genera en este tipo de procedimientos” y, en segundo lugar, porque en un sistema como el español existirá la tentación de identificar automáticamente el concepto de ‘clase’ con las previstas en el art. 89 LC (que regula las ‘clases de créditos’)”.

54 Acerca de las ventajas de la capitalización de deuda en sede de reestructuración, THERY MARTÍ, A.: “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (II)”, cit., p. 3. “En fin, la convertibilidad de los créditos en participaciones tiene otras ventajas derivadas. De un lado, incentiva el mercado secundario de crédito, permitiendo la salida de los acreedores con menor capacidad de resistencia al riesgo y la entrada de aquellos otros con mayor tolerancia —acreedores financieros profesionales del ‘distress’—. Estos últimos, mediante la compra de todos o la mayoría de los créditos que compongan la clase fulcro, buscarán tener la mayor palanca posible con respecto a los administradores sociales (*vid.* apartado I), y hacerse a través del Plan con los derechos de control (*vid.* apartado III.2), a fin de movilizar su experiencia en el enderezamiento de sociedades. De otro lado, dicha convertibilidad transforma la reestructuración en una verdadera modalidad de ejecución colectiva a favor de los acreedores: les permite convertir sus créditos en el capital de la sociedad deudora como instrumento más eficiente para ejecutar global y simultáneamente todos sus bienes y derechos, de tal forma que los mismos no se disgreguen, pueda mantenerse la actividad y con ello los acreedores capturen la prima de reestructuración que es lo que, precisamente, justifica que la sociedad sea reestructurada en lugar de liquidada”.

administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado), realice dicha justificación o bien simplemente valide la misma.

Esta necesidad de justificación que el contenido del plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia y garantizar la viabilidad empresarial del deudor constituye la muestra más palpable de la finalidad conservativa y no liquidativa que preside la regulación europea de los planes de reestructuración, siendo la salvaguarda de la viabilidad empresarial el principio orientador de toda la institución, tal y como se ha comentado anteriormente.

Ahora bien, por lo que respecta a la regulación del contenido de los acuerdos de reestructuración en España, este principio conservativo es el que inspira también la regulación de los acuerdos de refinanciación españoles, en los cuales las medidas de refinanciación adoptadas deben responder “a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”, al menos en el caso de los acuerdos colectivos de refinanciación del vigente art. 71.1 bis LC y proyectado art. 597 del PTRLC, así como los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente de la vigente D.A 4ª LC y proyectado art. 605 PTRLC, no exigiendo sin embargo este requisito la regulación vigente de los acuerdos singulares de refinanciación del art. 71.2 bis LC, pero sí la proyectada en el art.603 PTRLC.

En todo caso y en conclusión con respecto al contenido mínimo que para los planes de reestructuración establece el art. 8.1 de la Directiva 2019/1023, el elemento más novedoso lo constituye, tal y como se ha señalado, la clasificación de los acreedores en categorías – institución ajena a la regulación española de los acuerdos de refinanciación más allá de la clasificación entre acreedores con y sin garantía real en la D.A 4ª LC –, la cual debe entenderse extrapolable también a los acuerdos colectivos de refinanciación no homologados judicialmente del art. 71.1 bis LC, ex. art. 4.5 de la Directiva 2019/1023.

A lo anterior debe añadirse la necesidad de una reforma del procedimiento de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación para prever un mecanismo judicial de revisión de dicha clasificación de los acreedores por categorías, cuando se pretenda que el plan de reestructuración lleve asociados efectos de “arrastre”, prevea nueva financiación o impliquen una pérdida de más del 25% del personal (art. 9.5 en relación con el art. 10.1 de la Directiva 2019/1023), revisión que es incluso posible articular con carácter previo a la presentación de la solicitud de confirmación del plan de reestructuración⁵⁵.

55 Dentro del diseño y alcance de este mecanismo de revisión de la clasificación de los acreedores por categorías destaca el considerando 46 de la Directiva 2019/1023 que: “Los Estados miembros deben garantizar, en cualquier caso, que se dé un trato adecuado en sus normativas nacionales a las cuestiones de especial importancia a los fines de la clasificación por categorías, tales como los créditos de partes

VII. LA ADOPCIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.

El art. 9 de la Directiva 2019/1023 tiene por objeto la regulación del régimen de adopción de los planes de reestructuración, si bien en sus apartados 4 y 5 se contienen previsiones sobre la conformación y revisión de las categorías de acreedores, las cuales han sido analizadas en el apartado precedente.

Situados en este contexto, de conformidad con el art. 9.1 de la Directiva 2019/1023, se encuentran legitimados para la presentación de un plan de reestructuración tanto el deudor en todo caso, como los acreedores y el administrador en materia de reestructuración, si así lo prevén los Estados Miembros. Dicho plan, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, delimitará las “partes afectadas” por el plan de reestructuración, las cuales tendrán derecho de voto sobre la adopción del plan (art. 9.2), si bien los Estados Miembros podrán prever la exclusión de dicho derecho de voto a cualquiera de los colectivos a los que refiere el art. 9.3 Directiva 2019/1023⁵⁶, destacando a estos efectos la posibilidad de exclusión de las personas relacionados con el deudor o que presenten una situación de conflicto de interés, previsión ya contemplada en sede de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación españoles en el p.2 ap.I de la D.A 4ª LC y el art. 606.3 PTRLC.

Las normas para la adopción del plan de reestructuración *strictu sensu*, se contienen en los apartados 6 y 7 del art. 9 de la Directiva 2019/1023. En este sentido y por lo que respecta al régimen de mayorías, el art. 9.6 de la Directiva sólo exige la concurrencia, en cada categoría de acreedores, de una mayoría del importe de los créditos o intereses⁵⁷, no de partes o cabezas. El sistema de doble mayoría de créditos y de partes es de exigencia potestativa por los Estados Miembros.

En todo caso, una y otra mayoría no podrán ser superiores al 75% del importe de los créditos o intereses, o del número de partes afectadas, en cada categoría de acreedores en cuestión, además de añadir el considerando 47 de la Directiva

relacionadas, y que sus normativas nacionales contengan disposiciones que traten los créditos contingentes y los créditos impugnados”.

56 Art. 9.3 Directiva 2019/1023: “No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros podrán excluir del derecho de voto a: a) los tenedores de participaciones; b) los acreedores cuyos créditos sean de rango inferior al de los créditos de los acreedores ordinarios sin garantía en el orden normal de prelación en una liquidación, o c) cualquier persona relacionada con el deudor o la empresa del deudor que presente un conflicto de intereses con arreglo a la normativa nacional”.

57 Acerca del cómputo de la mayoría dentro de cada categoría, DÍAZ LA CHICA, S.: “Los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración...”, cit., p. 31: “Como resulta de la regla prevista por la Propuesta de Directiva, el nivel de apoyo de los acreedores al acuerdo de reestructuración se medirá en función del importe del crédito que ostente cada acreedor en relación con el importe total de la deuda afectada. El porcentaje de apoyo a la reestructuración resultará de dividir el importe de los créditos cuyos acreedores hayan manifestado su consentimiento a la reestructuración en cada categoría y el importe total de la deuda afectada en cada una de dichas categorías”.

2019/1023, incluso la posibilidad de los Estados Miembros de establecer umbrales de participación para la votación. Este margen de discrecionalidad a los Estados Miembros en la configuración del régimen de conformación de la mayoría significa sin embargo abrir la puerta al *forum shopping*, puesto que deudor y acreedores preferirán negociar un plan de reestructuración en aquellos Estados miembros que no exijan umbrales de participación para la votación y que requieran un menor importe de créditos para conformar la mayoría necesaria para la adopción del plan de reestructuración.

Por lo que respecta a los acuerdos de refinanciación españoles, las mayorías previstas para la adopción de los mismos refieren únicamente a la mayoría del importe de los créditos, sin exigir la concurrencia adicional de la mayoría de acreedores o partes, siendo estas de 3/5 del pasivo del deudor (60%) en el caso de los acuerdos de refinanciación colectivos del art. 71.I bis LC y del 51% de los pasivos financieros de la D.A. 4ª LC, todo ello sin perjuicio de las reglas especiales de cómputo para el caso de préstamos sindicados o grupos de sociedades en cada caso.

Ahora bien, debe tomarse en consideración que estas mayorías refieren a una sola categoría unitaria de acreedores, dada la inexistencia actual de un sistema de clasificación de los acreedores en categorías, tal y como prevé el art. 8 de la Directiva 2019/1023. Por consiguiente, el sistema de mayorías para la adopción de los acuerdos de refinanciación deberá ser adaptado a la clasificación de los acreedores por categorías, lo que obligará a una revisión de los porcentajes constitutivos de mayoría exigibles en cada caso, así como la conveniencia o no de la instauración de un régimen de doble mayoría para su adopción que exija junto a la mayoría del importe de los créditos, la concurrencia de una mayoría de acreedores o partes afectadas.

VIII. LA CONFIRMACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

Una vez adoptado el plan de reestructuración, surge el problema de la extensión de los efectos del mismo a los acreedores disidentes, pues, salvo que el plan se haya adoptado por unanimidad dentro de cada categoría de acreedores, pueden haber acreedores disidentes que hayan votado en contra de la adopción del plan, o incluso una categoría completa de acreedores que haya votado en contra, a los cuales de conformidad con el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), no les sería aplicable los efectos de un plan de reestructuración respecto del cual no han mostrado su adhesión.

Para superar este escollo, la Directiva 2019/1023 establece un régimen de confirmación del plan de reestructuración por un órgano judicial o autoridad

administrativa competente – el equivalente a nuestra homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la D.A 4ª LC –, el cual distingue entre dos categorías de planes de reestructuración. Así, en el art. 10 de la Directiva 2019/1023 se regula el régimen de confirmación de los “planes de reestructuración consensuados” – *consensual plans* –, mientras que en el art. 11 de la Directiva se recoge el régimen de confirmación de los “planes de reestructuración no consensuados” – *non-consensual plans or cramdown plans* –⁵⁸.

I. Planes de reestructuración consensuados (*intra-class cramdown*).

En el caso de los “planes de reestructuración consensuados”, el plan de reestructuración ha sido aprobado por todas las categorías de acreedores, pero no por todos los acreedores incluidos en cada categoría. Situados en este contexto, el art. 10 de la Directiva 2019/1023 se ocupa de regular los requisitos necesarios para la extensión de los efectos del plan de reestructuración a los acreedores disidentes dentro de la misma categoría de acreedores, es decir, los efectos de “arrastré horizontal” o *intra-class cramdown*.

En este sentido, el art. 10.1 de la Directiva 2019/1023 abre el régimen jurídico de la confirmación de los planes de reestructuración identificando los planes que, como mínimo⁵⁹, deberán ser confirmados por una autoridad judicial o administrativa para que revistan eficacia vinculante respecto las “partes afectadas” del mismo: “a) los planes de reestructuración que afecten a los créditos o los intereses de las partes afectadas disidentes; b) los planes de reestructuración que prevean una nueva financiación; c) los planes de reestructuración que impliquen la pérdida de más del 25 % del personal si la normativa nacional lo permitiese”.

Para que pueda producirse dicha extensión de efectos será necesario que se cumplan de forma obligatoria, como mínimo⁶⁰, los cinco requisitos acumulativos establecidos en el art. 10.2 de la Directiva 2019/1023, así como en su caso, el sexto requisito que con carácter potestativo pueden introducir los Estados Miembros

58 Sobre la justificación del régimen de confirmación judicial del plan de reestructuración, señala el considerando 48 de la Directiva 2019/1023 que: “Es necesaria la confirmación del plan de reestructuración por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa para garantizar que la reducción de los derechos de los acreedores y de los tenedores de participaciones sea proporcional a las ventajas de la reestructuración y que tengan acceso a una tutela judicial efectiva”.

59 En este sentido, el considerando 48 de la Directiva 2019/1023 contempla expresamente la posibilidad de someter a confirmación judicial otros planes de reestructuración más allá de los previstos en el art. 9.1 de la Directiva, para que los mismos sean vinculantes para las partes afectadas.

60 La previsión de requisitos adicionales a los recogidos en el art. 10.2 de la Directiva por los Estados Miembros es posible de conformidad con lo señalado por el considerando 50 de la Directiva 2019/1023: “Aunque, a fin de evitar realizar una valoración en cada caso, el cumplimiento de la prueba del interés superior de los acreedores debe ser examinado por la autoridad judicial o administrativa únicamente si el plan de reestructuración es impugnado por ese motivo, los Estados miembros deben poder establecer que otras condiciones para la confirmación puedan examinarse de oficio. Los Estados miembros deben poder añadir otras condiciones de obligado cumplimiento para confirmar un plan de reestructuración, por ejemplo, que los tenedores de participaciones estén convenientemente protegidos”.

de conformidad con el art. 10.3 de la Directiva 2019/1023. Así en conjunto: (i) el plan de reestructuración se haya adoptado de conformidad con el art. 9; (ii) los acreedores con una comunidad de intereses suficiente en la misma categoría sean tratados por igual y de manera proporcionada a su crédito; (iii) el plan de reestructuración se haya notificado de conformidad con la normativa nacional a todas las partes afectadas; (iv) cuando haya acreedores disidentes, el plan de reestructuración supere la prueba del interés superior de los acreedores; (v) en su caso, toda nueva financiación sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores; y con carácter potestativo (vi) que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa.

De todos estos requisitos reviste mayor interés el cuarto requisito, el cual constituye la clave de bóveda para que se produzcan los efectos de “arrastre horizontal”, al recoger expresamente “la prueba del interés superior de los acreedores”.

La Directiva 2019/1023 define la “prueba del interés superior de los acreedores” en su art. 2.1 6) en base a dos criterios alternativos⁶¹: “una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por el plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, *como* en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración” (la cursiva es nuestra para resaltar el segundo criterio alternativo).

En una operación de reestructuración, la asunción de base de la misma es que la reestructuración es preferible a la liquidación porque el deudor tiene un valor de reestructuración superior como “empresa en funcionamiento” al valor de liquidación. La diferencia entre el valor de reestructuración y el valor de liquidación constituye lo que se conoce como *going concern surplus* (GCS) o

61 Así establece el considerando 52 de la Directiva 2019/1023: “Superar la prueba del ‘interés superior de los acreedores’ se debe considerar que significa que ningún acreedor disidente se vea más perjudicado por el plan de reestructuración de lo que se vería en caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación gradual o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, o en el caso de la mejor solución alternativa si no se confirmase el plan de reestructuración. Los Estados miembros deben poder elegir uno de esos dos umbrales al aplicar la prueba del interés superior de los acreedores en la normativa nacional. Esta prueba ha de aplicarse, en todo caso, cuando deba confirmarse un plan a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes o, según los casos, categorías de acreedores disidentes. Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores”.

“prima de reestructuración”, que es objeto de distribución entre las categorías de acreedores a través del plan de reestructuración⁶².

Ahora bien, en comparación con el valor de liquidación, la determinación del valor de reestructuración de la empresa como “empresa en funcionamiento” resulta más compleja, razón por la que la fijación de dicho valor de reestructuración puede acabar siendo fijado por un órgano judicial o autoridad administrativa (el cual podrá designar u oír a expertos debidamente cualificados), en caso de impugnación del plan de reestructuración por un acreedor disidente, alegando precisamente, la no superación por el mismo de “la prueba del interés superior de los acreedores”, ex. art. 14.3 en relación con el art. 14.1 de la Directiva 2019/1023.

Situados en este contexto la finalidad de “la prueba del interés superior de los acreedores” es asegurar el interés de los acreedores en la operación, evitando que los acreedores disidentes queden sometidos como consecuencia de los efectos de arrastre horizontal, a condiciones más gravosas para el cobro de sus créditos, de las que tendrían si se liquidara al deudor y se procediera a la atribución del valor de liquidación del mismo. En otras palabras, “la prueba del interés superior de los acreedores” garantiza al acreedor que su “cuota de reestructuración” va a ser mayor que su “cuota de liquidación”.

Así las cosas, la inclusión expresa de la superación por el plan de reestructuración de “la prueba del interés superior de los acreedores” o *Best Interest of Creditors Test*, como requisito para su confirmación judicial y, por tanto, para que se produzcan los efectos de “arrastre horizontal” o *intra-class cramdown*, propuestos por la Directiva 2019/1023, supone un hito crucial para la efectividad y seguridad jurídica de los planes de reestructuración, especialmente en comparación con la situación actual existente en nuestro país en sede de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, donde no existe *Best Interest of Creditors Test*, sino el control del “sacrificio desproporcionado” del acuerdo de refinanciación, concepto jurídico indeterminado que, de *lege data* carece de definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, si bien de *lege ferenda* – art. 618.3 PTRLC–, y tomando en consideración las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia, se comprueba como su contenido incluye de facto la superación del *Best Interest of Creditors Test*.

62 Así señala el considerando 49 de la Directiva 2019/1023 que: “En caso de que los Estados miembros opten por realizar una valoración del deudor como empresa en funcionamiento, el valor como empresa en funcionamiento debe tener en cuenta la actividad del deudor a largo plazo, al contrario que el valor de liquidación. El valor como empresa en funcionamiento es, por regla general, superior al valor de liquidación, ya que se basa en la presunción de que la empresa sigue activa con una mínima perturbación, cuenta con la confianza de los acreedores financieros, accionistas y clientes, y sigue generando ingresos, y limita las repercusiones sobre los trabajadores”.

Ahora bien, el examen de la superación de “la prueba del interés superior de los acreedores”, pese a configurarse en la Directiva como uno de los requisitos mínimos para la confirmación del plan de reestructuración, no se realiza mediante un control *ex ante*, sino que, de conformidad con lo establecido por el art. 10.2 in fine de la Directiva 2019/1023, en relación con el art. 14.3 y el art. 14.1 de la misma, dicho control se realiza en exclusiva con carácter *ex post* a la aprobación del plan, con motivo de la impugnación del plan de reestructuración presentada por un acreedor disidente y fundamentada en la no superación por el mismo, precisamente, de “la prueba del interés superior de los acreedores”, vía a través de la cual, tal y como se ha expuesto, puede acabar impugnándose la valoración del deudor como “empresa en funcionamiento”.

Como puede verse, el examen de la superación de “la prueba del interés superior de los acreedores” y con ello el del propio régimen de confirmación del plan de reestructuración, se articula en la Directiva 2019/1023 en base a un procedimiento de control *ex post* en sede de impugnación del plan de reestructuración, de forma paralela al procedimiento de impugnación de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación recogido en la vigente D.A. 4ª .7 LC y arts. 617 a 621 del PTRLC. Igualmente, los efectos derivados de la estimación de la impugnación también transcurren de forma paralela en ambos regímenes, por cuanto la estimación del recurso tanto por la no superación de “la prueba del interés superior de los acreedores” en el caso de la Directiva 2019/1023, como por la apreciación de la concurrencia de un “sacrificio desproporcionado” para los acreedores impugnantes en el caso español, permite alcanzar el mismo resultado: enmienda o modificación necesaria al plan de reestructuración conservando la vigencia del mismo para el resto de acreedores y, en su caso, indemnización de daños y perjuicios a favor de los impugnantes.

2. Planes de reestructuración no consensuados (*cross-class cramdown*).

En el caso de los “planes de reestructuración no consensuados”, el plan de reestructuración no ha sido aprobado por todas las categorías de acreedores, sino que existe alguna o algunas categorías de acreedores que no han votado a favor de la adopción del mismo. En este escenario, el art. 11 de la Directiva 2019/1023 regula la confirmación del plan de reestructuración a través de la activación de lo que la norma llama “Reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías”, es decir, los efectos de “arrastré vertical” o *cross-class cramdown*.

La solicitud para la confirmación de un plan de reestructuración no consensuado solo puede ser presentada por el deudor, o por un acreedor con

el consentimiento del deudor⁶³, requisito que podrá limitar a los casos de un deudor PYME⁶⁴ con el objetivo de reducir el “riesgo de extorsión” por parte de este último⁶⁵. En todo caso, la solicitud deberá cumplir, como mínimo, de forma cumulativa, los 4 requisitos establecidos en el art. 11.1 de la Directiva 2019/1023: (i) que se cumplan todas las condiciones mínimas obligatorias, y en su caso la potestativa, antes expuestas para la confirmación de un plan de reestructuración consensual; (ii) que el plan haya sido aprobado bien por una mayoría de categorías de acreedores con ciertos o requisitos, o, alternativamente, por una categoría de acreedores *in the money*; (iii) que se cumpla la regla de la prioridad absoluta; y (iv) que se cumpla el corolario de la regla de la prioridad absoluta.

De estos cuatro requisitos interesa destacar el segundo, el cual se configura entorno a un régimen de concurrencia de dos condiciones de carácter alternativo entre sí: que el plan de reestructuración haya sido aprobado por una mayoría de las categorías de acreedores siempre que al menos una de esas categorías sea de acreedores garantizados o de rango superior a los acreedores no garantizados o, alternativamente y funcionando como requisito de mínimos, que el plan haya sido aprobado por al menos una categoría de acreedores distintos de una categoría de tenedores de participaciones y cualquier otra categoría de “acreedores perjudicados” por sufrir una reducción en el valor de sus créditos o *out of money*.⁶⁶

Como puede verse, para la activación de los efectos de “arrastre vertical” se requiere que, en todo caso, haya votado a favor de la aprobación del plan de reestructuración alguna categoría de acreedores distinta a los acreedores *out of money*, si bien, es posible de forma potestativa para los Estados miembros, de conformidad con el art. 11.2 de la Directiva 2019/1023, poder exigir la aprobación del plan de reestructuración por más de una categoría –sin llegar a poder exigir el consentimiento de todas las categorías⁶⁷–, de acreedores afectados distintos de una categoría de tenedores de participaciones y cualquier otra categoría *out of money*, lo que de nuevo supone un estímulo al *forum shopping* en este ámbito.

63 Sobre la emisión del consentimiento del deudor en el caso que éste sea una persona jurídica señala el considerando 53 de la Directiva 2019/1023 que: “En el caso de las personas jurídicas, los Estados miembros deben poder decidir si, a efectos de la adopción o confirmación del plan de reestructuración, debe considerarse que el deudor ha de ser considerado como el consejo de administración de la persona jurídica o una determinada mayoría de socios o tenedores de participaciones”.

64 Esta acotación viene motivada por lo dispuesto en el art. 11.1 penúltimo párrafo: “Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán limitar el requisito de obtener el consentimiento del deudor a los en casos en los que el deudor sea una pyme”.

65 En este sentido, los acreedores, aunque tengan un rango preferente para el cobro de la deuda respecto a los socios del deudor, tendrán incentivos para dar una parte del excedente derivado de la reestructuración a los mismos, ya que sin su consentimiento no podrán presentar la solicitud de confirmación del plan de reestructuración.

66 De conformidad con el considerando 54 de la Directiva 2019/1023: “Por perjuicio de un acreedor se debe entender que hay una reducción en el valor de sus créditos”.

67 Así, establece el considerando 54 de la Directiva 2019/1023.

Por su parte, el tercer requisito exigido por el art. 11.1 de la Directiva 2019/1023 constituye en esta ocasión la clave de bóveda para que se produzcan los efectos de “arrastre vertical”, al recoger expresamente “la regla de la prioridad absoluta”.

El art. 11.1 c) de la Directiva 2019/1023 formula la “la regla de la prioridad absoluta” del siguiente modo: “garantice que las categorías de voto disidentes de los acreedores afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría de rango inferior”; definición que se complementa con lo establecido al respecto en el considerando 55 de la Directiva.

Ahora bien, esta regla permite una doble excepción, de introducción facultativa por los Estados Miembros, en los términos recogidos en el art. 11.2 de la Directiva 2019/1023: por un lado, una excepción modalizada: la plena satisfacción de los acreedores disidentes pero por medios idénticos o equivalentes a la naturaleza de su crédito, cuando se prevea en el plan de reestructuración que una categoría inferior ha de recibir cualquier pago o conservar cualquier interés. Por otro lado, una excepción a la excepción anterior; cuando sea necesario para lograr los objetivos del plan de reestructuración y no cause un “perjuicio injusto”⁶⁸ a los derechos o intereses de cualquier parte afectada⁶⁹, lo que en la práctica supone una excepción a la aplicación de la “regla de la prioridad absoluta”, la cual en la práctica pasaría a configurarse como una “regla de la prioridad relativa”.

En este sentido, la posibilidad de excepcionar la aplicación de “la regla de la prioridad absoluta” prevista en la Directiva 2019/1023 parece hacerse eco, si bien de forma distinta, de las opiniones doctrinales críticas con la misma, las cuales, tomando como referencia la propuesta de reforma de la *Absolute Priority Rule* del Chapter 11 del US Code, propugnan su sustitución por la llamada “regla de la prioridad relativa”, la cual en la práctica supone que, si se pretende confirmar un plan de reestructuración frente a la oposición de una categoría de acreedores de rango inferior, se debería prever una compensación a dicha categoría de acreedores por los derechos de opción (*call*) que pudieran perder como consecuencia de la adopción del plan de reestructuración⁷⁰.

68 La noción de “perjuicio injusto”, habida cuenta de la justificación de la excepción dada por el considerando 56 de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido del término “perjuicio injusto para los acreedores”, tal y como se ha expuesto anteriormente en sede de la moratoria preconcursal. *Vid. supra*, Epígrafe I, apartado 3 de este mismo capítulo.

69 La justificación de esta excepción se explica en el considerando 56 de la Directiva 2019/1023: “Los Estados miembros deben poder prever excepciones a la regla de prelación absoluta, por ejemplo cuando se considere justo que los tenedores de participaciones mantengan determinados intereses en el plan a pesar de que una categoría de mayor prelación se vea obligada a aceptar una reducción de sus créditos o de que proveedores de suministros básicos cubiertos por la disposición relativa a la suspensión de ejecuciones singulares reciban su pago antes que categorías de acreedores de mayor prelación. Los Estados miembros deben poder escoger cuál de los mecanismos de protección anteriormente indicados ponen en práctica”.

70 Para una exposición de la regla de la prioridad relativa, GARCÍA MARTÍN, F.: “La Propuesta de Directiva Europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de los acreedores disidentes y la

Finalmente, el cuarto y último requisito exigido por el art. 11.1 de la Directiva 2019/1023 para que se produzca la reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, el mismo recoge, como se ha señalado anteriormente, el “corolario de la regla de la prioridad absoluta”⁷¹, en virtud del cual: “en el marco del plan de reestructuración ninguna categoría de las partes afectadas pueda recibir o mantener, más del importe total de sus créditos o intereses”.

En definitiva con la aplicación de la “la regla de la prioridad absoluta” y su corolario se permite distribuir el valor de reestructuración entre las categorías de acreedores en defecto de acuerdo entre las mismas, con la garantía que: en primer lugar, se respetan los rangos de las diversas categorías de acreedores, puesto que ninguna categoría de rango inferior –*mezzaine, junior* o *equity*–, va a poder percibir ningún importe por el plan de reestructuración sin que se haya pagado previamente de forma íntegra a una categoría de acreedores de rango superior –*senior* –, (a salvo de que los Estados Miembros establezcan la regla de la “regla de la prioridad relativa”); y, en segundo lugar que ninguna categoría de acreedores pueda a través del plan de reestructuración apropiarse del excedente de valor derivado de mantener a la empresa en funcionamiento –*going concern surplus*–, es decir, recibir como consecuencia de la reestructuración un pago mayor al importe total que le es debido a dicha categoría.

Se consigue así un cierto equilibrio para el supuesto en el que exista alguna clase que no apoye el acuerdo de reestructuración, dado que existe, por una parte, un mecanismo para el arrastre de clases que evita el “riesgo de extorsión” y, por otra, una herramienta que evita que los acreedores que apoyen la reestructuración, los mayoritarios, puedan asignarse más valor excedente del que les corresponde⁷².

En todo caso, la transposición de la futura Directiva al ordenamiento jurídico español implicará la positivización de “la regla de la prioridad absoluta”, como requisito para la evaluación de oficio y con carácter previo a su confirmación, del

llamada “regla de prioridad absoluta”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, enero-abril 2018, pp. 19-21.

71 En la versión prelegislativa de la Directiva, en concreto en el considerando 28 de la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 se establecía que: “Como corolario de la regla de la prioridad absoluta, ninguna categoría de acreedores puede recibir o conservar, en el marco del plan de reestructuración, valores económicos o ventajas superiores a la cantidad total de las indemnizaciones o intereses de tal categoría”.

72 En este sentido, GARCÍA MARTÍN, F.: “La Propuesta de Directiva Europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad...”, cit., pp. 11 y 12: “La justificación de la posibilidad de homologar acuerdos no consensuados es fácil de entender: intenta prevenir los riesgos de extorsión, pero no de acreedores individuales sino de clases de acreedores, tanto de acreedores subordinados como de acreedores preferentes o incluso privilegiados. Por un lado, los acreedores subordinados, que no hubiesen recibido nada en un escenario de liquidación, podrían utilizar su voto para ‘extorsionar’ a los demás acreedores y obtener una parte del excedente derivado de la reestructuración... Por su parte, los acreedores privilegiados pueden tener incentivos para votar en contra del acuerdo y llevar a la empresa a una liquidación concursal sí, por mor de su privilegio, lo que obtuviesen en este escenario sería suficiente para satisfacer su crédito, aunque esta opción dilapide el valor residual que hubiese correspondido a los acreedores ordinarios o incluso subordinados.

plan de reestructuración, superando así la situación actual de control *ex post* de la concurrencia de dicho requisito, dentro del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la noción de “sacrificio desproporcionado”, en sede de impugnación de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

BIBLIOGRAFÍA

DE CÁRDENAS SMITH, C.: "La propuesta de directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 29, julio 2018.

DÍAZ LA CHICA, S.: "Los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración en la propuesta de directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 44, mayo-agosto 2018.

GARCÍA MARTÍN, F.: "La Propuesta de Directiva Europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de los acreedores disidentes y la llamada "regla de prioridad absoluta", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, enero-abril 2018.

PULGAR, J.: "La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de mercados de capital, Unión bancaria y Derecho de la Insolvencia", *Diario La Ley*, 31 de diciembre de 2017.

RECAMÁN GRAÑA, E.: *Los deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, monografía núm. 44 asociada a *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, Madrid, 2016.

ROJO, A.: "La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, septiembre-diciembre 2017.

THERY MARTÍ, A.: "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión europea de 22 de noviembre de 2016 (II)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, enero 2018.

THERY MARTÍ, A.: "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, julio 2017.

UGALDE PÉREZ, T.: "Acuerdos de refinanciación: extensión de efectos a determinados financiadores y sacrificio desproporcionado. Análisis tras la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 y la Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, julio 2017.



RESPUESTAS JURÍDICAS A CONCEPTOS
CONTROVERTIDOS: TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO
E INTERSEXUALIDAD, ABLACIÓN Y CIRCUNCISIÓN*

*LEGAL RESPONSES TO CONTROVERSIAL CONCEPTS:
TRANSEXUALITY, SEX CHANGE AND INTERSEXUALITY,
EXCISION AND CIRCUMCISION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 512-335

* Este trabajo de investigación se enmarca dentro del Programa Postdoctoral "Juan de la Cierva Formación 2017" del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, al que la autora está adscrita. Igualmente, para la redacción de este artículo se ha contado con la ayuda (con Ref. N° IT1066-I6) concedida por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco y con la ayuda de la Universidad del País Vasco para la movilidad y difusión de los resultados de investigación (convocatoria 2019).



Elena ATIENZA
MACÍAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: De acuerdo con la normativa que rige en nuestro país en la actualidad (en concreto el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas) toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, puede solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. Una novedad importante respecto del requisito de mayoría de edad acaeció en julio pasado: el Tribunal Constitucional en Sentencia 99/2019 de 18 de julio de 2019, consideraba inconstitucional que el precepto cuestionado (art. 1.1 de la Ley 3/2007) no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan “suficiente madurez” y se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –por ejemplo, cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición.

Este singular posicionamiento jurisprudencial no sirve de pretexto, más que justificado, para abordar una serie de conceptos parientes o afines objeto de una sempiterna controversia.

PALABRAS CLAVE: Persona y personalidad; Registro civil; rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; transexualidad; libre desarrollo de la personalidad; derecho a la intimidad personal.

ABSTRACT: *In accordance with the regulations currently in force in our country (specifically article 1.1 of Law 3/2007, of 15 March, regulating the rectification of the mention of the sex of persons in the register), any person of Spanish nationality, of legal age and with sufficient capacity to do so, may request the rectification of the mention of the sex in the register. An important novelty regarding the requirement of legal age occurred last July: The Constitutional Court in Ruling 99/2019 of July 18, 2019, considered unconstitutional that the provision in question (art. 1.1. of Law 3/2007) does not allow minors who are “sufficiently mature” and are in a “stable situation of transsexuality” to change their sex on the register (and, consequently, their name), on the grounds that this prohibition represents a disproportionate interference with their right to privacy and is contrary to the principle that guarantees them an area of freedom in shaping their identity, especially since it is an automatic rule that does not provide for any intermediate regime - for example, a change of name, but not of sex - for situations of transition.*

This unique case law is only justified as a pretext for dealing with a series of related or similar concepts that are the subject of constant controversy.

KEY WORDS: *Person and personality; Civil registry; rectification of the mention relating to the sex of persons; transsexuality; free development of personality, Right to personal privacy.*

SUMARIO.- PARTE PRIMERA: TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO E INTERSEXUALIDAD.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.- I. Orígenes y precisiones terminológicas.- 2. Distinción entre figuras afines.- A) Transexualidad e intersexualidad.- B) Transexualidad, homosexualidad y travestismo.- C) Transexualidad y cirugía de reasignación sexual.- III. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.-IV. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO.- I. Posición jurisprudencial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Supremo español.- 2. Respuesta de la legislación española.- A) Regulación a nivel estatal. a) La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.- b) La elaboración de una Ley integral de la transexualidad. Especial referencia a la cobertura de la asistencia sanitaria.- B) Regulación en el ámbito autonómico. Algunos casos emblemáticos: Navarra y País Vasco.- PARTE SEGUNDA: ABLACIÓN Y CIRCUNCISIÓN.- I. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.- I. Orígenes y precisiones terminológicas.- 2. Distinción entre figuras afines.- 3. Tipología.- II. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.- III. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO. - I. Normativa internacional.- 2. Normativa nacional.

PARTE PRIMERA: TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO E INTERSEXUALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN.

El estudio de la transexualidad requiere una aproximación interdisciplinar que contemple no sólo la vertiente del Derecho —en especial, la dimensión de los derechos humanos— sino que ha de ser completada con la aportación de otras disciplinas como la Medicina, Psicología, Sociología, Ética, Filosofía, sin olvidar que ha sido objeto de intensos debates desde la Política, con los consecuentes vaivenes jurídicos que esta materia viene experimentando.

Constituye un verdadero hito la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en adelante, Ley 3/2007) y más si cabe el encuadramiento de este tema en el seno del artículo 10.1 de la Constitución Española que proclama la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad —y de forma implícita el reconocimiento de un controvertido “derecho a la identidad sexual”—, resultando trascendental, en lo que a este análisis concierne, la supresión del presupuesto de la cirugía de

• Elena Atienza Macías

Investigadora Postdoctoral “Juan de la Cierva” del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Departamento de Derecho Público. G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad del País Vasco. Correo electrónico: elena.atienza@ehu.eus

reasignación sexual como requisito inexcusable para la modificación registral, que venía exigiéndose por vía jurisprudencial (a través de sentencias de los Tribunales)¹.

La ventaja más reseñable de esta ley es que no exige intervención quirúrgica para que se produzca el cambio de nombre. Sin embargo, tiene los inconvenientes de que obliga a seguir tratamiento hormonal durante 2 años (con el consiguiente riesgo de esterilización) y que hace necesario para aplicarla un diagnóstico psiquiátrico, denominado “disforia de género”. Se trata además de una ley esencialmente de derecho civil —limitada al ámbito del Registro Civil— que no responde a todas las demandas de los colectivos afectados, actualmente encaminadas a una Ley de identidad de género integral o multidisciplinar que regule la transexualidad en todas sus vertientes, entre ellas, la relativa a la asistencia sanitaria. A este último aspecto sí han atendido Comunidades Autónomas como Navarra y País Vasco, a las que, por ello, les dedicamos una especial atención en esta lección.

II. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.

I. Orígenes y precisiones terminológicas.

La transexualidad no es propiamente una realidad reciente (lo que es relativamente reciente es su tratamiento quirúrgico gracias a los progresos de la Medicina), existiendo desde muy antiguo y en diferentes culturas, si bien es en nuestra época cuando ha adquirido una acusada entidad social y científica. La primera definición data de 1953 y fue acuñada por H. BENJAMIN como “el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido y asumir el correspondiente rol y de recurrir, si es necesario, a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo”².

La terminología empleada para designar el fenómeno a examen no es uniforme y ello se refleja en el propio texto de la Ley 3/2007: por una parte, la Exposición de Motivos de esta ley habla de “transexualidad” y de “cambio de la identidad de género”, por otra parte, el artículo 4 de “diagnóstico de disforia de género” y de “tratamientos médicos para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado” o de “cirugía de reasignación sexual” mientras que la Disposición final segunda de casos de “disforia de género”. Con todo, “transexualidad” es el término por el que hemos optado no sólo porque resulta el más extendido sino porque es precisamente, el defendido por la propia

¹ Sobre el particular véase la monografía de BUSTOS MORENO, Y.B.: *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008.

² Con su obra *The Transsexual Phenomenon* (The Julian Press Publishers, New York) inaugura en 1966 los estudios médicos sobre esta materia y fruto de ello surgiría el conocido como “Síndrome de Harry Benjamin” respecto de la transexualidad a la que seguiría la constitución de la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBI-GDA). Cfr. BENJAMIN, H.: *The Transsexual Phenomenon*, The Julian Press Publishers, New York, 1966.

comunidad transexual y por psicólogos. En la misma línea, “transexualismo” es la expresión mantenida, en la actualmente vigente, 10ª edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10, en su acrónimo) publicada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que se ocupa, a nivel internacional, para fines estadísticos relacionados con morbilidad y mortalidad. Se trata de un sistema diseñado para promover la comparación internacional de la recolección, procesamiento, clasificación y presentación de estas estadísticas y, en definitiva, compartir y comparar información sanitaria.

Con todo, la idea que subyace se refiere al transexual como una persona cuya identidad sexual o de género es contraria a su sexo biológico, en definitiva, su identidad sexual se encuentra en conflicto con su anatomía. Se trataría del *síndrome* psicosexual sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir a un tratamiento médico-quirúrgico para corregir aquella discordancia, procurando posteriormente que su nueva realidad se vea reflejada en el Registro Civil.

2. Distinción entre figuras afines.

A) *Transexualidad e intersexualidad.*

El diagnóstico diferencial debe hacerse, en primer lugar, con la intersexualidad. Se considera intersexual la persona que no puede ser identificada biológicamente de modo inequívoco como perteneciente al género femenino o masculino sobre la base de la existencia de particularidades cromosómicas, hormonales y/o anatómicas. En este sentido, el individuo presenta una ambigüedad sexual que suele expresarse a través de la presencia simultánea de órganos sexuales femeninos y masculinos, es decir, concurren elementos biológicos y fisiológicos de ambos sexos. Esta última afirmación, no es, obviamente, un patrón general. De hecho, en su conceptualización clásica, los “hermafroditas” (definidos más abajo) son lo que incorporan ambos sexos íntegramente; en los intersexuales, la coexistencia de índices de ambos sexos varía en cada caso. Se trata de una variación cromosómica originada durante el desarrollo gonadal en la etapa prenatal temprana, forjando una insuficiente diferenciación gonadal y genital.³ La condición intersexual procede de la concurrencia de subfactores ligados al sexo que no se alinean de manera integral con uno de los dos sexos (índices cromosómico, gonadal, morfológico interno y externo, hormonal, fenotípico y —también— sexo de asignación y de crianza e identidad sexual).

3 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “Problemas legales en el tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad”, *ADOLESCERE, Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, Volumen VI, 2018, pp. 32-38.

El término “intersexual” pretende reemplazar las denominaciones más antiguas, tales como hermafrodita que puede suponer un sesgo discriminatorio. La palabra sexualidad deja abierta la cuestión de si se relaciona con un tercer sexo o si el sexo de la persona simplemente no ha sido o no puede ser determinado. Difiere del hermafroditismo, aunque a veces es utilizado como un sinónimo ya que, en su concepción clásica, los hermafroditas incorporan ambos sexos íntegramente y en los intersexuales, como señalábamos antes, la concurrencia de índices de ambos sexos varía en cada caso⁴.

Difiere asimismo del transexual en que éste es un individuo que sí tiene un sexo biológico inequívoco, pero siente que pertenece psicológicamente al otro sexo, por lo que a menudo opta por someterse a intervenciones médicas para alinear su cuerpo con su identidad sexual. Es por ello que la condición de transexual reviste mayor complejidad, ya que genera incluso más rechazo social que la intersexualidad al no poderse recurrir a razones meramente fisiológicas — como sí puede hacerse en la intersexualidad — que justifiquen esta discordancia.

En cuanto a la regulación en España, la inscripción de nacimiento debe realizarse en el plazo de 8 días, en virtud del artículo 42 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil (en adelante, LRC). En relación con los intersexuales, el artículo 93.2 LRC establece que cabe rectificar la inscripción mediante expediente gubernativo (sin tener que recurrir a los tribunales) en caso de «indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias» (en caso, por tanto, de inscripción no coincidente con el sexo asignado después). Este supuesto aparece desde 1957 y se completó con «la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género» (esto es, los transexuales), con la reforma de la Ley 3/2007. Por tanto, los estados intersexuales son considerados, en relación con el sistema de acceso al Registro Civil, como errores originarios, rectificables mediante expediente gubernativo. Esta puntualización es útil para deslindar transexuales e intersexuales: si los primeros pretenden cambiar su sexo inscrito, los segundos pretenden corregirlo.

En cuanto a la jurisprudencia, nuestros Tribunales españoles se han referido a la diferencia entre transexualidad e intersexualidad en el contexto del debate acerca de la cobertura asistencial con cargo al Sistema Público de Salud de las operaciones de reasignación en los estados intersexuales, manifestando que, mientras el transexualismo se caracteriza por la identificación con el sexo opuesto, con convicción de pertenecer a él y deseo de cambio de sexo morfológico, la intersexualidad es un estado en el que el individuo muestra caracteres sexuales de

4 Cfr. LAUROBA LACASA, E.: “Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 11-54.

ambos sexos, como consecuencia de la configuración de sus cromosomas (véase las sentencias SSTSJ Madrid 23 de septiembre de 2005, Ar. 2005/2900) y País Vasco de 21 de junio de 200, Ar 2005/2428).

B) Transexualidad, homosexualidad y travestismo.

Al igual que ha venido aconteciendo en otros ámbitos, en la esfera jurídica ha existido comúnmente una confusión entre sexo, género y orientación sexual. De esta forma la transexualidad no se reconocía jurídicamente y se equiparaba a la homosexualidad. La persona homosexual, en cambio, se encuentra bien instalada en su género y sin atisbo de duda respecto a su identidad sexual, siendo precisamente a raíz de su despenalización en 1979 cuando podemos comenzar a hablar de la regulación de cuestiones relativas a la transexualidad de forma independiente.

Por su parte, en el travestismo no se siente aversión al propio sexo anatómico, encontrando el sujeto en el fetichismo del vestido medio de satisfacer la libido, pero sin que quepa duda de su identidad sexual.

C) Transexualidad y cirugía de reasignación sexual.

Habitualmente también se identifican los conceptos transexualidad y cirugía de reasignación sexual (o CRS) constituyendo este tratamiento médico-quirúrgico el cauce del que se vale el transexual para adecuar el sexo anatómico o biológico que le ha dado la naturaleza al que realmente vive y siente o psicosocial. Por tanto, desde el punto de vista médico la cirugía de reasignación sexual consistiría en procesos quirúrgicos que las mujeres y los hombres transexuales llevan a cabo para, en efecto, armonizar su sexo anatómico con su identidad sexual. Puede centrarse en los genitales —denominada cirugía de reconstrucción o reasignación genital— y en la que se pueden distinguir operaciones como la vaginoplastia, la metadoioplastia o la faloplastia. Asimismo, existen operaciones feminizantes o masculinizantes de caracteres sexuales no genitales, como puede ser una mastectomía o una cirugía facial.

La primera cirugía de este tipo que se dio a conocer a la luz pública fue la realizada en Copenhague a George (posteriormente Christine) JORGENSEN el 3 de diciembre de 1952. Este hecho avivó un intenso y polémico debate jurídico en torno a la admisibilidad o penalización de esta práctica médica. En España es clave el año 1983: el legislador despenaliza expresamente esta intervención (no constituiría delito), subsumida hasta esa fecha dentro del delito de lesiones (estas operaciones que modificaban el sexo anatómico quedaban encuadradas dentro de la llamada castración). El nuevo Código Penal —modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo— mantiene esta misma tónica despenalizadora incluyendo en su

artículo 156, párrafo 1º la llamada cirugía transexual como uno de los supuestos en que el “consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido” del paciente mayor de edad y capaz exime al facultativo de responsabilidad penal en el delito de lesiones.

III. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.

Desde 1980, la transexualidad ha estado catalogada como un trastorno mental, figurando aun actualmente como tal, dentro de uno de los manuales internacionales de enfermedades de mayor alcance, esto es, la antes aludida 10ª edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la OMS. Y con el término “Trastorno de Identidad de Género” se recogía, hasta 2013, en la 4ª edición del Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales o DSM-IV-R de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (versión ya derogada tras la publicación por dicha asociación de la 5ª edición del Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales o DSM-V, que es la edición en vigor desde el 18 de mayo del 2013).

Como consecuencia de dicha catalogación, existe un diagnóstico médico adosado a la disociación entre el sexo biológico y el género socialmente atribuido, conocido en psiquiatría, como “disforia de género” que, a grandes rasgos, hace referencia a la ansiedad asociada al conflicto entre la identidad sexual y el sexo asignado. De ello se hace eco la Ley 3/2007, que exige precisamente un informe diagnóstico de disforia de género como uno de sus presupuestos.

En los últimos años es cada vez mayor el número de expertos e investigadores de prestigio que defienden la descataloguización de la transexualidad como enfermedad mental. Entre las razones que son esgrimidas en favor de su despatologización (que no desmedicalización, pues como veremos la asistencia sanitaria integral es una de las reivindicaciones históricas de este colectivo no en base a una enfermedad sino a un llamémosle “malestar clínico significativo”) se alude a que este hecho colaboraría a erradicar la estigmatización que supone para la población transexual el ser calificada de “enferma”, presupuesto que acrecienta el rechazo social y la transfobia generalizada, y por otra parte, con tal desclasificación se pasaría del actual régimen de autorización, que implica el cumplimiento de unos protocolos de tratamiento (tales como el referido informe diagnóstico y tratamiento médico) a un régimen de autonomía informada.

Reflejo de estas demandas supone la publicación por la OMS de una nueva edición de su manual de enfermedades (el CIE-11, aprobado el 18 de junio de

2018)⁵ que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 para sustituir a la vigente desde 1990 (el CIE-10). La nueva edición de esta guía de enfermedades reemplaza el término “transexualismo” por el de “incongruencia de género”, definido como condición relacionada con la salud sexual de una persona, en lugar de como un trastorno mental y de comportamiento. No solo cambia el nombre y la situación en el manual (en el capítulo de “condiciones relativas a la salud sexual”), también la definición. Hasta ahora, el CIE-10 calificaba la transexualidad como “un deseo de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, por lo general acompañado de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico, y de deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”. Ahora la definición –para adultos y adolescentes– será: “Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico”.

La modificación que se ha efectuado es un logro para el colectivo transexual, que pide seguir avanzando en la despatologización total de la transexualidad. Esto implicaría que no fuera denominada y definida como “una incongruencia”, sino como una expresión de la diversidad humana.

Con todo, la transexualidad ya no estaría catalogada como un trastorno mental en los manuales internacionales de enfermedades de mayor alcance: en la Clasificación internacional de enfermedades de la OMS (a partir de 2022 con el CIE-11) cuya nueva edición reemplaza el término “transexualismo” por el de “incongruencia de género”, definido como condición relacionada con la salud sexual de una persona, en lugar de como un trastorno mental y de comportamiento y lo sitúa en el manual dentro del capítulo de “condiciones relativas a la salud sexual” frente a su ubicación como trastorno mental. Igualmente, la transexualidad queda excluida en el vigente Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría o DSM-V de la lista de trastornos mentales (o “Trastorno de Identidad de Género”, tal y como se denominaba en la anterior edición, DSM-IV-R) y se recoge con el término por el de “disforia de género”.

5 Cfr. ROBLES GARCÍA, R., AYUSO-MATEOS, J.L.: “CIE-11 y la despatologización de la condición transgénero”, *Revista de psiquiatría y salud mental*, Elsevier, núm. 2, vol. 12, 2019, pp. 65-67.

IV. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO.

El punto de partida lo situamos en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación de los transexuales y particularmente en la Recomendación relativa a la condición de los transexuales que, ese mismo año, aprobaba la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la que instaba al Comité de Ministros a elaborar un documento invitando a los Estados miembros a regular legislativamente los casos de transexualismo irreversible.

Al hilo de ello, las soluciones jurídicas de los Estados de la Unión Europea han sido dispares: algunos han ofrecido, en efecto, una respuesta legal a la transexualidad, otros se han movido en el ámbito puramente administrativo o tan sólo en el jurisprudencial. Suecia abrió camino mediante la Ley de 21 de abril de 1972 sobre determinación del sexo en casos establecidos. Le siguió Alemania con la Ley de 10 de septiembre de 1980 sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares. La Ley italiana núm. 164 de 14 de abril de 1982, “Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso”. La Ley holandesa de 24 de abril de 1985. Con posterioridad, se fueron publicando sucesivas leyes en países tales como Turquía con la Ley de 12 de mayo de 1988, Dinamarca con la Ley de 1 de octubre de 1989 y Noruega y su Ley de 1 de agosto de 1993.

En España con la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas se cubre el vacío legal en que se encontraba la transexualidad —que se iba salvando por vía de la jurisprudencia, en cierta medida contradictoria y oscilante— eliminando incertidumbres y aportando un mayor grado de seguridad jurídica.

I. Posición jurisprudencial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Supremo español.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en significativas sentencias en torno a esta problemática, radicando el *quid* de la cuestión en los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), referidos al Derecho al respeto de la vida privada y familiar; Derecho a contraer matrimonio y prohibición de discriminación, respectivamente.

En un principio la tendencia del TEDH fue poco proclive a las consecuencias jurídicas de la transexualidad. Este panorama cambia a partir de la emblemática sentencia de 25 de marzo de 1992 (Sentencia Lyne Botella contra Francia), en la que se condena al Estado francés por no reconocer el sexo psicosocial del demandante y considerar esta negativa un atentado al artículo 8 CEDH. Aunque

hubo de esperar a las trascendentales Sentencias I. y contra Reino Unido y Christine Goodwin contra Reino Unido dictadas con idéntica fecha, el 11 de julio de 2002, para hablar de un verdadero cambio de criterio. En ambas, se produjo la condena al Reino Unido por violar el derecho de los transexuales a la vida privada, a formar una familia y a contraer matrimonio conforme a su identidad sexual (artículos 8 y 12 del CEDH) ahora bien, una vez se había llevado a cabo la intervención quirúrgica.

Haciéndose eco de la jurisprudencia emanada del TEDH, el Tribunal Supremo español mantenía una posición firme respecto de exigir la cirugía de reasignación sexual —*conditio sine qua non* del cambio— para acceder al cambio de sexo y consecuentemente de nombre (Entre las sentencias del Supremo más significativas destacamos: STS de 2 de julio de 1987, STS 15 de julio de 1988, STS 3 de marzo de 1989 y STS de 19 de abril de 1991). Esta posición, tras la aprobación de la Ley 3/2007, es modificada en una sentencia clave, STS de 17 de septiembre de 2007, que, en concordancia con dicha norma, exime del requisito de la cirugía de reasignación sexual.

2. Respuesta de la legislación española.

A) Regulación a nivel estatal.

a) La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

- Justificación y objeto.

La respuesta legal española a la transexualidad se hace descansar en derechos fundamentales reconocidos en el artículo 10 CE en la medida en que la propia ley señala que se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas con el fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas. Este punto resulta crucial. Desde largo vienen reclamando los colectivos transexuales un derecho a la identidad sexual y esta ley parece reconocer, si bien de forma implícita, ese derecho a la identidad sexual o derecho a la identidad de género.

La Ley 3/2007 tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género; contempla, igualmente, el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado. La rectificación registral del sexo y el cambio

del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. A tal efecto, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro civil (por ello, se reforma mediante esta Ley el artículo 54 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957).

- Presupuestos para la rectificación registral de la mención del sexo.

1. Diagnóstico de disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se puede realizar mediante informe de médico o psicólogo clínico (la ley no exige que el diagnóstico de disforia de género lo emitan dos especialistas, simultánea o sucesivamente, sino que declara la alternatividad “médico o psicólogo clínico”) en el que se hará referencia:

a. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

b. A la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia indicada.

2. Tratamiento médico durante al menos 2 años. Dicho tratamiento está encaminado a acomodar las características físicas del sujeto en cuestión a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe, prefiriendo la ley que sea del médico que haya dirigido el tratamiento o, en su defecto, de un médico forense especializado.

La expresión legal “que (la persona) haya sido tratada médicamente” debe ser referida al tratamiento hormonal, si hemos de hacer caso al contexto médico —semejante tratamiento ofrece una continuidad temporal de la que carece una intervención quirúrgica— y normativo del precepto. Dicho tratamiento, según la Ley 3/2007, habrá de ser dispensado al menos durante 2 años para acomodar las características físicas a las que corresponden al sexo reclamado. En este sentido, la comunidad científica y médica internacional parece estar de acuerdo con un plazo como éste. Así, los especialistas en la materia afirman que los primeros efectos hormonales se empiezan a percibir entre la sexta y octava semana, completándose los cambios, aproximadamente, entre 6 y 24 meses.

Resulta fundamental el artículo 4.2 de la Ley 3/2007, que deja patente que “no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación

sexual”. El hecho de que no se exija cirugía de reasignación sexual, constituye uno de los aspectos más significativos de la Ley española —y un cambio de enfoque respecto del criterio mantenido por el Tribunal Supremo español— que responde a una de las reclamaciones históricas del colectivo transexual.

Ahora bien, a pesar de no ser necesaria legalmente la cirugía de reasignación sexual, algunos transexuales deciden someterse a este tipo de cirugía y para ello se debe contar con el informe diagnóstico favorable, llevar un tiempo desde el inicio del tratamiento hormonal (previo), la mayoría de edad y la petición expresa y firmada de la persona demandante. En este contexto de tratamiento de hormonación y cirugía cobra especial relieve el derecho de información y la adecuada prestación del consentimiento informado prestado para ambos tratamientos por escrito, de forma expresa e individualizada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 8 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.

Además, cabe señalar que los tratamientos médicos no son tampoco requisito necesario cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia. Cabe destacar, por tanto, cómo la Ley, además de eliminar el requisito que exigían los Tribunales de la cirugía de reasignación sexual, permite también excepcionar como requisito el tratamiento de acomodación física⁶.

- Procedimiento.

De acuerdo con el actual tenor literal de la Ley 3/2007 (artículo 1.1.), toda persona de nacionalidad española, *mayor de edad* y con capacidad suficiente para ello, puede solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

Hemos de subrayar una novedad importante respecto del requisito de mayoría de edad. El Tribunal Constitucional, Sentencia 99/2019 de 18 de julio de 2019, ha considerado inconstitucional que el artículo cuestionado (art. 1.1. de la Ley 3/2007) no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan “suficiente madurez” y se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, por tratarse de una norma automática y

6 Advierte RUBIO TORRANO, E.: “Cambio de sexo” (jurídico), en AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (ed. C.M. ROMEO CASABONA), Comares, Granada, 2011, p. 320 que esta posición “amplia y permisiva facilitadora del cambio registral de sexo puede conducir a una situación extrema y es que, si no ha habido cirugía de reasignación sexual ni tratamiento hormonal, bien pudiera suceder que no resultaran evidentes los cambios morfológicos que fundamentan la rectificación registral”.

que no contempla régimen intermedio alguno –por ejemplo, cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición.

De esta forma hemos de entender⁷ que, tras esta sentencia del Constitucional, los menores de edad (en los que concurren los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007), con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, podrán, por sí solos (sin necesidad de asistencia de sus representantes legales), pedir el cambio registral de sexo y el consiguiente cambio de nombre, debiendo, apreciarse la concurrencia de estos requisitos si bien caso por caso⁸.

En la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la mención del sexo (y, por consiguiente, de nombre) a través de un expediente gubernativo, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante⁹. Se ha producido un cambio ciertamente significativo respecto de la situación anterior en la que se había consolidado la vía judicial del proceso declarativo ordinario para la rectificación registral. En este sentido, tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Tribunal Supremo habían considerado la

7 Compartimos el atinado criterio de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre” *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, octubre 2019, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/>

8 En efecto, el pasado 17 de diciembre de 2019, el Tribunal Supremo (Sala 1ª Pleno) núm. 685/2019 (rec. nº 1583/2015), tras dicha sentencia del Constitucional que avala que los menores transexuales “con suficiente madurez” puedan pedir un cambio de género, ha remitido a la Audiencia de Huesca el caso de un menor que comenzó la batalla legal en esta órbita, con el fin de que evalúe si se dan las circunstancias para permitirle llevar a cabo su propósito. En la mencionada sentencia del pasado mes de diciembre, la Sala de lo Civil del alto tribunal aplica la doctrina del Tribunal Constitucional, que considera inconstitucional el precepto de la Ley Reguladora de la Rectificación de la Mención Relativa al Sexo de las Personas de 2007 que impide a los menores y a sus progenitores instar la modificación de la referencia al sexo en el Registro. Es el caso de “Patrick”, un joven de ya casi 18 años de Benasque (Huesca) que nació con órganos sexuales femeninos y fue inscrito como mujer en el registro. Hace cinco años que acudió a los tribunales ante la negativa de permitirle cambiar de género. Con este reciente pronunciamiento el Tribunal Supremo admite su recurso contra la sentencia de la Audiencia de Huesca y obliga a este tribunal a que escuche al menor para comprobar si se cumplen los requisitos establecidos por el Constitucional para permitirle cambiar su género, esto es, que tenga “suficiente madurez” y que “se encuentre en una situación estable de transexualidad”. De ser así, el Supremo indica que su minoría de edad “no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral” y añade que “no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada”. El Tribunal requiere que la Audiencia oiga al menor (en este caso concreto, Patrick) ya que, para contemplar su madurez y situación estable de transexualidad, no son suficientes las manifestaciones que sus padres han plasmado en varios escritos. Establece, asimismo, que la tramitación del caso por parte de la Audiencia sea de carácter “preferente”. Tras examinar el caso del menor (Patrick), el Supremo planteaba, como anunciábamos, una cuestión de inconstitucionalidad de la norma que fue la que dio paso al Constitucional a que dictase la sentencia (Sentencia 685/2019, de 17 de diciembre) que ahora aplica el alto tribunal. En ella, el Supremo detalla el caso de Patrick, que desde los tres años asumió “el rol genérico masculino” y estuvo totalmente adaptado al mismo: “Desde que era muy pequeño, manifestó sentirse varón y prefirió usar un nombre masculino”. Tras hacer un recorrido por la jurisprudencia que se remonta a los años 80, la Sala explica que “los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales”. En ellos, subraya el Tribunal- a los problemas que atañen los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia. Se pronunciaba al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El TS posibilita el cambio de sexo del menor de edad con suficiente madurez en situación estable de transexualidad” *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, diciembre 2019, disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/ts-posibilita-cambio-sexo-del-menor-edad-suficiente-madurez-situacion-estable-transexualidad/>

9 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 153-186.

sentencia judicial como el cauce procesal adecuado para rectificar la inscripción registral de sexo del transexual. Frente a ello, La Ley 3/2007 se remite a la vía del expediente gubernativo que permite la rectificación sin necesidad de sentencia judicial firme.

En definitiva, la labor del legislador es encomiable por cuanto aborda la principal reivindicación de los colectivos directamente afectados, a saber, el reconocimiento legal de la rectificación registral de la mención del dato del sexo y del nombre propio del transexual, e igualmente significativo es que prescinda del requerimiento de la cirugía de reasignación sexual y que acuda al cauce del expediente gubernativo, desjudicialización por tanto el proceso.

C) La elaboración de una Ley integral de la transexualidad. Especial referencia a la cobertura de la asistencia sanitaria.

Hemos de dejar sentado que el legislador español, desde un principio, rechazó la opción legislativa de elaborar una ley integral sobre identidad de género. Así, la Ley 3/2007 es una norma que afecta, fundamentalmente, a cuestiones de derecho civil relativas a la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En realidad, no se trata de una verdadera ley integral sobre la identidad de género.

Esta ley modifica la mención registral relativa al sexo de la persona, y, a través de esta modificación, se introduce una regulación sobre la identidad de la persona. Pero la identidad de la persona va mucho más allá de la mera rectificación registral. De esta forma se podría haber regulado de forma expresa una serie de cuestiones que se derivan del reconocimiento de la identidad de género: así, entre otras, la existencia de un derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, los incentivos a la investigación en el área de la transexualidad, las campañas y acciones de lucha contra la transfobia, la creación de un servicio de asesoramiento jurídico y de apoyo psicológico y social a los familiares y allegados de la persona transexual, y el diseño de una política de discriminación positiva en el empleo y en otros ámbitos jurídicos y sociales. Así, las asociaciones de transexuales vienen reivindicando la aprobación de una efectiva ley integral del derecho de identidad sexual o de género que contemple, no sólo ese aspecto de la rectificación registral, sino que incluya medidas en todos esos ámbitos y, con especial énfasis en el ámbito sanitario.

En cuanto a los aspectos sanitarios, partimos en este punto del artículo 43.I CE que reconoce el derecho a la protección de la salud. Se entiende que la salud no sólo se define en no padecer enfermedad, sino más genéricamente, en el disfrute de un bienestar general, psíquico mental y social, que ayude a un pleno desarrollo personal. En este contexto hay que incardinar la necesidad de

tratamiento médico de las personas transexuales. En otro caso, se caería en una paradoja, en la medida en que los colectivos afectados solicitan la asistencia sanitaria integral (especialmente que se incluya la cirugía de reasignación sexual dentro del Sistema Nacional de Salud) pero por otro lado abogan por la despatologización de la transexualidad (siendo característica común de los transexuales, en cuanto pacientes, su negativa a ser tildados de enfermos). Por tanto, la argumentación más plausible sería el encuadramiento de la transexualidad dentro de la salud en sentido amplio, entendida ésta como aspiración a un bienestar integral.

En efecto, el Sistema Nacional de Salud no incluye actualmente en su cobertura sanitaria el tratamiento integral de reasignación de sexo.

En consonancia con la mencionada Resolución de 12 de septiembre de 1989, del Parlamento Europeo, en que se instaba a los estados miembros a posibilitar el acceso de las personas transexuales a una asistencia sanitaria integral, algunos países ofrecen esta cobertura tales como Holanda, Suecia, Noruega y Reino Unido.

Ante esta carencia de legislación en España, algunas Comunidades Autónomas han decidido asumir la protección sanitaria por su cuenta. En este sentido, Andalucía fue la Comunidad Autónoma que abrió camino, aprobando su parlamento en febrero de 1999 la prestación sanitaria a personas transexuales en el Sistema Sanitario Público Andaluz. Es de destacar que, en ese mismo año, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía creó una Unidad de Trastornos de Identidad de Género en el Hospital Universitario Carlos Haya de Málaga, centro de referencia a nivel nacional ya que atiende a pacientes transexuales procedentes de otras Comunidades Autónomas. También en ese año Madrid y Cataluña iniciaron atención especializada en salud mental y endocrinología, si bien no incluirían intervenciones y reconocimiento oficial hasta 2007 y 2008, respectivamente. Es destacable a su vez que la Comunidad de Madrid puso en marcha en 2007 una Unidad Multidisciplinar de Atención de los Trastornos de Identidad de Género. Por su parte, el País Vasco incorporaba en 2008 la cirugía genitoplástica.

En definitiva, se trata de un asunto complejo y ampliamente discutido, constituyendo uno de sus principales escollos el elevado coste que suponen los tratamientos clínicos de reasignación sexual. Por ello, la asistencia sanitaria integral de ámbito público constituye una de las reivindicaciones históricas de la comunidad transexual. En un primer momento, se reclamó su inclusión a través de una Ley integral de identidad de género que resolviera no sólo cuestiones civiles, sino también de política social y sanitaria tanto en la proposición de ley de 2000 como en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2007. Desterrada la idea de una ley integral de género que aborde, entre otras, estas cuestiones sanitarias, los esfuerzos actuales se centran en la inclusión de la prestación en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

B) Regulación en el ámbito autonómico. Algunos casos emblemáticos: Navarra y País Vasco.

Por una parte, destacó la Comunidad Foral de Navarra —con La Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de los derechos de las personas transexuales— quien fue pionera en el tratamiento de la identidad de género y de la transexualidad de una forma integral y desde la óptica de los derechos humanos. De tal forma, se decantaba por una ley multidisciplinar que respondiese a las necesidades sanitarias —junto con las psicológicas y sociales— del colectivo transexual y a tal fin creó una cobertura sanitaria amplia canalizada en el sistema sanitario público de Navarra, que incluyese la formación de profesionales de la asistencia sanitaria y la edición de una guía clínica, así como la promoción de la investigación sobre la transexualidad.

Sin duda, esta ley supuso un gran avance en Navarra, pero resultó, con los años insuficiente y en 2017 esta ley quedó derogada por una norma más amplia, Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGBTI+ (personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales). Destaca su título III, específico para las personas transexuales, transgénero e intersexuales, dada la carencia de derechos que han sufrido históricamente. La ley foral no solo reconoce la voluntad de la persona a cambiar el sexo legal por el que es conocido, a todos los efectos, sino también la necesidad íntima de las personas transexuales, cuando así se expresa libremente, de recibir el tratamiento médico adecuado que les aproxime lo más posible en lo físico al sexo asumido. En este sentido, la atención integral a la salud de las personas transexuales incluye todo un conjunto de procedimientos definidos desde la psicología y la medicina para que la persona transexual pueda adecuar los caracteres sexuales secundarios y primarios, según cada caso, a su identidad de género, partiendo de la base obvia de que existe una diversidad de comportamientos y respuestas entre las propias personas transexuales.

A esta iniciativa le siguió la Comunidad Autónoma del País Vasco, que junto con Navarra abrieron camino en la regulación de la transexualidad de forma específica. Su normativa, aún en vigor, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Siguiendo la estela de su predecesora prevé —al igual que en Navarra— la creación de una unidad de referencia en materia de transexualidad dentro de Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) integrada por personal profesional de la atención médica, de enfermería, psicológica, psicoterapéutica y sexológica. Paralelamente, se recoge la creación de una guía clínica para la atención de las personas transexuales, con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos afectados. Es reseñable que se prevé que el Servicio

Vasco de Salud proporcione —en el marco de las prestaciones gratuitas de la sanidad pública— los diagnósticos, los tratamientos hormonales y también las intervenciones plástico-quirúrgicas.

En la actualidad, otras comunidades autónomas como Andalucía y la Comunidad de Madrid cuentan cada una con dos leyes diferenciadas, una específica para las personas transexuales y otra para todo el colectivo LGTBI+. Por otra parte, Canarias y la Comunidad Valenciana tienen leyes solo para las personas transexuales, mientras que Aragón, Islas Baleares, Catalunya, Extremadura, Galicia y Murcia han aprobado legislación que se refiere de forma conjunta a la comunidad LGTBI+.

PARTE SEGUNDA: ABLACIÓN Y CIRCUNCISIÓN.

I. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.

1. Orígenes y precisiones terminológicas.

La mutilación genital femenina -también denominada ablación- consiste básicamente en la extirpación o corte de parte o partes de los genitales externos de las mujeres, siendo las razones que se esgrimen para la perpetración de estas prácticas la religión, la costumbre y la tradición y la identidad sexual.

En 1990, con ocasión de la III Conferencia del Comité Inter-Africano sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y los niños, se adoptó la expresión “mutilación genital femenina”, y se invitó a los Estados a abandonar otros términos como “circuncisión femenina” y “escisión” (muy común en África), por llevar a confusión y no describir toda la variedad de prácticas existentes.

Igualmente, la Organización Mundial de la Salud recomendó a la Organización de las Naciones Unidas que adoptara esa terminología, y desde entonces es la que suele ser utilizada en el contexto internacional. En efecto, la definición más reciente es la que ofrece la OMS en el pasado mes de enero de 2018, entendiendo por mutilación genital femenina todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos¹⁰.

2. Distinción entre figuras afines.

En efecto, se usan varias expresiones para describir la ablación o mutilación genital femenina como “circuncisión femenina” o “escisión” pero no todas tienen

¹⁰ Cfr. la obra monográfica de HERMIDA DEL LLANO, C.: *La mutilación genital femenina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

el mismo sentido ni las mismas connotaciones e implicaciones, y por lo tanto conviene hacer algunas aclaraciones.

Por un lado, con respecto al término “escisión” cabe indicar que este concepto no puede ser equivalente al de “mutilación genital femenina” o “ablación”, en tanto que no engloba todas las variantes de esta práctica. La escisión es únicamente una de las modalidades de mutilación genital femenina existentes en la actualidad, pero no la única ni la más grave.

Por otro lado, también en ocasiones se consideran equiparables la circuncisión femenina y masculina, en la medida que ambos supuestos conllevan la extirpación de partes anatómicas de niñas y niños sanos. Sin embargo, el uso de “circuncisión femenina” para referirse a la mutilación genital femenina resulta incorrecto en tanto que sugiere que el procedimiento llevado a cabo es similar al empleado en la circuncisión masculina, cuando en realidad, en el caso de las mujeres y niñas se invade mucho más su cuerpo y resulta mucho más peligrosa.

Por su parte, la circuncisión masculina se refiere a la extirpación o amputación del prepucio del pene, lo que deja al descubierto el glande. También es conocida como Fimosectomía, es una de las intervenciones quirúrgicas hechas con más frecuencia en la infancia y probablemente una de las más antiguas, practicada con carácter ritual por las más primitivas tribus y por antiguas religiones como el judaísmo y el islamismo. Otros factores determinantes comunes de la circuncisión masculina son la etnia, la percepción de salud sexual y beneficios, y el deseo de ajustarse a las normas socioculturales. La circuncisión masculina es común en muchos países de África y es casi universal en el Norte de África y la mayor parte de África occidental.

Por todo ello, la ONU ha indicado que, desde una percepción basada en defensa de la salud y los derechos humanos de la mujer, el concepto que describe mejor este fenómeno es el de “mutilación genital femenina”, dado que la palabra “mutilación” acentúa la gravedad de esta práctica, dejando entrever la violación de derechos humanos fundamentales en las mujeres y niñas que la sufren.

3. Tipología.

Dentro del amplio concepto de mutilación genital femenina, podemos diferenciar distintas clases de intervención, que abarcan desde la ablación del prepucio del clítoris hasta la grave circuncisión faraónica o infibulación. En la actualidad, existen discrepancias entre los distintos autores dado que no todos distinguen las mismas graduaciones dentro de este fenómeno¹³. Siendo conscientes de ello, haremos referencia a la clasificación proporcionada por la OMS, por ser la respaldada por

la doctrina mayoritaria. En este sentido, la mutilación genital femenina se clasifica en cuatro tipos principales¹¹:

Tipo 1 - Este procedimiento, denominado a menudo clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris).

Tipo 2 - Este procedimiento, denominado a menudo escisión, consiste en la resección parcial o total del clítoris y los labios menores (pliegues internos de la vulva), con o sin escisión de los labios mayores (pliegues cutáneos externos de la vulva).

Tipo 3 - Este procedimiento, denominado a menudo infibulación, consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal, que se sella procediendo a cortar y recolocar los labios menores o mayores, a veces cosiéndolos, con o sin resección del clítoris (clitoridectomía).

Tipo 4 - Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital.

Por desinfibulación se designa la técnica consistente en practicar un corte para abrir la abertura vaginal sellada de una mujer previamente sometida a infibulación, lo que suele ser necesario para mejorar su estado de salud y bienestar y para hacer posible el coito o facilitar el parto.

II. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.

En este apartado se abordan las consecuencias físicas y psicológicas de la práctica de la mutilación genital femenina.

La falta de transparencia que envuelve esta práctica obstaculiza la obtención de datos sobre las consecuencias que genera en la salud de las mujeres. Lo que es indudable es que afecta negativamente a la mujer, tanto a nivel físico como psicológico.

En primer lugar, en cuanto a los efectos físicos, la mutilación genital femenina puede provocar la muerte. En el momento de la intervención acarrea un gran dolor (ya que se practica normalmente sin utilizar anestesia) así como conmoción,

¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE CASTRO, P., PORTAL MARTÍNEZ, E., SERRANO GARCÍA, J.M.: *La mutilación genital femenina en España. Contexto, protección e intervención para su eliminación*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 20-21.

hemorragias y daños en los órganos que rodean el clítoris y los labios. Una vez practicada, la mujer puede experimentar retención de orina e infecciones graves. Por otro lado, el uso del mismo instrumento para realizar mutilaciones colectivas sin proceso previo de desinfección puede propagar el VIH. Muy habitualmente, las niñas padecen infecciones crónicas, hemorragias intermitentes, abscesos y pequeños tumores benignos del nervio que producen malestar y dolor extremo.

Las consecuencias de la ablación también quedan patentes durante el parto, momento en el que la herida (ya cicatrizada) puede desgarrarse. Obviamente, los efectos se agravan en el caso de la infibulación, en cuyo caso es necesario practicar un corte a la mujer en la zona genital para permitir la salida del bebé. En consecuencia, cuando la mujer no es asistida durante el alumbramiento, puede experimentar desgarros perineales u obstrucción al parto. Además, debe tenerse en cuenta que, tras el parto, se le vuelve a practicar a la mujer la infibulación (lo que se conoce como reinfibulación) y, las constantes incisiones y suturas de la zona genital tras cada parto pueden acarrear la formación de un fuerte tejido cicatrizal.

Paralelamente, la mutilación genital femenina conlleva efectos negativos en el libre desarrollo y en el disfrute de la sexualidad. La primera relación sexual se convierte en una experiencia sumamente dolorosa para la mujer, especialmente en el caso de las infibuladas. Además, en algunos casos, el dolor perdura en las sucesivas relaciones sexuales. Por otra parte, al ser el clítoris un órgano vinculado a la consecución del placer sexual y de los orgasmos, su mutilación parcial o total conlleva consecuencias negativas en la satisfacción sexual de las mujeres.

Por último, cabe indicar que junto con los efectos físicos y sobre la sexualidad, encontramos aquellos de carácter psicológico, ya que la mutilación genital femenina puede provocar ansiedad, depresión y psicosis. En ocasiones las mujeres presentan traumas derivados de la intervención o sufren síndromes de ansiedad crónica asociada a cualquier actividad vinculada a la zona genital y depresión ante la preocupación de la situación de sus órganos sexuales o el miedo a la infertilidad en la medida en que entre los efectos físicos que acarrea pueden causar la infertilidad.

III. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO.

I. Normativa internacional.

La mutilación genital femenina constituye una de las categorías más graves de violencia contra la mujer y se encuentra prohibida a nivel internacional en la medida en que vulnera los derechos humanos y en especial, la proscripción de discriminación por razón de sexo, el derecho a la salud y los derechos del niño.

Son numerosos los mecanismos legales con los que cuenta la comunidad internacional para la defensa de los derechos humanos. En este ámbito destacamos la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tomando como base el reconocimiento de los derechos fundamentales declara que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. También hay que señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con la Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo, cuyos textos tratan el derecho al disfrute de la salud y el bienestar físico y mental y acentúan la promoción de una política pública educativa de los países afectados.

Como consecuencia de esos instrumentos, la comunidad internacional ha ido construyendo un consenso sobre el reconocimiento de distintas violaciones de derechos humanos de las que son víctimas las mujeres. Así nace la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Y tomando como punto de partida la Convención se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano particularmente relevante en esta materia ya que adoptará la Recomendación General n.º 14 (1990) que recomienda que los Estados parte adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la mutilación genital femenina. Con posterioridad, la Recomendación General n.º 24 (1999) de la Convención enfatiza que algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad, y recomienda que los Estados parte garanticen leyes que prohíban la mutilación genital femenina.

2. Normativa nacional.

El Legislador español, incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, como delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación siendo recogida tal conducta en el artículo 149 párrafo 2 del Código Penal. Previamente esta conducta se incluía dentro del delito de lesiones “genérico”. El delito de mutilación que se prevé en dicho artículo 149.2 del CP y aunque no haga una referencia expresa al sexo del sujeto pasivo, debe entenderse que éste será la mujer, sin que pueda tener encaje en él la circuncisión masculina. Tampoco alude a ningún motivo especial para realizar su conducta. Por tanto, podrá aplicarse, aunque no se lleve a cabo por razones culturales.

BIBLIOGRAFÍA.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016.

BENJAMIN, H.: *The Transsexual Phenomenon*, The Julian Press Publishers, New York, 1966.

BUSTOS MORENO, Y.B.: *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El TS posibilita el cambio de sexo del menor de edad con suficiente madurez en situación estable de transexualidad" *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, diciembre 2019, disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/ts-posibilita-cambio-sexo-del-menor-edad-suficiente-madurez-situacion-estable-transexualidad/>

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre" *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, octubre 2019, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/>

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: "Problemas legales en el tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad", *ADOLESCERE, Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, vol. VI, 2018.

FERNÁNDEZ DE CASTRO, P., PORTAL MARTÍNEZ, E., SERRANO GARCÍA, J.M.: *La mutilación genital femenina en España. Contexto, protección e intervención para su eliminación*, Dykinson, Madrid, 2018.

HERMIDA DEL LLANO, C.: *La mutilación genital femenina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

LAUROBA LACASA, E.: "Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible", *Derecho privado y Constitución*, Número 32, 2018.

ROBLES GARCÍA, R., AYUSO-MATEOS, J.L.: "CIE-II y la despatologización de la condición transgénero", *Revista de psiquiatría y salud mental*, Elsevier, núm. 2, vol. 12, 2019.

RUBIO TORRANO, E.: "Cambio de sexo" (jurídico), en AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (ed. C.M. ROMEO CASABONA), Comares, Granada, 2011.



SUICIDIO ASSISTITO, DIGNITÀ E DOLCE MISERICORDIA

ASSISTED SUICIDE, DIGNITY AND SWEET MERCY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 536-553



Susanna
SANDULLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2019

RESUMEN: Il presente lavoro, è incentrato sul tema complesso delle scelte di fine vita. Attraverso un'analisi delle motivazioni poste alla base della legislazione Italiana, si è voluto fornire un quadro della normativa e della relativa evoluzione, sollevando alcuni interrogativi che debbono ancora trovare una risposta esaustiva. Si tratta di questioni che il diritto non può ignorare, ma che, al contempo, richiedono di essere affrontate delicatamente, tenendo conto del forte legame con l'etica e della plurivocità del concetto di dignità.

PALABRAS CLAVE: Suicidio assistito; libertà; dignità; protezione; diritto di morire.

ABSTRACT: *This paper, starting from the analysis of the so-called "Cappato case" and the Constitutional Court's judgment no. 242 of 2019, focuses on the complex issue of end-of-life choices. Through an analysis of the motivations at the basis of Italian legislation, it is intentional to provide a legal framework and its evolution, raising some questions that have yet to find the answer. These are issues that the law cannot ignore, but which, at the same time, need to be dealt with delicately, considering the strong link between ethics and the plurality of the concept of dignity.*

KEY WORDS: *Assisted suicide; freedom; dignity; protection; right to die.*

SUMARIO.- I. IL CASO CAPPATO. – II. L'ITER DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA DECISIONE NÚM. 242 DEL 2019. – III. LE GIUSTIFICAZIONI ALL'INCRIMINAZIONE DELL'EUTANASIA ATTIVA E DEL SUICIDIO ASSISTITO. – IV. ALCUNE PERPLESSITÀ ANCORA DA SUPERARE – V. UNA SCELTA DI SOLIDARIETÀ.

I. IL CASO CAPPATO.

L'intervento in esame ha ad oggetto una vicenda che ha profondamente scosso il panorama giuridico italiano e che è conosciuta come “il caso Cappato”, la cui esposizione richiede, però, una premessa.

Temi come quello delle scelte di fine sono particolarmente delicati, in quanto, sebbene concernano ricostruzioni concettuali di principi di diritto¹, specialmente penale, essi attengono ad aspetti sensibili e dolorosi che devono sempre e in ogni caso essere considerati con rispetto, in quanto afferenti ad una serie di valori che incidono sul nucleo più intimo della persona².

Fabiano Antoniani, noto come DJ Fabo, era un famoso DJ del Nord Italia, il quale, a seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, era rimasto cieco e tetraplegico, non più autonomo nella respirazione, nell'alimentazione e nell'evacuazione, conservando, però, intatte “le capacità intellettive e la sensibilità al dolore”³; infatti, alle inevitabili sofferenze psicologiche si accompagnavano quelle fisiche, particolarmente acute, prodotte dagli spasmi e dalle contrazioni.

-
- 1 “La difficoltà del giurista nasce dalla consapevolezza che in questa materia qualsiasi scelta tecnica è governata a monte da una precisa scelta etica. Per queste ragioni la regola giuridica frutto dell'intervento del legislatore si tradurrebbe inevitabilmente nella posizione di una scelta etica. È per questo che sono stata sempre convinta della inopportunità di legiferare in questa materia vincolando tutti ad una scelta etica che è solo individuale e che non dovrebbe mai tradursi in un divieto. Pur consapevole della naturale storicità del diritto, storicità che non riguarda solo le norme giuridiche ma investe anche i valori dell'ordinamento, avverto disagio nel pensare che valori supremi come la vita umana e la salute possano seguire gli umori del tempo o rincorrere le ansie di competitività con altri ordinamenti, ansie che se costruttive in altri settori,”. Così magistralmente BIANCA, M.: “Prefazione”, in AA.VV., *Le decisioni di fine vita* (cur. da M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2011, p. VIII.
 - 2 AZZALINI, M.: “Il “caso Cappato” tra moniti al legislatore, incostituzionalità “prospettate” ed esigenze di tutela della dignità della persona”, *Nuova giur. civ.*, 2019, núm. 3, p. 540.
 - 3 Così testualmente nell'ordinanza núm. 207 del 16 novembre 2018 della Corte costituzionale, per un commento della quale si rinvia a CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita”, *Rassegna di diritto civile*, XI, 2019, núm. 2, pp. 580-598.

• **Susanna Sandulli**

Assegnista di ricerca, Università degli Studi Roma Tre. Correo electrónico: susanna.sandulli@hotmail.it

Poiché questa condizione era risultata refrattaria a ogni tentativo di cura, anche sperimentale, anche effettuata all'estero⁴, DJ Fabo decise di porre fine alla sua esistenza, volontà che venne ribadita con uno sciopero della fame e della parola e, successivamente, con diverse comunicazioni pubbliche.

Preso atto che la sua volontà non poteva essere scalfita in alcun modo, la fidanzata contattò Marco Cappato, tesoriere dell'Associazione Luca Coscioni⁵ ed esponente dei Radicali, il quale suggerì a DJ Fabo di interrompere le cure che lo tenevano in vita – ossia i trattamenti di ventilazione e alimentazione artificiale – mediante sottoposizione a sedazione profonda; tale possibilità fu però scartata da DJ Fabo, in quanto la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo alcuni giorni, modalità che egli reputava “non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo”⁶.

DJ Fabo, dunque, ribadì la sua volontà di ricorrere alla pratica del suicidio assistito, vietata e penalmente sanzionata in Italia, recandosi a Pfaffikon (Svizzera), presso la sede della clinica Dignitas⁷.

Anche durante il soggiorno elvetico Marco Cappato verificò fino all'ultimo se Fabiano volesse desistere, ma egli rimase fermo nella sua decisione e il 27 febbraio 2017, azionando con la bocca uno stantuffo per attivare l'immissione del farmaco letale, morì.

II. L'ITER DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA DECISIONE NÚM. 242 DEL 2019.

Ripercorsa la drammatica vicenda, occorre comprendere quali siano stati i risvolti giuridici della stessa.

Tornato in Italia, Marco Cappato si autodenunciò e fu indagato per aver rafforzato il proposito suicidiario di DJ Fabo, ossia per il reato di istigazione al suicidio, e per il reato di suicidio assistito di cui all'art. 580 del codice penale⁸, in

⁴ DJ Fabo aveva fatto ricorso, senza successo, anche al trapianto di cellule staminali in India nel 2015.

⁵ Dal sito internet dell'Associazione si comprendono le finalità della stessa, ossia “è un'associazione no profit di promozione sociale. Tra le sue priorità l'affermazione delle libertà civili e i diritti umani, in particolare quello alla scienza, l'assistenza personale autogestita, l'abbattimento delle barriere architettoniche, le scelte di fine vita, la ricerca sugli embrioni, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, la legalizzazione dell'eutanasia, l'accesso ai cannabinoidi medici e il monitoraggio mondiale di leggi e politiche in materia di scienza e auto-determinazione.”.

⁶ Così nell'ordinanza núm. 207 del 2018 citata.

⁷ In Svizzera, infatti, l'art. 115 del codice penale punisce esclusivamente l'istigazione o l'aiuto al suicidio realizzati “per motivi egoistici”, ma non rientra in tale fattispecie l'ipotesi in cui l'organizzazione sanitaria privata di un suicidio assistito, anche nell'ipotesi in cui essa venga esercitata in modo professionale e in presenza di un corrispettivo.

⁸ L'art. 580 del codice penale, contenuto nel Libro II “Dei delitti in particolare”, nel Titolo XII “Dei delitti contro la persona”, al Capo I “Dei delitti contro la vita e l'incolumità personale”, intitolato “Istigazione o

quanto aveva materialmente trasportato in automobile DJ Fabo da Milano alla clinica Dignitas, consapevole che lì avrebbe realizzato il suo progetto suicidario.

Per quanto riguarda l'accusa del reato di istigazione al suicidio, Marco Cappato è stato subito assolto, avendo il giudice a quo escluso la configurabilità dell'ipotesi accusatoria, in quanto non aveva in alcun modo influenzato la decisione di DJ Fabo.

Con riferimento alla seconda accusa, la Corte di Assise di Milano – con l'ordinanza del 14 febbraio 2018 – ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. citato nella parte in cui incrimina la condotta a prescindere dal contributo alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicida, ritenendo violati i principi sanciti dagli artt. 3, 13, 2° comma, 25, 2° comma, e 27, 3° comma, della Costituzione⁹.

La questione è stata discussa il 24 settembre 2019 dalla Corte costituzionale con la sentenza núm. 242¹⁰; da quanto emerso già dal comunicato stampa, la Corte ha qualificato come “indispensabile” l'intervento del legislatore, in attesa del quale ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della legge núm. 219 del 22 dicembre 2017 recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”) e alla verifica delle condizioni richieste e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN (Servizio Sanitario Nazionale), sentito il parere del comitato etico territorialmente competente¹¹.

La Corte, dunque, preso atto dell'assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, il quale era stato già invitato ad intervenire sul tema¹², ha confermato

aiuto al suicidio”, dispone che “Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.”.

9 Si rinvia a CANALE, E.: “La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire (Osservazioni a margine dell'ordinanza della 1^a Corte d'assise di Milano, 14 febbraio 2018, imp. Cappato)”, www.osservatorioaic.it, 7 giugno 2018.

10 Per un commento della quale si rinvia a BIANCA, M.: “L'aiuto al suicidio è ancora reato. Alcune riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato. Note a margine della decisione della Corte Costituzionale núm. 242 del 2019”, in via di pubblicazione nel prossimo numero della *Rivista Corriere Giuridico*.

11 La Corte ha sottolineato che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell'ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili, come già evidenziato nell'ordinanza 207 del 2018 (punto 6. del Considerato in diritto). Tale ultima condizione di non punibilità, tuttavia, è stata introdotta ex novo dalla sentenza del 2019, non essendo invece stata menzionata nell'ordinanza del 2018.

12 Nuovamente, ordinanza núm. 207 del 2018 della Corte costituzionale.

le quattro condizioni¹³ necessarie affinché chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio altrui non possa essere ritenuto punibile ai sensi dell'art. 580 c.p. Ossia, deve trattarsi: a) di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, b) affetto da una patologia irreversibile, c) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, d) ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Quindi, la Corte non ha cancellato il reato di aiuto al suicidio, né ha dichiarato incostituzionale la norma in toto, ma solo nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio – autonomamente e liberamente formatosi – alla presenza di una serie di condizioni ben precise.

Sostanzialmente, la Consulta ha costruito un'area di non punibilità, pur persistendo un divieto generale di aiuto al suicidio.

Pertanto, la condotta di Marco Cappato non è stata ritenuta strumentale al suicidio, giacché egli ha solo facilitato la preparazione di un proposito già formatosi in precedenza; dunque, in data 23 dicembre 2019 la Corte di Assise di Milano ha assolto Marco Cappato, in quanto “il fatto non sussiste”.

Questa decisione della Corte costituzionale rappresenta una vera e propria rivoluzione nell'ambito delle scelte del fine vita e in tema di “diritto di morire”, ossia del diritto di porre fine alla propria vita attraverso l'aiuto di terzi¹⁴; in tale ambito, occorre però sin da subito procedere ad una distinzione: nel caso del suicidio assistito, come quello di DJ Fabo, il medico fornisce il farmaco al paziente che lo assume personalmente, mentre nell'eutanasia attiva è il medico a somministrare direttamente il farmaco al paziente.

L'eutanasia attiva, vietata e penalmente sanzionata in Italia quale omicidio del consenziente ex art. 579 c.p., differisce a sua volta dall'eutanasia passiva, pratica che riguarda l'interruzione dei cc.dd. trattamenti salvavita.

¹³ Già determinate nell'ordinanza di cui sopra. La Corte ha individuato invero dei profili normativi fondamentali rispetto ai quali l'intervento del Parlamento viene ritenuto essenziale. Sul tema si rinvia a CUPELLI, C: “Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte”, www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2018.

¹⁴ “Il quomodo, purché umano e tecnicamente corretto, è secondario. L'evento potrebbe anche avvenire per mano di terzi: anzi, sarebbe di regola un atto assai più sicuro e competente, se realizzato da un sanitario, e comunque sotto controllo medico. Ma la modalità di realizzazione personale dell'atto non è certo essenziale per la persona, che esprime un bisogno terminale liberatorio che non esige un'azione individualistica e solitaria come è di regola il suicidio, essendo invece una decisione socialmente significativa e comunicata, che chiede solidarietà espressa.”. Così DONINI, M. “Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, núm. 6, p. 2855.

In Italia, infatti, con la legge núm. 219 del 2017¹⁵, entrata in vigore dopo la morte di DJ Fabo¹⁶, è stata prevista¹⁷ la possibilità, in vista di una futura incapacità, di redigere il testamento biologico, conosciuto come DAT (disposizioni anticipate di trattamento) al fine di rispettare la libera autodeterminazione del paziente e la gestione dignitosa della malattia¹⁸.

Quindi, ogni persona maggiorenne, capace di intendere e di volere¹⁹, dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte²⁰, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari²¹.

Con la citata legge, dunque, è stata introdotta la facoltà di ricorrere all'eutanasia passiva²² effettuata tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, fra cui la nutrizione e l'idratazione artificiale²³ e, a parere generalmente concorde della dottrina, la ventilazione artificiale, con sottoposizione a sedazione profonda²⁴.

15 Pubblicata in G.U. 16 gennaio 2018, Serie Generale, núm. 12 ed entrata in vigore il 31 gennaio 2018.

16 "In Italia si era già consolidato un orientamento giurisprudenziale favorevole ad accogliere la richiesta di interrompere trattamenti anche di sostegno vitale (orientamento poi recepito nella legge del 2017)" Così PEOLE, L.: "L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, núm. 6, pp. 2871-2888.

17 Ai sensi dell'art. 4.

18 Legge entrata in vigore ben dieci anni dopo la presentazione del primo disegno di legge. Sull'argomento cfr. TRIPODINA, C.: "Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (núm. 219 del 2017)", *www.forumcostituzionale.it*, 12 gennaio 2018.

19 Sul problema delle DAT dei soggetti incapaci si rinvia a PIZZETTI, F.G.: "L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del "caso Cappato", e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un'agonia lenta e non dignitosa", *Rivista BioDiritto*, 2019, núm. 2.

20 Il tema, in questo caso, concerne il c.d. consenso informato e può facilmente notarsi come la disciplina contenuta nella legge del 2017, di fatto, recepisca le conclusioni a cui era già pervenuta la giurisprudenza ordinaria, in particolare con le pronunce sui più che noti casi Welby (Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007, núm. 2049) ed Englaro (Corte di Cassazione, sezione I, 16 ottobre 2007, núm. 21748). Così CONTI, R.G.: *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne Editrice, Roma, 2019, p. 43.

21 Dalla avvenuta dichiarazione scaturisce l'esonero di responsabilità civile e penale del medico. Questa previsione si pone in linea di continuità la legge 15 marzo 2010, núm. 38 recante "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore" e concernente la questione dell'alleviamento delle cure. Si tratta, quindi, di un'ipotesi differente da quella del caso in esame, giacché la legge de qua disciplina la rinuncia ai trattamenti salvavita e non, invece, la somministrazione di un farmaco letale. Così BIANCA, M.: "L'aiuto al suicidio", cit.

22 Sulle diverse forme di eutanasia, si rinvia a CANESTRARI, S.: "Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile", *Riv. it. med. leg.*, 2003, pp. 751-775.

23 Una delle novità maggiori della legge consiste proprio nell'aver qualificato come trattamenti sanitari la nutrizione e l'idratazione artificiale. La questione era sorta in relazione alla triste quanto nota vicenda di Eluana Englaro, che aveva visto la dottrina dibattere in modo acceso sul tema e che era culminata nella presentazione nella proposta di legge núm. 2350 del 23 marzo 2009 (conosciuta anche come proposta Marino e consultabile sul sito https://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0022700) che escludeva l'alimentazione artificiale e l'idratazione dalla categoria dei trattamenti sanitari, rendendoli non rifiutabili.

24 L'esercizio di tale diritto viene, peraltro, inquadrato nel contesto della "relazione di cura e di fiducia" – la cosiddetta alleanza terapeutica – tra paziente e medico, che la legge mira a promuovere e valorizzare: relazione "che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico", e che coinvolge, "se il paziente

La ratio ispiratrice dell'intervento normativo può essere rivenuta nella tutela della libera autodeterminazione dell'individuo e della dignità dell'essere umano.

Ciò posto, occorre comprendere quali sono le ragioni alla base della scelta del Legislatore italiano di ritenere illegali le pratiche dell'eutanasia attiva e del suicidio assistito, tenendo sempre presente l'immensità del dibattito su questi temi, diffuso tanto nell'opinione pubblica quanto nelle aule dei Tribunali nazionali ed europei, essendo profondamente condizionato dalle personali convinzioni etiche, filosofiche e religiose, che impongono un esercizio del potere legislativo e giudiziario più cauto possibile²⁵.

III. LE GIUSTIFICAZIONI ALL'INCRIMINAZIONE DELL'EUTANASIA ATTIVA E DEL SUICIDIO ASSISTITO.

La prima motivazione che ha spinto il nostro ordinamento a proibire il ricorso all'eutanasia attiva e al suicidio assistito potrebbe essere definita come una ragione di natura "tecnica".

Come visto, l'eutanasia può consistere in un comportamento attivo od omissivo e se si guarda al risultato finale non vi è alcuna differenza²⁶, in quanto sia l'interruzione dei trattamenti salvavita, sia la somministrazione dei farmaci letali portano, inesorabilmente, alla morte del paziente²⁷; tuttavia, tali modalità vengono valutate diversamente, perché nel caso dell'interruzione delle cure il decesso viene semplicemente "accelerato", mentre l'eutanasia attiva causa tout court la morte del paziente²⁸.

lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo"(art. I, comma 2).

25 Così ANZON DEMMIN, A.: "Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, núm. 6, p. 2459.

26 Interessanti le osservazioni di TRIPODINA, C.: "Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, núm. 6, pp. 2476-2486.

27 Così D'AVACK, L.: *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 178.

28 Cfr. LAMB, D.: *L'etica alle frontiere della vita. Eutanasia e accanimento terapeutico*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1998, p. 50, il quale evidenzia che "L'errore di negare l'esistenza di una tale distinzione consiste nel voler concentrarsi troppo sulle conseguenze di un'azione, e nella tendenza a trascurare non solo le intenzioni che l'hanno determinata, ma il contesto nel quale l'azione si è svolta".

Sul tema si è pronunciata anche la giurisprudenza, in particolare si rinvia a U.S. Supreme Court, 25 giugno 1997, *Vacco et al. c. Quill et al.*, 521 U.S. 793 (1997), § 800 s. (trad. it. in *Foro it.*, 1998, IV, c. 76 ss.), con cui si è affermato "when a patient refuses life-sustaining medical treatment, he dies from an underlying fatal disease or pathology; but if a patient ingests lethal medication prescribed by a physician, he is killed by that medication"; ma anche a Cass. 6 ottobre 2007, núm. 21748, in cui la Suprema Corte, la quale si è espressa nel senso che "il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale".

Tale differenza, sebbene da un punto di vista puramente “morale” possa apparire irrilevante, nella realtà giuridica assume una portata significativa; difatti, l'eutanasia attiva è vietata e configura una fattispecie di reato in quanto intacca il principio fondamentale della sacralità della vita, sostanziandosi in una violazione del divieto di non uccidere²⁹.

Ne consegue che la morte non può essere considerata dall'ordinamento come una cura “alternativa” e, pertanto, dalla libertà di autodeterminazione terapeutica non può dedursi un diritto di essere aiutati a morire³⁰.

La seconda ragione concerne l'insussistenza di un diritto a morire riconosciuto implicitamente a livello costituzionale.

L'art. 2 Cost., infatti, viene interpretato nel senso che lo Stato ha il dovere di tutelare la vita di ogni individuo – in quanto strumentale alla tutela di tutti gli altri diritti inviolabili – e non, invece, di riconoscere la possibilità di ottenere dallo Stato per tramite di terzi un aiuto a morire³¹: dal diritto alla vita³² non può derivare il diritto di morire e, quindi, l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio è funzionale alla protezione del diritto alla vita.

Ne consegue che l'interferenza da parte dello Stato risulta proporzionata all'obiettivo di prevenire i rischi di abusi³³.

Tale posizione è stata fatta propria anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁴, proprio in relazione al tema suicidio assistito, in particolare con la sentenza núm. 2346 del 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*³⁵.

29 Come sottolineato da L. D'Avack, op. cit., diviene difficile distinguere il corso della natura dall'intervento medico.

30 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Diritto al suicidio”, cit., p. 586.

31 Di avviso contrario autorevole dottrina secondo cui “[l]a disponibilità della vita trascina con sé la disponibilità del morire”, RODOTA, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 251.

32 Definito come “primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2” dalla stessa Corte costituzionale, sentenza 25-27 giugno 1996, núm. 233.

33 Si pensi, poi, ad ulteriori fattispecie di reato come l'omicidio del consenziente ex art. 579 c.p., il quale stabilisce “Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizione di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.”.

34 Per un approfondimento della giurisprudenza europea, si rinvia a ADAMO, U.: “Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili”, *Rivista AIC*, 2016, núm. 2.

35 In *Foro it.*, 2003, IV, c. 62, con nota di BARBISAN, B.: “Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese e in quella della Corte europea di Strasburgo”, pp. 36-42; FRANCOLINI, G.: “Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, núm. 4, pp. 795-823.

In tale frangente, sebbene la quarta sezione della CEDU abbia ribadito l'estensione della nozione di "vita privata" e l'importanza che venga assicurata un'adeguata forma di tutela³⁶, ha altresì evidenziato che non si può in alcun modo esigere che lo Stato faciliti o consenta la morte di un individuo³⁷.

A fortiori, la Corte ha precisato che l'eventuale previsione di una deroga che consenta il suicidio assistito "would seriously undermine the protection of life which the 1961 Act was intended to safeguard and greatly increase the risk of abuse"; ciò in ragione del fatto che nella maggior parte delle ipotesi sarebbe estremamente difficile individuare coloro che si trovano effettivamente nelle condizioni di poter ricorrere al suicidio senza aiuto di terzi.

Ma, con forti probabilità, la ragione principale che porta a ritenere illegittimi l'eutanasia attiva e il suicidio assistito risiede in un'istanza di protezione.

Ossia, nella necessità di proteggere da decisioni terribilmente dannose i soggetti che attraversano difficoltà e sofferenze, per evitare che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere.

Ciò, specialmente, nei confronti delle persone più deboli e vulnerabili³⁸: infermi, persone depresse, psicologicamente fragili, persone anziane o in solitudine, potrebbero essere indotti a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per un personale tornaconto.

36 "La nozione di vita privata è una nozione ampia, non suscettibile di una definizione esaustiva. Comprende l'integrità fisica e morale della persona. Può perfino ricomprendere aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo. Elementi quali l'identificazione sessuale, il nome, la tendenza sessuale e la vita sessuale rientrano nella sfera personale protetta dall'art. 8. Tale disposizione tutela altresì il diritto allo sviluppo personale e il diritto di instaurare e intrattenere relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno. Benché non sia stato accertato che l'art. 8 della Convenzione implichi un diritto all'autodeterminazione in quanto tale, la nozione di autonomia personale rispecchia un principio importante sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art. 8."

37 "Benché la Corte debba adottare un approccio elastico e dinamico nell'interpretare la Convenzione, che è uno strumento vivente, occorre anche sorvegliare che ogni interpretazione che essa fornisce coincida con gli obiettivi fondamentali perseguiti dal trattato e salvaguardi la coerenza che quest'ultimo deve avere in quanto sistema di protezione dei diritti dell'uomo. L'art. 3 deve essere interpretato di concerto con l'art. 2, che gli è sempre stato accostato dato che rispecchia i valori fondamentali osservati dalle società democratiche. L'art. 2 della Convenzione sancisce anzitutto e soprattutto un divieto di ricorso alla forza o a qualsiasi altro comportamento idoneo a provocare la morte di un essere umano, e non conferisce affatto all'individuo un diritto di esigere dallo Stato che consenta o faciliti la sua morte. Esigere dallo Stato che accolga simile domanda equivale ad obbligarlo ad approvare atti volti ad interrompere la vita. Tale obbligo non può essere dedotto dall'art. 3 della Convenzione."

38 Sul tema, cfr. anche CEDU, sentenza 19 luglio 2012, Koch c. Germania, per un approfondimento della quale si rinvia a CRIVELLI, E.: "Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge", *Rivista AIC*, 2012, núm. 4; PARODI, C.: "Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva (Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, Koch c. Germania, ric. n. 497/09)", in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 febbraio 2013.

Quindi, l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio assolverebbe alla funzione di tutelare l'individuo e, di conseguenza, anche il diritto alla vita e, sebbene l'ordinamento italiano non punisca chi abbia tentato di porre fine alla propria vita (ossia nell'ipotesi di suicidio tentato), tale scelta non risulta incoerente, in quanto nell'istigazione e nell'aiuto al suicidio – in ragione dell'intervento del terzo – si innesca una relatio ad alteros di fronte alla quale viene in rilievo nella sua pienezza l'esigenza di rispetto del bene della vita.

In altri termini, la scelta del Legislatore di proibire l'agevolazione suicidaria si porrebbe in linea di continuità con uno dei principi fondamentali dell'ordinamento sancito all'art. 3, comma 2, della Costituzione, secondo cui “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”.

IV. ALCUNE PERPLESSITÀ ANCORA DA SUPERARE.

Nonostante le argomentazioni illustrate appaiano, agli occhi di chi scrive, più che valide, dei dubbi – inevitabilmente – sorgono.

Anzitutto, se lo Stato non può, in virtù della sua posizione di garante della persona umana, sancire espressamente un diritto di morire, al contempo dalla lettura della Costituzione non sembra in alcun modo emergere un contrapposto dovere di vivere.

Infatti, gli unici doveri che vengono espressamente menzionati dalla carta costituzionale sono quelli di solidarietà sociale, in cui un “dovere di vivere o di sopravvivere” non pare in alcun modo poter essere inserito³⁹.

In altre parole, la vita non potrebbe essere considerata un diritto indisponibile⁴⁰.

39 Per un approfondimento si rinvia FLICK, M.: “Riflessioni svolte dinanzi alle Commissioni II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei deputati in data 7 maggio 2019, in tema di fine vita”, *Cass. pen.*, 2019, n. 11, pp. 3820-3825, il quale afferma (p. 3820) “La Costituzione non definisce la vita; riconosce implicitamente il suo carattere di presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali; non afferma esplicitamente un diritto ad essa, ma non propone neppure un dovere esplicito o implicito di vivere. Una interpretazione ragionata degli artt. 2, 13 e 32 Cost. sembra consentire di affermare che non è configurabile né un obbligo (coercibile) di vivere, né un generico diritto di morire (anche con l'aiuto di terzi su richiesta dell'interessato). Insomma, un diritto personalissimo, inviolabile da parte di tutti i terzi (compreso lo Stato); ma non indisponibile per il suo titolare, come si evince già dalla definizione della salute nell'art. 32 della Costituzione. Un “diritto fondamentale” (l'unica volta in cui il costituente usa questa qualificazione) dell'individuo, un interesse della collettività.”.

40 Sul tema, v. FLICK, G.M.: “Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?”, in AA.VV., *Le decisioni di fine vita* (cur. da M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 5-23. In particolare, l'A. afferma (p. 7) che “Sulla base di una interpretazione ragionata degli artt. 2, 13 e 32 del testo costituzionale, non mi sembra si possa parlare di un diritto di morire (suscettibile di esercitarsi con il concorso di un terzo); ma neppure, al contrario, di un dovere coercibile di vivere. Sarebbe difficile desumere un simile dovere dal generico riferimento dell'art. 2

In secondo luogo, la ratio della disciplina, consistente necessità di tutelare i soggetti più vulnerabili, risulterebbe, almeno in parte, contraddittoria.

Infatti, se, senza dubbio, vi sono delle categorie di soggetti che necessitano di una maggior protezione in virtù della posizione di debolezza che le contraddistingue, non può non notarsi come anche la possibilità legalmente prevista di interrompere le cure potrebbe essere rischiosa, in quanto i malati potrebbero essere indotti o influenzati da terzi esterni.

Dunque, se chi è mantenuto in vita da un trattamento artificiale viene considerato dall'ordinamento in grado – a determinate condizioni – di prendere la decisione di importanza inestimabile di porre fine alla propria esistenza attraverso l'interruzione del predetto trattamento, risulta difficile affermare che il medesimo soggetto debba essere ritenuto bisognoso di una ferrea protezione qualora decida di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri. Il sistema così delineato risulterebbe, dunque, poco coerente.

Infine, la negazione di un diritto al suicidio assistito potrebbe violare il principio dell'autodeterminazione del paziente, venendo lesa la sua libertà.

Se, infatti, sussiste l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva da parte di terzi, non vi dovrebbe essere ragione per negare la richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento⁴¹.

In sostanza, un divieto di questo tipo finirebbe per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie – comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze – ai sensi degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost. Tali norme, infatti, sanciscono il c.d. principio personalistico che considera l'uomo un fine in sé e, pertanto, il diritto di morire troverebbe un accoglimento e una tutela nell'ordinamento stesso⁴².

In altre parole, imporre al malato un'unica modalità per morire non sarebbe preordinato ad alcun interesse costituzionalmente apprezzabile, risultando così violati i principi di ragionevolezza e di uguaglianza e, in virtù delle differenti condizioni soggettive, ciò risulterebbe contrario altresì alla propria personale idea di morte dignitosa.

Cost. all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, se posto a confronto con lo specifico riconoscimento del diritto al rifiuto del trattamento terapeutico, contenuto nell'art. 32 Cost. stessa.”.

41 Sulla questione si rinvia a EUSEBI, L.: “Un diritto costituzionale a morire «rapida- mente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018”, *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 1313.

42 Una posizione contraria che preveda la punibilità in caso di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio sarebbe tacciabile di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza?

V. UNA SCELTA DI SOLIDARIETÀ.

Proprio sul concetto di dignità, tuttavia, occorre soffermarsi⁴³.

Infatti, la dignità nel morire non può risolversi in una personale concezione di cosa sia dignitoso⁴⁴ al fine di giustificare l'aiuto del terzo a mettere in atto il proposito suicidario; il rischio, infatti, è di scivolare in una deriva soggettiva a cui una legge generale ed astratta – come deve essere – non può ovviamente ancorarsi.

Ne conseguirebbe, invero, che lo Stato dovrebbe garantire ad ogni individuo il diritto di morire secondo la propria personale concezione – pur non essendo sempre in grado di garantire un'esistenza libera e dignitosa – ma soprattutto con il rischio finire per eliminare qualsivoglia forma di protezione, normativa e giudiziale, stante il carattere personale della scelta⁴⁵.

Inoltre, non essendovi una concezione univoca della dignità, nel caso del suicidio assistito la situazione diverrebbe ancora più pericolosa proprio in ragione del coinvolgimento del terzo; infatti, non si può sottacere il rischio che il paziente, già provato fisicamente e psicologicamente, venga influenzato nella sua decisione e, pertanto, è necessario, per quanto possibile, un ancoraggio a condizioni obiettive.

In conclusione, indipendentemente dalle inevitabili e assolutamente comprensibili opinioni che contraddistinguono ciascuno di noi, forse sarebbe giuridicamente e moralmente utile far riferimento, come sottolineato da autorevole dottrina⁴⁶, al concetto di “dolce misericordia”, ossia a quel principio di natura etica che trova un fondamento anche nella Costituzione e nello specifico nel principio di solidarietà.

43 Particolarmente interessante quanto sostenuto da CARRANO, R.: “Riflessioni sulle decisioni di fine vita: tra autonomia, dignità e solidarietà”, in AA.VV., *Le decisioni di fine vita* (cur. da M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2011, p. 117, il quale afferma “Il concetto di dignità umana quale fondamento dei diritti inviolabili dell'uomo viene così funzionalizzato allo sviluppo della personalità dell'individuo e alla sua autodeterminazione: il valore della dignità umana viene accettato a condizione che sia il soggetto a deciderne il contenuto. Così, sulla base di queste argomentazioni, prima della dignità viene posta la libertà (cioè il potere di decidere liberamente cosa si vuole intendere per dignità), con la conseguenza che quanto più relativa è la prima tanto più assoluta è la seconda. Ciò è dimostrato dal fatto che ad una libertà assoluta viene a corrispondere un concetto di dignità che si identifica con l'opinione del singolo: tanti sono i contenuti della dignità quanti sono gli individui a cui essa si riferisce.”.

44 “Ognuno di noi, tuttavia, interrogato al riguardo, potrebbe indicare un modo diverso di morire dignitosamente: morire sul colpo, senza il tempo di accorgersi di nulla; morire avendo il tempo di congedarsi dai propri cari, lasciando “tutto in ordine”; morire facendo ciò che più si ama... Saremmo forse tutti accomunati solo dal desiderio che le persone che amiamo non abbiano a soffrire troppo (nell'attesa) della nostra fine. Ogni persona, insomma, ha la propria personalissima idea sul modo più dignitoso per morire, così come ha la propria personalissima idea sul modo più dignitoso per vivere. Tante persone esistono, tante idee di vita e morte degna vi sono.”. Così TRIPODINA, C.: “Sostiene la Corte”, cit., pp. 2476-2486.

45 *Ibidem*.

46 Così BIANCA, M.: “La legge 22 dicembre 2017, núm. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento”, *Famila*, 2018, núm. 1, pp. 109-116.

Se, come visto, una delle ragioni alla base del divieto del suicidio assistito risiede nella necessità di tutelare i soggetti più deboli e vulnerabili, forse la dignità per queste persone viene effettivamente rispettata solamente mediante la predisposizione di un sistema di tutela che sia improntato sulla solidarietà.

È, infatti, necessario creare un clima di empatia nei confronti del paziente, al fine di comprendere la tragica decisione di porre fine alla propria esistenza ed evitando che egli possa sentirsi escluso, emarginato o, ancora peggio, un peso per i propri cari e per la società; è necessario riflettere sulla sofferenza che la malattia provoca, cercando di garantire la migliore assistenza possibile, materiale e morale; è necessario che il medico non curi semplicemente il malato, ma se ne prenda cura⁴⁷, realizzando davvero un'alleanza terapeutica.

La vita è un valore supremo che lo Stato non può non tutelare e la cui indisponibilità può essere derogata solo in via eccezionale e solo quando l'intervento del terzo verso l'altrui sofferenza è puramente collaborativo; quindi, solamente in alcuni ed eccezionali casi gli atti di solidarietà da parte di terzi possono considerarsi legittimi, poiché si risolvono, appunto, in un atto di misericordia.

⁴⁷ VERONESI, U.: "Eutanasia ed etica del medico", *Bioetica*, 2003, núm. 2, p. 228.

BIBLIOGRAFIA

ADAMO, U.: "Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili", *Rivista AIC*, 2016, núm. 2.

ANZON DEMMIN, A.: "Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, núm. 6, p. 2459.

AZZALINI, M.: "Il "caso Cappato" tra moniti al legislatore, incostituzionalità "prospettate" ed esigenze di tutela della dignità della persona", *Nuova giur. civ.*, 2019, núm. 3, p. 540.

BARBISAN, B.: "Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese e in quella della Corte europea di Strasburgo", *Foro it.*, 2003, IV, c. 62, pp. 36-42.

BIANCA, M.: "L'aiuto al suicidio è ancora reato. Alcune riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato. Note a margine della decisione della Corte Costituzionale núm. 242 del 2019", in via di pubblicazione.

BIANCA, M.: "La legge 22 dicembre 2017, núm. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento", *Famiglia*, 2018, núm. 1, pp. 109-116.

BIANCA, M.: "Prefazione", in AA.VV., *Le decisioni di fine vita* (cur. da M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2011, p. VIII.

CANALE, E.: "La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire (Osservazioni a margine dell'ordinanza della 1^a Corte d'assise di Milano, 14 febbraio 2018, imp. Cappato)", *www.osservatorioaic.it*, 7 giugno 2018.

CANESTRARI, S.: "Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile", *Riv. it. med. leg.*, 2003, pp. 751-775.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita", *Rassegna di diritto civile*, XI, 2019, núm. 2, pp. 580-598.

CARRANO, R.: "Riflessioni sulle decisioni di fine vita: tra autonomia, dignità e solidarietà", in AA.VV., *Le decisioni di fine vita* (cur. da M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2011, p. 117.

CONTI, R.G.: *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne Editrice, Roma, 2019, p. 43.

CRIVELLI, E.: "Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge", *Rivista AIC*, 2012, núm. 4.

CUPELLI, C.: "Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte", *www.penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018.

D'AVACK, L.: *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 178.

DONINI, M.: "Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile", *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, núm. 6, p. 2855.

EUSEBI, L.: "Un diritto costituzionale a morire «rapida- mente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) núm. 207/2018", *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 1313.

FLICK, G.M.: "Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?", in AA.VV., *Le decisioni di fine vita* (cur. da M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 5-23.

FLICK, M.: "Riflessioni svolte dinanzi alle Commissioni II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei deputati in data 7 maggio 2019, in tema di fine vita", *Cass. pen.*, 2019, núm. 11, pp. 3820-3825.

FRANCOLINI, G.: "Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna", *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, núm. 4, pp. 795-823.

LAMB, D.: *L'etica alle frontiere della vita. Eutanasia e accanimento terapeutico*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1998, p. 50.

PARODI, C.: "Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva (Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, Koch c. Germania, ric. núm. 497/09)", in *www.penalecontemporaneo.it*.

PESOLE, L.: "L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, núm. 6, pp. 2871-2888.

PIZZETTI, F.G.: "L'ordinanza núm. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del "caso Cappato", e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un'agonia lenta e non dignitosa", *Rivista BioDiritto*, 2019, núm. 2.

RODOTÀ, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 251.

TRIPODINA, C.: "Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, núm. 6, pp. 2476-2486.

TRIPODINA, C.: "Tentammo un giorno di trovare un *modus moriendi* che non fosse il suicidio nè la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (núm. 219 del 2017)", *www.forumcostituzionale.it*, 12 gennaio 2018.

VERONESI, U.: "Eutanasia ed etica del medico", *Bioetica*, 2003, núm. 2, p. 228.



EL DERECHO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA A
UNA MUERTE DIGNA

*THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS TO A
DIGNIFIED DEATH*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 554-593



Fabiola MECO
TÉBAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 22 de diciembre de 2019

RESUMEN: En este estudio se pretende profundizar sobre el derecho de la infancia y adolescencia a una muerte digna en España. Se abordan los avances y cambios legales realizados en materia de consentimiento informado en ámbito sanitario de niñas, niños y adolescentes para valorar su capacidad de decidir en procesos de enfermedad terminal y comparar lo que se establece a nivel legal en el plano internacional, nacional y autonómico. Se extraen criterios de interpretación, se constatan vacíos legales y divergencias normativas que cabe solucionar pronto en aras a que este derecho goce de las necesarias garantías.

PALABRAS CLAVE: Infancia; muerte digna; eutanasia; consentimiento informado; cuidados paliativos; enfermedad terminal.

ABSTRACT: *The aim of this study is to study the right of children and adolescents to a dignified death in Spain. It addresses the legal advances and changes made in the area of informed consent in the health field for girls, children and adolescents to assess their ability to decide in processes of terminal illness and to compare what is legally established at the international, national and autonomous levels. Criteria for interpretation are drawn up, there are gaps in the law and differences in legislation that can be resolved soon in order to ensure that this right enjoys the necessary guarantees.*

KEY WORDS: *Childhood; dignified death; euthanasia; informed consent; palliative care; terminal disease.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A LA MUERTE DIGNA?- II. LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA COMO SUJETO TITULAR DE DERECHOS EN EL ÁMBITO SANITARIO.- 1. Las claves de la evolución normativa: del paternalismo hacia la autonomía.- 2. Criterios determinantes de su capacidad para prestar consentimiento informado pleno en el ámbito sanitario.- 3. Los límites a su capacidad de emitir consentimiento informado pleno.- III. LA CAPACIDAD DE DECIDIR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS DE ENFERMEDAD TERMINAL.- 1. Aproximación.- 2. La eutanasia en niños y adolescentes.- A) Lecturas del panorama internacional.- B) Análisis de la legislación española sobre eutanasia en ciernes: ¿una oportunidad perdida?- 3. Los cuidados paliativos: de dónde venimos y hacia dónde caminar.- 4. El derecho a rechazar un tratamiento y revocar el consentimiento informado en enfermedades terminales.- IV CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La muerte es un hecho inevitable. La muerte forma parte de la vida, es el final de la misma. Afrontarla implica saber cómo anticiparse a ella, supone conocer los mecanismos que nos van a permitir decidir realmente sobre la muerte en el curso del proceso que antes o después en virtud de los avances médicos, pero irremediablemente, nos conducirá a sus puertas. Se trata de poder decidir cómo, cuándo y dónde morir. En esta tarea los poderes públicos tienen una gran responsabilidad y la ciudadanía un inexcusable deber de reclamar a los gobernantes para que habiliten mecanismos seguros y eficaces para morir con dignidad. No en vano la conquista de derechos es producto de la exigencia, de la vigilancia y de la denuncia en caso de incumplimiento.

A lo largo del tiempo la muerte ha sido tabú, hasta tal punto que aún hoy nos sigue costando encararla libres de miedos o morales impuestas, que aún están, desgraciadamente, muy presentes. El peso de la religión católica ha marcado a fuego nuestro sistema jurídico con su visión de la vida humana como un derecho inalienable que no podía ni debía quedar al arbitrio de terceros (tampoco al del Estado al que consideraba incapaz de legislar cómo y cuándo disponer de la vida) ni del titular del derecho mismo. Consiguieron que calara en el ordenamiento jurídico la concepción de la vida como un derecho-obligación privado de lecturas sobre la dignidad o calidad de la misma. Infundieron su visión de la muerte como un fin natural que escapa a la voluntad de la persona, incluso en los casos de enfermedad grave e incurable con graves padecimientos, ante los cuales la Iglesia católica prescribe asistencia y afecto frente al dolor que sufra la persona. Si bien

• **Fabiola Meco Tébar**

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universitat de València. Correo electrónico: Fabiola.meco@uv.es

han acabado admitiendo como lícito el suministro de narcóticos y analgésicos para aliviar el sufrimiento, pero no para provocar un acortamiento “sustancial” de la vida. La indisponibilidad de la vida ha sido la llave maestra de cierre de cualquier debate sobre cómo y cuándo morir en cualquier contexto (aborto, suicidio, eutanasia, etc.).

Afortunadamente de manera lenta, pero sostenida, se ha comenzado a llevar anclas de este proteccionismo moral, y de ello encontramos claras muestras en las leyes, en la jurisprudencia y en la sociedad misma. Hoy hay vías abiertas para decidir ante la muerte como el testamento vital o voluntades anticipadas, el derecho a rechazar un tratamiento llamado a alargarnos la vida, y los derechos que asisten al paciente en los cuidados paliativos que priorizan la decisión del paciente a morir pacíficamente y sin sufrimientos. Pero aún queda un importante camino por recorrer, que se divisa en el horizonte como es el reconocimiento y la despenalización de la eutanasia y del suicidio asistido, que ya es una realidad en varios países de nuestro entorno y del mundo.

Bajo el concepto o al amparo de la muerte digna hemos de considerar incluidos todos los derechos que asisten a la persona hoy, y confiemos en un futuro próximo, a la hora de decidir con libertad y autonomía cómo, cuándo y dónde morir. De tal suerte que abarcaría todas estas manifestaciones del principio de libertad y de autonomía personal que son corolario de la dignidad de cómo vivir, que incluye indefectiblemente el momento de la muerte. Así daría cabida en su seno a las actuaciones para anticiparse a ese instante mediante el otorgamiento del popularmente conocido como testamento vital si llegado el caso le es imposible manifestar por medios propios su voluntad; el rechazo a un tratamiento médico vital, al encarnizamiento y obstinación terapéutica, a la sedación paliativa y confiemos en que el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido cuando su voluntad sea libre, expresa y consciente.

Todo lo dicho se antoja más complejo cuando nos planteamos que las personas titulares del derecho a la muerte digna sean niños, niñas y/o adolescentes. Sus muertes se nos antojan mucho más trágicas por su corta edad y la suerte de injusticia que representan al contravenir el llamado orden natural de las cosas. En este estudio vamos a abordar esta difícil realidad que no cabe desconocer, antes al contrario, hay que afrontar, por no estar ni mucho menos resuelta a tenor de los conflictos de intereses y cuestiones legales y éticas de fondo que surgen en la práctica, por virtud de la indefinición o falta de reglas claras en el plano jurídico.

A tal efecto nos plantearemos en este estudio si la infancia y la adolescencia tiene derecho o debe tenerlo para decidir cómo morir en casos de grave riesgo o enfermedades terminales y si cabe limitar y en función de qué criterios el ejercicio de su autonomía personal. Y para ello partiremos de la infancia y adolescencia

como sujeto titular de derechos en el ámbito sanitario, del consentimiento informado por representación y del concepto y alcance del *menor maduro* acuñado y sostenido por organismos internacionales, legisladores y doctrina. Haremos especial hincapié en los retrocesos que consideramos han experimentado estos adolescentes en su capacidad de decidir tras la reforma operada en 2015, que a nuestro juicio abre de nuevo la caja de Pandora. Nos detendremos lógicamente en las legislaciones de los países vanguardia que reconocen el derecho a la eutanasia infantil y adolescente como son Holanda, Bélgica y recientemente Colombia, respecto de las cuales remarcaremos las diferencias existentes entre ellas con sentido práctico. También valoraremos por la oportunidad que representa a los efectos expuestos qué representa la nueva regulación de la eutanasia en ciernes. No olvidaremos en este somero análisis hacer mención del rol decisorio que las legislaciones autonómicas reservan a las personas menores de dieciocho años en materia de cuidados paliativos y la importancia de seguir fortaleciendo los servicios públicos destinados a implementarlos en todo el territorio con las dificultades que entraña y a las que nos referiremos. Se trata en definitiva de verificar las bases sobre las que se edifica y sobre las que debiera de cimentar el derecho a morir con dignidad de niñas, niños y adolescentes en España.

II. LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA COMO SUJETO TITULAR DE DERECHOS EN EL ÁMBITO SANITARIO.

I. Las claves de la evolución normativa: del paternalismo hacia la autonomía.

La consideración de la infancia y adolescencia como sujeto de derechos en el ámbito sanitario ha sido fruto de una evolución significativa que ha tenido mucho que ver con múltiples cuestiones¹, pero de manera significativa con dos basadas en el reconocimiento jurídico: de un lado, el del sujeto-paciente como una persona capaz, libre y responsable en la decisión de cuanto a su salud concierne, particularmente respecto a las actuaciones y tratamientos médicos a realizar sobre su cuerpo; y de otro lado, y no menos importante, la de la infancia y adolescencia como sujeto titular de derechos -también en el ámbito sanitario-, en virtud de la consagración de su capacidad progresiva (intelectual y emocionalmente) no sólo para ser oído, sino para decidir con autonomía sin estar sujeto a la voluntad de terceras personas designadas para protegerlas, generalmente padres/madres o tutores. Los niños, niñas y adolescentes han pasado de ser objeto a ser sujeto de derechos en nuestro ordenamiento jurídico. Y eso supone un paso que no tiene vuelta atrás. Ambas dimensiones son parte de un mismo fenómeno en el caso que

¹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: "La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad", *Revista Española Endocrinología Pediátrica*, 2016, p. 6 apunta los excesos de la investigación médica con seres humanos y la judicialización de la medicina y su consecuencia, la llamada medicina defensiva.

analizamos, en ambas hemos advertido cómo dosis elevadas de paternalismo de terceros cedían paso a la autonomía de la voluntad de la persona/paciente, incluso si de una persona menor de dieciocho años se trataba. Las resistencias y los límites por descontado están, podemos verlos en las no pocas situaciones de colisión o conflicto entre voluntades, como tendremos ocasión de señalar.

A tal efecto y en la materia que nos ocupa han sido trascendentales algunos instrumentos normativos sobre los que profundizaremos. En el ámbito sanitario constituye un hito el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1996, que avanzaba en su art. 6.2 que “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*”. Se daba ya entrada a la combinación del binomio imperfecto edad y grado de madurez que tan importante iba a resultar en la determinación de la capacidad progresiva del menor. Por supuesto 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 (LAP), ha sido clave al abordar, aunque muy deficitariamente en su formulación compleja, quién no tenía capacidad para consentir en la regulación del art. 9.3 destinada al consentimiento por representación².

Por cuanto a los derechos de la infancia y adolescencia se refiere en un destacado lugar aparece siempre por el cambio de paradigma que representa la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España, al reconocer a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos. De ella se haría eco años más tarde otra importante norma, la ley orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que ha marcado un antes y un después al establecer un mejor status jurídico y social, con reglas interpretativas como la referida en su art. 2 que hace primar el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo y obliga a que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpreten de forma restrictiva. De una manera más prolija se concretaría este interés del menor en

2 Sobre el consentimiento médico informado por representación se ha escrito mucho. Véase entre otros ALVENTOSA DEL RIO, J.: “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de derecho*, núm. 20, julio, 2015, pp. 264-291, y más recientemente “Consentimiento informado del menor en España: Reformas recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 10 bis, junio 2019, pp.515-546; BLASCO IGUAL, M.C.: “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 35, 2015, pp.32-42; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Problemas del consentimiento informado ‘por representación’”, en *Consentimiento por representación*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas 22, 2010, pp.38-101; BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero 2018, pp.156-212; DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: “Consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 8, febrero 2018, pp. 213-229.

nuestro ordenamiento jurídico estatal y autonómico a través de no pocas normas reguladoras de derechos de este colectivo en situación de vulnerabilidad. Especial relieve por la vanguardia que representa y el carácter holístico de su regulación es la reciente Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia, sobre la que volveremos.

2. Criterios determinantes de su capacidad para prestar consentimiento informado pleno en el ámbito sanitario.

Las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, como quienes se encuentran en una situación de incapacidad, tienen derechos en el ámbito sanitario que no pueden ser desconocidos. En este apartado incidiremos en los criterios establecidos en el plano legal y médico para determinar la capacidad necesaria de la infancia y adolescencia para prestar consentimiento informado ante los actos y tratamientos médicos. Todo ello para poder abordar después en mejor grado su capacidad ante situaciones irreversibles que conduzcan a la muerte de la persona.

La Carta Europea de Derechos de los Niños y Niñas Hospitalizados de 13 de mayo de 1986 constituye un punto de partida al reconocer el derecho de éstos a recibir una *información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico*, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece; su derecho *a no ser sometido a experiencias farmacológicas o terapéuticas y a no recibir tratamientos médicos inútiles y a no soportar sufrimientos físicos y morales que puedan evitarse*. Se trata de un avance respecto del derecho básico de estos niños y niñas a ser informados y a que su integridad física sea protegida. Ahora bien, esta normativa reconoce limitaciones en la capacidad de decidir de estos niños y niñas al establecer en materia de experiencias farmacológicas o terapéuticas que “sólo los padres o la persona que los sustituya, debidamente advertidos de los riesgos y de las ventajas de estos tratamientos, tendrán la posibilidad de conceder su autorización, así como de retirarla”. Por consiguiente, lejos de entrar a ponderar la edad y/o madurez, remite la decisión a los padres o representantes que los sustituyan.

Mucho más garantista resulta el propio Comité de los Derechos del Niño, que ha ido estableciendo una serie de criterios de notoria relevancia en diferentes y recientes Observaciones generales³, que a nuestro parecer constituyen un corpus iuris interpretativo de primera magnitud del que servirse para determinar la

3 Observaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas: núm. 4 (2003) “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”; núm.12 (2009) “El derecho del niño a ser escuchado”; núm.14 (2013) “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” y núm.15 (2013) “El derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud”.

autonomía en la toma de decisiones de los niños, niñas y adolescentes en materia de salud, incluso de su propia muerte, en caso de duda.

En particular cabe destacar lo dispuesto en la Observación General núm. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud cuando reconoce que *“las capacidades cambiantes del niño repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan a su salud*. Observa también que, a menudo, surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerla. En consecuencia, es *fundamental disponer de políticas de respaldo y proporcionar a los niños, los padres y los trabajadores sanitarios orientación adecuada basada en derechos con respecto al consentimiento, el asentimiento y la confidencialidad”* (&21, p. 8, 2013). Cabe apelar en esas políticas de respaldo en pro de los derechos de la infancia y adolescencia al criterio de la madurez de la persona y muy especialmente al interés superior del menor. Y destacable resulta el énfasis que realiza de la necesidad de formación y orientación sobre los derechos de niños y adolescentes en materia de consentimiento, asentimiento y confidencialidad. De poco sirve avanzar en derechos si en la práctica son desconocidos por quienes tienen que garantizar su efectividad se desconocen.

Por su parte, la Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del niño referente al derecho del niño a ser escuchado, en materia de salud celebra *“que en algunos países se haya establecido una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño y alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de introducir ese tipo de legislación”* y *“recomienda enérgicamente que los Estados partes garanticen que, cuando un niño menor de esa edad demuestre capacidad para expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta esa opinión”* (&102, p. 25, 2009). Este criterio cabe ponerlo en conexión con lo dispuesto en la Observación General núm. 4 del Comité de los Derechos del niño referente a la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece que *“si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del “interés superior del niño (art. 3 Convención)”* (&32, p. 10, 2003).

Por último, destacar la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que en la evaluación y determinación del citado interés y los elementos a tener en cuenta en lo concerniente al derecho del niño a la salud establece que *“si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o*

si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado” (p.17, 2013).

En estas observaciones expuestas del Comité de Derechos del Niño resulta ser cierto que la edad es un criterio que se toma en consideración y que se celebra sea contemplado por los Estados. Pero también lo es que el Comité valora considerablemente el criterio de la madurez del niño o niña, hasta el punto de que una vez alcanzada ésta, se establece que se le ha de permitir emitir por sí mismo un consentimiento fundamentado.

Lo cierto es que edad y madurez no es un binomio perfecto ni automático. No puede decirse con seguridad a qué edad se alcanza la madurez, ni siquiera en algunos casos pasada la frontera de los dieciocho años. No obstante, el legislador en la Ley orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en la reforma que opera del art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), establece “se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho (a ser oído) por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. *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*”. La reforma operada deja de utilizar la expresión “suficiente juicio” y la sustituye por “suficiente madurez” que resulta más acorde con el sentir normativo, médico y jurisprudencial valorativo del interés superior del menor. Y sitúa un horizonte que introduce parámetros objetivos para facilitar en la duda la aplicación práctica del precepto, y es que en todo caso la madurez se alcanza a los doce años. Cuestión distinta y a apreciar por ese personal especializado es que pueda alcanzarse con anterioridad.

Destacable en esta materia es la referencia contenida en el art. 162 CC que señala los padres que ostenten la patria potestad representarán a sus hijos menores no emancipados salvo, entre otros supuestos, en los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Se trata de una reforma operada en virtud del apartado doce del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La edad ha servido al ordenamiento jurídico para ampliar o reducir la capacidad de obrar de la persona mediante tres estados civiles: minoría de edad, emancipación o mayoría de edad. Pero la seguridad jurídica que estos escenarios jurídicos representan y los efectos anudados a ellos, se mira en un espejo más inclusivo y es que la capacidad se presume salvo prueba en contrario y como hemos visto con anterioridad nuestra legislación tiene reconocido que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores de edad se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre haciendo valer el interés superior del menor. Así pues, puede afirmarse que la madurez se erige en una de las piezas angulares en la autonomía para decidir de la infancia y adolescencia. Veamos cómo hace operar el legislador este criterio en cuanto a la salud se refiere.

La LAP de 2002 en la redacción ofrecida al artículo 9.3 estableció un concepto funcional de la capacidad para consentir⁴ ciertamente complejo y no exento de polémica al formularlo en términos negativos y determinar aquellas situaciones de niños, niñas y adolescentes incapaces de decidir que quedaban abocados a ser representados, frente a aquellos no precisados de representación⁵. Así las cosas, diferenciaba dos situaciones:

a) Paciente menor de edad no capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En estos casos se prevé que el consentimiento lo da el representante legal tras oír al menor *si ha cumplido doce años*, estableciendo un límite de edad, que excluiría poder escuchar a otros de menor edad a la señalada, en sentido contrario a lo dispuesto en legislación más favorable al menor. No precisa el legislador si esa suerte de incapacidad encuentra razón de ser en la edad, o es por cuestión de falta de madurez, incapacidad natural o incapacitación. El margen de interpretación es amplio con la discrecionalidad que eso puede comportar.

b) Paciente menor no incapaz ni incapacitado, emancipado o con dieciséis años cumplidos, que cuentan con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención. Aquí el consentimiento lo dará por sí mismo, no pudiéndose prestar por representación. Éste es el supuesto conocido como de los “menores maduros”.

Excepción: existencia de actuaciones de grave riesgo según criterio del facultativo. En estos casos *los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente*.

4 El legislador abandona otras vías para determinar la competencia para decidir sobre el tratamiento médico, como el enfoque formal en el que la capacidad depende de la atribución legal conferida o status pleno, o el consecuencial según el cual sólo cabe reconocer capacidad a quién toma decisiones razonables.

5 PARRA LUCAN, M.A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. I, 2003, pp. 1901-1930.

Esta precaria regulación comportaba un margen de interpretación a la hora de decidir en casos de discrepancia de criterios de las personas llamadas a consentir o asentir, qué opinión era la preponderante, si la del menor maduro que el legislador del 2002 reconocía con capacidad de decidir también en estos casos, o la de los padres que debían ser oídos, pues el facultativo parecía quedar relegado únicamente a valorar que la situación era de grave riesgo. Lo cierto es que las fórmulas legales abiertas complican la aplicación práctica de las mismas y en concreto la actuación de los profesionales sanitarios, de los Comités de Bioética e incluso de los Tribunales de Justicia. Y la cruda realidad es que mientras la interpretación más ajustada al caso llega, el paciente prolonga su sufrimiento. Un padecimiento que una mejor técnica jurídica y una decidida voluntad política podría haberlo evitado.

El art. 9.3 ha sido objeto de modificación legal en virtud de la disposición final segunda de la ley 26/2015 que, aunque mantuvo los dos supuestos, ofreció un técnica más depurada y más acorde al interés superior del menor, al eliminar del primer supuesto el límite de edad de 12 años para ser oído. Recordemos que la norma decía “el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión *si tiene doce años cumplidos*”. El legislador viene con ello a ampliar los casos en los que la opinión del menor de esa edad debe ser recabada, en lógica coherencia con lo que se establece en tratados internacionales como la Convención de derechos del Niño (art.12) o la reformada LOPJM a la que remite la reforma, entre otras muchas afortunadamente, que se sitúan en escenarios más favorables a su posición.

La edad para prestar el consentimiento informado pleno se sigue situando en los dieciséis años, si bien es más acertado decir que cuenta con un límite que es el tipo de prácticas médicas de que se trate, y en ello conviene poner el acento, pues lo cierto es que el legislador ha huido de establecer diferencias entre supuestos, y eso suscita de nuevo dudas interpretativas y libertad para determinar lo que tiene cabida o no.

Nuestra legislación no especifica que se entiende por madurez, ni refiere los criterios utilizables para valorarla⁶, ni tampoco qué personal “especializado” debe de hacerlo y en qué momento o circunstancias. Lo que resulta de lo dispuesto legalmente es que esa madurez por debajo de los 16 años no alcanzaría para emitir consentimiento informado pleno. Sobre la madurez del menor se ha pronunciado la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012 sobre tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones

6 OJEDA RIVERO, R.: “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *Indret*, Julio, 2015, págs. 1-39, señala que los diferentes métodos para evaluar de manera objetiva la capacidad de las personas para dar su consentimiento al tratamiento médico han fracasado como herramientas para poder saber cuándo la persona ha adquirido suficiente madurez para actuar con plena autonomía (p. 9).

médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave que sostiene 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 propia. Por ese motivo se impone siempre una evaluación individualizada –y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente–”. Para la Fiscalía “cuanto más trascendentales o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos”.

Importante resulta destacar que según establece la actual redacción del art. 9.7 LAP, la actuación del representante, sean los padres o tutores o los propios médicos en casos en que por razones de urgente necesidad deban actuar “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” y favoreciendo que el paciente participe “en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

3. Los límites a su capacidad de emitir consentimiento informado pleno.

Tal como ha quedado establecido en el epígrafe anterior, se presentan en derecho como capaces para emitir consentimiento válido aquellos menores emancipados y/o mayores de dieciséis años que no tengan la capacidad de obrar modificada judicialmente por sentencia que así lo establezca para estos supuestos, o que sean capaces de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención médica a realizar. Éste y no otro es el sentir del art. 9.4 de la LAP, reformado por virtud de la Ley 26/2015, que ha mejorado sustancial y plausiblemente lo dispuesto en materia de incapacitación al precisar que la capacidad de obrar sólo quedará modificada cuando la sentencia judicial lo determine y para los casos en que lo haga, presumiendo la capacidad plena en el resto de situaciones.

Pero según el legislador, porque no distingue, estos menores emancipados o mayores de dieciséis años encuentran otros límites a su capacidad para emitir consentimiento informado pleno cuando se vean ante alguno de estos contextos que vamos someramente a exponer. Coincidimos en señalar, como ya ha realizado alguna autora⁷, que los menores emancipados no deberían equipararse ni siquiera

7 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado del menor en España”, cit., pp.532, que sostiene que esta norma no se debe aplicar a los menores emancipados porque éstos carecen de representación legal y las restricciones a su capacidad han de entenderse restrictivamente y en todo caso expresamente formuladas. En este sentido califica de incongruente equiparar al menor emancipados a los mayores de dieciséis años no emancipados.

en los supuestos que vamos a enunciar a los menores mayores de dieciséis años no emancipados, por la distinta capacidad de obrar que el ordenamiento jurídico ya les ha determinado. Lo contrario supondría contravenir lo dispuesto en el art. 323 CC cuando establece que la emancipación habilita para regir su persona y bienes como si fuera mayor. ¿Qué suerte de mayor capacidad representaría en caso contrario en el plano personal ser menor emancipado? Igualmente vendría a poner en entredicho el art. 169 CC que contempla la emancipación como una de las causas que extingue la patria potestad junto a la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, o la adopción del éste. ¿En virtud de qué título emitirían sus padres el llamado consentimiento por representación? Precizada esta cuestión, en modo alguno baladí, detengámonos un momento en enumerar las situaciones para las que el legislador establece regímenes jurídicos diferenciados:

1º. Actuaciones de grave riesgo para la vida o la salud del menor (art. 9.4).

El legislador pronto refiere estas situaciones ante las que se puede enfrentar este colectivo de personas en el mundo sanitario como cualificadas, pero en modo alguno nos ayuda a entender o delimitar esas actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, porque no proporciona criterios para poderlo hacer. Aunque hemos avanzado algo con la reforma operada por virtud de la Ley 26/2015 al haberse acotado el ámbito subjetivo del grave riesgo al establecer éste lo ha de ser “para la vida o salud del menor” y no para el facultativo, duda que quedaba en el aire con la anterior dicción del precepto; lo bien cierto es que se ha perdido una oportunidad fantástica para concretar cuándo nos encontramos ante tales situaciones. La transcendencia que tienen como supuestos limitativos de la capacidad de esos adolescentes, debiera haber significado un mayor cuidado del legislador del precepto.

En efecto la reforma de la LAP en su art. 9.3 realizada por la Ley 26/2015 ha venido a cambiar significativamente la capacidad de decidir del menor mayor de dieciséis años, hasta el punto de que mientras el legislador del 2002 la favorecía al establecer que cuando el facultativo determinara que la actuación era de grave riesgo para el menor, éste podía consentir si bien también se informaba y se tomaba en consideración la opinión de los padres o representantes en la toma de la decisión; en la actualidad el consentimiento en estos casos lo debe prestar el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. Por consiguiente, la autonomía y libertad del mayor de dieciséis años para emitir consentimiento informado pleno se ha eliminado. Esto representa, sin lugar a dudas, un claro retroceso en los derechos del menor, más si pensamos todos los supuestos que pueden justificarse bajo el paraguas de actuaciones que pongan en riesgo la vida o la salud del menor. Pensemos por un momento qué

actuación médica no puede implicar, aunque sea hipotéticamente, un riesgo para la vida o salud del menor. El legislador no concreta que se trate de un riesgo real o inmediato a la actuación. La medicina no es ciencia exacta, dos más dos no siempre son cuatro. ¿Cualquier intervención quirúrgica, voluntaria o no, podría entrar en esta restricción a la voluntad del menor? ¿Qué tratamientos médicos podría asegurarse que no tienen riesgo para la vida o la salud, conociendo como conocemos los efectos secundarios de muchos medicamentos? En nuestra opinión, la no concreción puede llegar a hacer que por esta vía se cuelen muchos supuestos que hasta ahora entraban en la libre voluntad de consentir plenamente del menor y que mañana pudieran ponerla en serio entredicho.

2º. Ensayos clínicos y prácticas de técnicas de reproducción humana asistida

Establece la nueva redacción del art. 9.5, también producto de la Ley 26/2015, que la práctica de ensayos clínicos y la 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.

El legislador ha querido aquí sembrar el criterio de la mayoría de edad de fondo, cuando lo cierto es que esta regla no se verifica la normativa en materia de ensayos clínicos española operada por Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. Esta norma nada dispone en el sentido de limitar la capacidad de consentir a las personas de mayor edad. A tal efecto conviene sólo detenerse en lo dispuesto en los siguientes artículos que evidencian justo lo contrario, esto es, la posibilidad de que el menor de edad con capacidad de consentir, según la LPA, lo haga; ya que de no hacerlo el ensayo no podría continuar:

a) El artículo 2.2 h define como menor al “sujeto de ensayo, que según 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, no ha alcanzado la edad legal para dar su consentimiento informado”. A *sensu contrario* se entiende que si puede otorgar consentimiento informado podrá hacer parte de un ensayo clínico, de conformidad con todo lo que ya hemos analizado de la LAP.

b) El art. 4 referente al consentimiento informado determina en su apartado tercero que “en el caso de menores o personas con la capacidad modificada y para dar su consentimiento, habiendo dado el consentimiento su representante legalmente designado, cuando estos alcancen o recuperen la capacidad de consentir, deberá recabarse su consentimiento para continuar participando en el ensayo clínico”. De este dictado legal cabe colegir que de no recabarse el consentimiento

no debería continuar participando en el ensayo clínico, pues cabe reparar que dice “deberá recabarse”, al contemplarlo como un imperativo.

c) El art. 5 por su parte al regula el ensayo clínico con menores refiere en su apartado tercero “Será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del representante legal del menor, a quien deberá oírse si, siendo menor de doce años, tuviera suficiente juicio. El documento de consentimiento informado de los padres será válido siempre que vaya firmado por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro que debe quedar suficientemente documentado, según lo dispuesto en el artículo 156 CC. *Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo*”. Este artículo sugiere dos cuestiones, relacionado con lo que antes anticipábamos, y es que los padres de un menor emancipado no podrían prestar consentimiento informado previo, y no podrán representarlo por no ser titulares de la patria potestad por haberse extinguido ésta con la emancipación. De otro lado insiste en lo dispuesto en el art. 4 ya analizado.

d) Por último, interesante resulta por ser mucho más explícito y por tanto clarificador lo dispuesto en el Reglamento (UE) núm. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 sobre ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, que como bien es sabido es directamente aplicable a todos los Estados miembro sin necesitar de transposición para completar su eficacia, en el art. 32.3 establece “Si, durante el ensayo clínico, el menor alcanza la edad legal para prestar su consentimiento informado con arreglo a lo definido en el derecho del Estado miembro en cuestión, *se obtendrá su consentimiento informado expreso antes de que dicho sujeto de ensayo pueda continuar participando en el ensayo clínico*”⁸. Introduce por consiguiente una suerte de prohibición de seguir sin su consentimiento. Lo que resulta totalmente coherente con lo que ese mismo precepto establece en su apartado primero c) al disponer que “el investigador respeta el deseo explícito de un menor; capaz de formarse una opinión y evaluar la información a que se refiere el art. 29, apartado 2, de negarse a participar en el ensayo clínico o de retirarse en cualquier momento”.

Por cuanto a las prácticas de técnicas de reproducción humana asistida se refiere, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, es clara en su art. 6 al establecer, en este caso sí claramente, la mayoría de edad como requisito ineludible para ser usuaria de estas técnicas. Y en igual sentido establece el art. 5. 6 el horizonte de los dieciocho años para poder donar gametos y pre embriones para las finalidades

8 SARRIÓN ESTEVE, J.: Cuestiones legales de los ensayos clínicos en menores a la luz de la nueva normativa europea”, vol. 26 *Extraordinario*, XXV Congreso, 2016, pp. 255-262.

autorizadas por esta norma. Así pues, en este caso la disposición del art. 9.5 adquiere todo su sentido.

3º. Interrupción voluntaria del embarazo.

El art. 9.5 reformado establece para los casos de interrupción voluntaria del embarazo también una suerte de limitación para las menores mayores de dieciséis años y es que tanto para éstas como para aquellas mujeres con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales, resolviéndose los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Con anterioridad a la reforma estos supuestos estaban equiparados a los ensayos clínicos y a las prácticas con técnicas de reproducción humana asistida y a tal efecto se regían con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Esta disposición fue muy contestada doctrinalmente por cuanto suponía una restricción al derecho de autodeterminación de las menores de edad en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, que prescindía del criterio general de la capacidad natural de juicio de la menor en una situación más personal si cabe que muchas otras. Fue superada por la Ley orgánica 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, por virtud de su disposición final segunda, que dejaba sin contenido lo dispuesto en el art. 9.4 de la LAP sobre esta materia. La cuestión no quedaba exenta de regulación, por cuanto que el art. 13 de esta norma en su apartado cuarto disponía que “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”.

Pero la reforma que sobre esta materia ha venido a establecerse por ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente, vino a dejar sin efecto lo dispuesto en el art. 13.4 de la Ley 2/2010, bajo el pretexto de que de este modo sus padres/madres o representantes pudieran velar en mejor grado por su interés. A tal efecto conminó a recabar para poder interrumpir un embarazo, no sólo el consentimiento de la menor, sino también el consentimiento expreso de sus representantes legales. Se trata de una modificación que involuciona, y que niega

abierta e inexplicablemente el derecho de autodeterminación de la mujer mayor de dieciséis años, capaz, madura y libre. Confiemos en que esta norma vuelva a estar en el punto de mira de nuestros legisladores con la finalidad de devolver el status jurídico que corresponde a estas mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo⁹.

III. LA CAPACIDAD DE DECIDIR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS DE ENFERMEDAD TERMINAL.

I. Aproximación.

En la regulación básica que hemos analizado hasta el momento en materia de consentimiento informado pleno emitido por niñas, niños y adolescentes no hemos encontrado ninguna referencia dedicada a una realidad dura pero presente, que no cabe obviar por dura que nos resulte; nos referimos a los procesos de enfermedad terminal y a la capacidad de estos niños, niñas y adolescentes de decidir cómo, cuándo y dónde morir¹⁰.

La primera pregunta que cabría formularse es si podrían englobarse bajo lo que el legislador ha contemplado como “actuaciones” que según el facultativo comporten un “grave riesgo para la vida o la salud del menor”, a las que con anterioridad nos hemos referido; y la respuesta es que no. En primer lugar, porque no estamos ante una actuación médica, sino ante una enfermedad que en la mayor parte de los casos no estará relacionada con ninguna praxis médica previa. No es además cualquier enfermedad, su carácter terminal según la Sociedad Española de cuidados paliativos (SECPAL), hace que la misma presente una serie de elementos característicos que la identifican y, consiguientemente, la diferencian de otro tipo de dolencias. Estos elementos son: a) la presencia de una enfermedad avanzada, progresiva e incurable b) la falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico c) la presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes d) el gran impacto emocional que su diagnóstico produce en paciente, familia y equipo terapéutico muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte y e) el pronóstico de vida limitado.

Para la SECPAL la promoción de la autonomía y la dignidad del paciente con enfermedad terminal tienen que regir las decisiones terapéuticas que se proyecten, y recomienda elaborar con él los objetivos terapéuticos. Ante esta situación, nuestra pregunta es obvia ¿dónde queda el derecho a autodeterminarse del

9 ROMEO MALANDA, S.: “La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad. Especial referencia al aborto”, *XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario sobre Actualización y puesta al día en derechos de información y autonomía de los pacientes: Especial referencia al consentimiento informado*, pp. 1-15.

10 *Revista Derecho a morir Dignamente*: “La odisea del niño: entre la vida y la muerte”, núm. 59, 2012, pp.6-30.

paciente mayor de dieciséis años maduro o emancipado ante estos procesos de enfermedad terminal? ¿Qué límites encuentra? ¿Qué establece la legislación estatal y la autonómica? ¿Hay asimetrías jurídicas destacables? ¿Qué referentes comparados existen? Y lo que es crucial: ¿caminamos o retrocedemos en la actualidad en derechos para la infancia y adolescencia cuando la vida digna no es posible?

Nuestro sistema parece abocado a plantear que las actuaciones médicas de los facultativos o la toma de decisiones por representación han de buscar siempre como propósito “el mayor beneficio para la vida o salud del paciente”, así podemos constatarlo de lo dispuesto en la nueva regulación ofrecida al art. 9. 6 de la Ley 41/2002. Pero considerar la vida o salud del paciente por la legislación sanitaria básica, que es necesario, no debiera estar reñido con valorizar en ella también aquellos supuestos en los que las posibilidades reales de mejoría o recuperación de la persona son inexistentes, a tenor del diagnóstico y pronóstico de los facultativos en todos aquellos procesos calificados como terminales. La vida en su último momento, en la muerte, debe estar regida por los principios fundamentales de libertad y de dignidad. El legislador estatal ha de ser valiente, ha de enfrentarse a estas situaciones que precisan de marcos de seguridad jurídica, de ética profesional, de formación actualizada de conocimientos, de medios económicos, y lo más importante de respeto máximo a la voluntad de la persona, también cuando es menor de edad y tiene la suficiente madurez para consentir sobre su cuerpo, para decidir sobre el final de su vida. De momento en España, sólo algunas legislaciones autonómicas se han avanzado a legislar en uno de los escenarios de la muerte digna, el de los cuidados paliativos y los derechos de las personas en el proceso final de sus vidas mientras esperan que les llegue la muerte.

Desandar el camino del reconocimiento de derechos en estos ámbitos, no está en nuestro ánimo. Hemos llegado hasta aquí poniendo en valor todo lo construido, que es mucho, y lamentando y condenando aquellas situaciones de retroceso en ámbitos significativos que consideramos ameritan una pronta reflexión del legislativo actual. Sólo así afrontando con valentía las situaciones, por duras que sean como lo son las que abordamos, conseguiremos seguir avanzando en derechos como sociedad, poniendo coto al paternalismo y ampliando los márgenes de la autonomía de la voluntad cuando es posible y se dan las condiciones en el caso concreto. Si para el derecho un menor es maduro desde los doce años, si la madurez le permite entender la situación por la que atraviesa y las consecuencias de su enfermedad, si además como han reconocido estudios pediátricos, el menor maduro en estos trances tiende a madurar con mayor rapidez: ¿Por qué no permitirle decidir alcanzada la edad sanitaria establecida de los dieciséis años o de la emancipación? ¿Por qué no establecer las condiciones de seguridad en las que esa voluntad puede ser emitida y respetada por terceros?

En definitiva, en estos contextos difusos, hemos de hacer valer los principios sobre los que se ha ido cimentando el reconocimiento de la infancia y adolescencia como sujeto de derechos. Y a tal efecto es de interés lo dispuesto en el nuevo apartado 7 del art. 9 ofrecido por la reforma de la Ley 26/2015 cuando dice 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. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario*. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”. A *sensu contrario* cabe decir que siempre que el menor de edad mayor de dieciséis años o emancipado, valorada la concreta situación, se determine que está en condiciones de poder decidir por sí mismo, por pleno respeto a sus derechos fundamentales, como es su libertad y su dignidad, ha de favorecerse si se quiere acompañándolo de garantías, que nunca supongan en la práctica privación de los citados derechos por ser éstos inalienables. Éste es el reto y la oportunidad que hoy se nos abre.

Afortunadamente como decíamos, el derecho comparado, la jurisprudencia internacional, pero también el legislador autonómico ha ido avanzado respuestas distintas ante la muerte digna. La eutanasia, el suicidio asistido, el rechazo a un tratamiento que alargue la muerte no la vida, y cuando no se quiere provocar la muerte sino esperar a que ésta llegue de manera natural, los llamados cuidados paliativos. En nuestra opinión, el legislador no debiera escoger, todas debieran estar disponibles y abiertas a la elección y libre decisión de la persona que sufre la grave dolencia que atenaza su vida digna. Hablamos de medidas presentes hoy en nuestras sociedades avanzadas, capaces de ofrecer posibilidades de actuación distintas a la resignación o a la dependencia de la voluntad de terceros cuando de procesos de enfermedad terminal se trata. Y en esos horizontes algunos legisladores ya han situado como sujeto de derecho a las niñas o niños o adolescentes que tienen la madurez para ser oídos y muchos casos, y aquí la relevancia, para poder decidir sobre su propia muerte.

2. La eutanasia en niños y adolescentes.

A) Lecturas del panorama internacional.

La eutanasia, como una de las vías por las que acceder a la muerte digna, ha despertado en no pocos ordenamientos jurídicos todas las resistencias, especialmente por parte de sectores conservadores, especialmente en países

donde el peso de la religión se ha dejado sentir con más fuerza como es el caso de España.

No ha sido el caso en otros países pioneros en legislar abiertamente sobre esta materia como Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Canadá y Colombia. Por su parte, Suiza, Holanda, Luxemburgo y algunos estados de EEUU han legislado sobre suicidio asistido, que recordemos engloba aquellos supuestos en los que el propio paciente se causa a sí mismo su muerte asesorado médicamente. Otros países como Italia tienen ya pronunciamientos de la Corte Constitucional que avala el suicidio asistido en ciertos casos¹¹.

Pero nuestro interés se centra en aquellos países que se han colocado a la vanguardia y han dado un paso al frente en coherencia con los valores y principios constitucionales a los que venimos haciendo referencia (libertad, autonomía de la voluntad y dignidad) y también a pronunciamientos jurisprudenciales de gran calado como los que vamos a referir, al legislar sobre el derecho a la muerte digna mediante eutanasia de niñas, niños y adolescentes. Es el caso de Países Bajos, Bélgica y Colombia.

En los Países Bajos existía una larga tradición de fallos judiciales favorables a esta práctica¹² que acabó cristalizando en la Ley de Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio de 2001¹³, que entró en vigor en abril de 2002. Esta Ley en su art. 2.2 reconoce el derecho de la infancia y adolescencia para acceder a la eutanasia en tres situaciones:

a) Menor de 16 años cumplidos que no capaz de expresar su voluntad que ha emitido testamento vital. En estos supuestos “el médico podrá atender la petición de un paciente, que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida. Se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado a los que se refiere el párrafo primero”. Reconoce asimilándolo al supuesto primero que la persona tomó en su día una

11 Los magistrados han decidido que no es punible, bajo ciertas circunstancias, ayudar a morir a “un paciente mantenido vivo mediante tratamientos de soporte vital y que sufre de una patología irreversible, fuente de sufrimiento físico y psicológico que considera intolerable, pero que es totalmente capaz de tomar decisiones libres y conscientes”.

12 De gran importancia por lo que significó para el reconocimiento de la eutanasia en los Países Bajos está la sentencia de 1973 del Tribunal de Leeuwarden, que admitía prácticas de eutanasia a petición del paciente en determinados supuestos sin que los médicos fueran penalizados por ellos. Esta sentencia hizo que estas prácticas se aceptaran lentamente y que se fueron dotando de garantías gracias a otros significativos fallos sobre la materia en 1981 (Tribunal de Rotterdam) y en 1984 y 1994 (Corte Suprema Holandesa).

13 Ley 26691 n. 137 de 2001.

decisión responsable y que el médico ante eso no puede más que respetar sus voluntades anticipadas.

b) Menor entre 16 y 18 años. “Si se trata de un paciente menor de edad, cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión”. En este supuesto se da cabida a que el padre o la madre o quién los represente opine y participe de la decisión, pero no a que tome la decisión por representación.

c) Menor entre 12 y 16 años. “En caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años y que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o a una petición de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, este(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio. Se aplicará por analogía el párrafo segundo”. En estos casos la voluntad de los representantes adquiere más valor, porque han de estar de acuerdo o consentir la decisión del menor, que no obstante sigue teniendo un importante peso en el proceso.

Se contemplan como garantías la necesidad de que el médico que asista al paciente consulte con otro médico llamado asesor sobre la práctica de la eutanasia o el suicidio asistido solicitado. También existe una Comisión de comprobación de notificaciones de casos de terminación de la vida a petición propia y de auxilio al suicidio, que están integradas por al menos un jurista (que será presidente), un médico y un experto en cuestiones éticas. Estas personas son designadas por los Ministerios de Sanidad y de Justicia por un período de 6 años. Entre sus funciones está el valorar que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos, pedir documentación al médico complementaria si se precisa y emitir un dictamen por mayoría simple de los miembros de la Comisión del que se da copia al médico y al fiscal en caso de incumplimiento de requisitos del art. 1 de la Ley¹⁴, en cuyo caso

14 Los requisitos son: 1. Que la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sea residente en Holanda. 2. Que el médico esté convencido de que la petición es voluntaria, meditada y expresa los deseos del enfermo, que ha de ser capaz y reiterarse en su voluntad, que además puede haber manifestado en un documento de voluntades anticipadas 3. Que se constate un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora. 4. Que se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro. 5. Que se haya consultado a otro facultativo y que éste le corrobore el cumplimiento de los requisitos. En caso de sufrimiento psicológico se tienen que consultar dos médicos. Los médicos consultores tienen que ver al enfermo y elaborar un informe por escrito sobre la situación. 6. Que la realización de la eutanasia o auxilio al suicidio se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.

el facultativo tendrá que responder penalmente de sus actos. Además, lleva un registro de casos de los que informa a los Ministerios antes referidos. Y por último la ley contempla la existencia de un inspector regional.

En 2005 la Facultad de Medicina de la Universidad holandesa de Groningen, publicó un protocolo que establecía unas recomendaciones a seguir por los pediatras ante niños nacidos con graves problemas de salud, que se acuñó así: el protocolo Groningen. Era una guía de procedimiento, de buena praxis elaborada conjuntamente entre los doctores Eduard Vergahen y Peter Sauer¹⁵, y miembros de la Fiscalía, que pretendía servir de marco de actuación para la toma de decisiones y para que los médicos se situarían dentro de los marcos legales aceptados¹⁶ pero sin garantías de no ser perseguidos penalmente por sus actuaciones, porque como ellos advertían el Ministerio de Justicia siempre podía anular la decisión de no inculpación. Los requisitos médicos a cumplir eran cinco: certeza del diagnóstico y del pronóstico; existencia de inexorabilidad y sufrimiento insoportable; confirmación del diagnóstico, el pronóstico y el sufrimiento por al menos un médico independiente del equipo médico; consentimiento de los padres, y realización del procedimiento según la norma médica aceptada.

El protocolo establecía tres situaciones diferenciadas:

a) Aquellos “recién nacidos que morirán poco después pese a mantener el empleo de tecnología médica cruenta. Son recién nacidos con una enfermedad subyacente en la que la muerte es inevitable, aunque en algunos casos pueden seguir con vida durante un breve período de tiempo”.

b) “Los recién nacidos que podrían sobrevivir, pero cuyas esperanzas acerca de la calidad de vida tras el período de cuidados intensivos son muy remotas” y

15 Ambos autores exponen sus ideas en “Decisiones de final de la vida en los neonatos, abordaje realizado en Holanda”, *Pediatrics*, 200, 60(3), pp.161-164.

16 Contrarios a este protocolo y a lo que implica se muestran MORENO VILLARES, J. y GALIANO SEGOVA, J.: “La eutanasia en niños en Holanda: ¿El final de un plano inclinado?, Cuadernos de Bioética, XVI, 2015/3ª, pp. 345-356, al afirmar que “el protocolo de Groningen es, más que otra cosa, un instrumento para tranquilizar la conciencia de los médicos y de los padres implicados en la muerte del recién nacido, manifestación del debilitamiento moral con respecto a la dignidad de la persona”. Apuestan por un desarrollo y aplicación en estos casos de los cuidados paliativos y llegado el caso de la sedación terminal. También valora los riesgos de este protocolo MARTÍN HORTIGÜELA, M.E.: “Análisis del debate sobre la eutanasia neonatal a través de la literatura actual”, *Cuadernos de Bioética*, XXVI 2015/2ª, pp.223-239 quien apuesta por “guías de cuidados paliativos en las UCIN con definiciones claras que permitan distinguir las decisiones de eutanasia de adecuados cuidados paliativos y que ayuden a definir los indicadores de calidad de la atención en el final de la vida en los pacientes en edad neonatal” (p. 238). Interesante por sus apreciaciones respecto a un uso no adecuado de la terminología utilizada en el protocolo, pero de la gran utilidad práctica del mismo se muestran HALLAC, J., MOYA, M.P., OLMAS, J.M, DOPAZO, S., DOLAGARAY, N.: “Bioética perinatal: ¿Eutanasia o decisiones sobre terminación de la vida? Análisis del Protocolo de Groningen”, *Archivos Argentinos de Pediatría*, 2009, 107(6), pp. 520-526 al referir que “en su contexto, este protocolo no aparece como una guía para la eutanasia, sino para fijar condiciones en la toma de decisiones sobre el final de la vida”.

c) “los recién nacidos con malpronóstico que no dependen de la tecnología para su estabilidad fisiológica, cuyo sufrimiento es grave y sostenido y no puede ser aliviado. Un ejemplo es el de los niños que han sobrevivido gracias a los avances tecnológicos, pero para quienes, tras finalizar el tratamiento intensivo, está claro que la vida estará llena de sufrimiento sin esperanza alguna de mejoría”.

El Comité de Derechos del Niño se interesó por la falta de información y los controles en las prácticas de eutanasia, preocupado por la falta de vigilancia de este tipo de peticiones, y porque los controles se ejercieran una vez atendida la petición. A tal efecto, en 2004 tras el análisis de los informes remitidos por los Países Bajos y por Aruba en sus Observaciones Finales¹⁷ le recomendó a este país que: “a) Evaluara con frecuencia, y revisara en caso necesario, los reglamentos y procedimientos vigentes en los Países Bajos en lo que atañe a la terminación de la vida a petición para velar por que los niños, incluidos los recién nacidos con anomalías graves, para que gocen de protección especial y para que dichos reglamentos y procedimientos sean conformes al artículo 6 de la Convención; b) Adoptara todas las medidas necesarias para reforzar los controles de la práctica de la eutanasia y evitar que se lleve a cabo sin notificación, así como para velar por que se tenga en consideración el estado mental y psicológico del niño y de los padres o tutores que piden que se ponga fin a la vida al determinar si se accede o no a la petición; c) Facilitara en el próximo informe periódico mayor información sobre el cumplimiento de las leyes y reglamentos concernientes a la terminación de la vida a petición”.

En Bélgica, tuvo enorme repercusión lo sucedido en Holanda, particularmente la sentencia de 1973, pues fue la que abrió el debate sobre la eutanasia¹⁸. Fueron numerosos los intentos legislativos al respecto, que la mayoría cristiano demócrata rechazó. No es sino cuando ya no estaban en el poder, cuando vuelve a resurgir la posibilidad de legislar en la materia, lo que finalmente resulta en virtud de la Ley sobre Eutanasia de 28 de mayo de 2002. Esta ley fue modificada por ley de 28 de febrero de 2014, que incorporaba al ámbito subjetivo de esta ley a los menores de edad sin fijar el límite de edad. Así tras la reforma el art. 3 establece como ámbito subjetivo que el paciente será “mayor de edad, o menor emancipado capaz o también menor dotado de capacidad de discernimiento y consciente en el momento de formular la solicitud”. Así viene a permitir que menores maduros puedan solicitar y consentir la realización de esta práctica. No obstante, si el paciente es menor de edad no emancipado, establece una serie de garantías mayores, como la de consultar un psiquiatra o un psicólogo, indicando los motivos de la consulta. Ello con la finalidad de que el especialista consultado revise el historial médico, examine al

¹⁷ CRC/C/15/Add.227, pág. 6.

¹⁸ Para un análisis más en profundidad ver SIMÓN LORDA, P. y BARRIO CANTALEJO, I.: “La eutanasia en Bélgica”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 86, núm. 1, enero-feb, 2012, pp. 5-19.

paciente, compruebe la capacidad de discernimiento del menor y la certifique por escrito. El médico habitual debe informar al paciente y a sus representantes legales del resultado de esta consulta. Y mantendrá una entrevista con los representantes legales del menor, comunicándoles todas las informaciones referidas al estado de salud y pronóstico, a la petición de eutanasia y a las posibilidades terapéuticas posibles y las posibilidades de cuidados paliativos y consecuencias, así como, en su caso, de su convicción junto con la del paciente de que no existe otra solución y de que su decisión es libre y voluntaria. Tras ello se asegurará que los representantes están de acuerdo con la petición del adolescente. El sistema de garantías establecidos para poner frente a las malas praxis, abusos o la clandestinidad es muy similar al holandés anteriormente descrito.

El derecho a morir con dignidad en Colombia ha tenido un gran valor, la propia Corte Constitucional. En su sentencia C-239 del magistrado Carlos Gaviria Díaz se podía leer esta importante conclusión en la materia que abordamos: “Se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia. En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior”. La Corte hizo valer los postulados constitucionales en su principal conclusión que fue elevar a derecho fundamental el derecho a morir sobre la base de que “el derecho a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de autonomía como sujeto moral”. Esta sentencia exhortó al Congreso de la República para regular el homicidio por piedad a partir de los siguientes criterios:

“1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir. 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso. 3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc. 4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico. 5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la

vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones”.

El testigo de esta importante resolución, lo recogió el magistrado Vargas que en su sentencia T-979 impuso tareas específicas al Ministerio de Salud y Protección Social (MINSALUD) para garantizar y proteger el derecho a morir dignamente en Colombia. Así esta sentencia supuso el logro de tres grandes retos: que cada hospital o clínica tuviera un comité interdisciplinario encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos, básicamente que existe voluntad individual (consentimiento libre, informado e inequívoco) y que existe una enfermedad terminal; que se definiera o concretara con indicadores la condición de “enfermo terminal”, para lo que se publicaron parámetros que actuaban como recomendaciones y no como imposiciones; y que se estableciera un protocolo para el procedimiento, que determinó la creación de un comité de expertos de cuyo consenso nació el documento. La importancia de este fallo es que Colombia es el único país de América Latina con un procedimiento establecido para la eutanasia legal.

Igualmente se ha avanzado en materia de eutanasia para niños y niñas y adolescentes, que quedó autorizada sin normativa en virtud de Sentencia de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia T-544 de 25 de agosto de 2017 sobre una petición relacionada con el ejercicio del derecho a la muerte digna y al acceso a la misma por parte de los servicios de salud a un joven de 13 años que padecía parálisis cerebral severa desde su nacimiento, que ejercitaban sus progenitores ante la situación grave que le llevaba a “desarrollar enfermedades que hacen cada día más difícil su existencia, provocando gran sufrimiento y presentando sofocamiento por falta de oxígeno de día y de noche y con tratamientos que además de tardíos son ineficaces”. Así al igual que hiciera la sentencia T-979, ésta ordenó la expedición de una regulación para garantizar el derecho a la muerte digna de esta infancia y adolescencia sobre la base de que, aunque los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho fundamental a la muerte digna se emitieran respecto de casos relativos a personas mayores de 18 años, no comportaba una limitación con respecto a la titularidad del derecho fundamental a la muerte digna fundada en la edad. Por ello en aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y la efectividad y prioridad absoluta de sus derechos, y de la ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia, se les considera que son titulares del derecho fundamental a morir dignamente. Así las cosas, reconoce que lo contrario llevaría a admitir que mientras un Estado impide que los adultos sufran intensamente las consecuencias de una enfermedad terminal gracias a este derecho, permitiría que estos niños y adolescentes en

idéntica situación que los adultos sufrieran, lo que supondría consentir tratos crueles e inhumanos que afectarían a su dignidad¹⁹. De este mandato salió la Resolución 825 de 2018 que estableció el procedimiento para hacer efectivo su derecho a morir con dignidad. Esta norma vino a establecer quién podía o no acogerse a este derecho, de tal suerte que consideró titulares del mismo a quienes aquejados de enfermedad terminal tuvieran:

a) 6 a 12 años y contaran con la autorización de su representante legal. Si bien establece que sólo se dará autorización en estos supuestos a casos excepcionales. No en vano, es la primera normativa que rebaja tanto la edad para consentir.

b) 12 a 14 años que cuenten con la autorización del representante legal, si bien en caso de conflicto, señala que es la voluntad del adolescente la que prevalece. Esto supone también una rebaja respecto a la edad sanitaria en España que se sitúa en los 16 años, pero respecto la que ya hemos analizado todas las dudas que genera.

c) 14 a 17 años cuyos padres sean informados. Nada dice de que tengan que participar en el proceso de toma de decisión. Esto supondría reconocer en plenitud su derecho de autonomía personal.

El médico estará obligado a informar a los representantes de la solicitud y manifestarles el derecho que asiste al adolescente a cuidados paliativos. Evaluará su enfermedad para ver si se encuentra en fase terminal y si el adolescente tiene la capacidad para tomar decisiones en el ámbito médico e identificar y proveer los apoyos que precise para comunicar su decisión. Se valorará la manifestación del sufrimiento del adolescente, que éste sea constante e insoportable. Y también su condición psicológica y emocional y se detectarán las posibles presencias de conflictos de intereses o ganancias secundarias por parte de quién ejerza la patria potestad o la presencia del síndrome del cuidador cansado. Todos los resultados de las pruebas y valoraciones realizadas los reflejará en su historia clínica en la que dará su propia apreciación.

En todo momento, en cualquier fase del proceso en el que esté, el niño, niña o adolescente podrá desistir y optar por otros tratamientos o cuidados paliativos. Y será un deber del médico dar traslado de dicho desistimiento a quién corresponda y con inmediatez.

19 Esta visión avanzada del reconocimiento en Colombia del derecho a la muerte digna de la infancia y adolescencia como un derecho fundamental contrasta con otras visiones en Latinoamérica en países como Chile, véase BECA LEIVA, J.P. y LEIVA L.A.: Podría ser aceptable la eutanasia infantil?, *Revista Chilena de Pediatría*, núm. 85 (5), Sept-Octubre, 2014, pp. 608-612, donde se sostiene que la eutanasia de niños podría ser aceptable sólo de manera muy excepcional ante situaciones en las cuales hubiesen fracasado las medidas de cuidado paliativo.

En casos de niñas y niños de 6 a 12 años, el médico deberá antes de elevar propuesta alguna al Comité, evaluar las readecuaciones del esfuerzo terapéutico o de cuidados que precise, y asegurarse que la solicitud es libre y voluntaria, sin interferencia de terceros. También deberá solicitar una valoración de psiquiatría infantil para con exhaustividad asegure la identificación de un desarrollo neurocognitivo y psicológico excepcional y la constatación que tenga del concepto de muerte propia como algo irreversible e inexorable. Sólo así se entiende que puede sostenerse si la voluntad está informada y es inequívoca y estable.

Están excluidos para solicitar el procedimiento eutanásico: los niños y niñas menores de 6 años, incluidos los recién nacidos y neonatos, aquellos que presenten alteración de conciencia, quienes tengan discapacidades intelectuales y/o presenten trastornos psiquiátricos diagnosticados que alteren la competencia para entender, razonar y emitir un juicio reflexivo.

La solicitud de eutanasia debe ser aprobada por el Comité científico interdisciplinario para el derecho a morir con dignidad, el que estará conformado por un médico pediatra, un abogado y un psicólogo clínico. Este Comité está llamado a velar por el cumplimiento de los requisitos e informará al médico y éste a su vez al niño, niña o adolescente, así como a su legal representante sobre el acuerdo alcanzado y los términos del mismo. Si bien la fecha se acordará con el paciente siempre.

Los criterios para garantizar el derecho a morir con dignidad a través de la eutanasia de niño, niña o adolescente serán los siguientes: a) Prevalencia del cuidado paliativo. b) Prevalencia de la autonomía del paciente c) Celeridad. Las personas que participen en el procedimiento de morir con dignidad a través de la eutanasia, lo impulsarán oficiosamente y evitarán dilaciones y barreras en el mismo d) Oportunidad. Implica que la voluntad del sujeto sea cumplida a tiempo e) Imparcialidad. Las personas deberán actuar teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento de eutanasia tendente a garantizar una decisión producto del desarrollo de la autonomía de la voluntad del niño, niña o adolescente sin discriminaciones. En consecuencia, no podrán argüir cualquier clase de motivación subjetiva, sin perjuicio de la objeción de conciencia.

B) Análisis de la legislación española sobre eutanasia en ciernes: ¿una oportunidad perdida?

Al Congreso de los Diputados han llegado numerosos proyectos de ley para regular la eutanasia y para despenalizarla²⁰. Hoy sigue siendo delito en nuestro país

20 Para un análisis en detalle de cuál ha sido en España el camino hacia el reconocimiento del derecho a la muerte digna puede verse MONTES, L., MARIN, F., PEDRÓS, F. Y SOLER, F.: *Qué hacemos para conseguir que la lucha por una vida digna incluya la exigencia de una muerte digna*, Ed. Akal, Madrid, 2012, pp.45 y ss.

el suicidio asistido y la eutanasia con penas que van de dos a cinco años en el primer caso y de seis a diez años en el segundo (art. 143 CP). Pese a los avances que sobre esta materia se han dado en otros países, ninguno de los intentos ha tenido éxito hasta la fecha en España. En la actualidad hay una nueva proposición registrada por el Partido Socialista²¹. Su oportunidad aparece justificada en la propia Exposición de Motivos como “una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia”. El legislador pretende introducir en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia, entendiendo por ella “la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios”. Como se reconoce, se trata de un derecho interconectado pero no dependiente de ninguno, así se dice que “la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)”. Y en tales contextos “el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que *no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida*. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica”.

La referencia consignada en este texto legal es a personas, a derechos fundamentales, a enfermedades o padecimientos incurables que son para quien los sufre inaceptables y que no han podido ser mitigados por otros medios. Y la pregunta es obligada, por qué en el art. 5, sólo sitúa como titulares del derecho a la eutanasia a las personas mayores de edad, capaces y conscientes en el momento de la solicitud. ¿Qué pasa con quienes no han cumplido 18 años? ¿Por qué no son sujeto de derecho? ¿Dónde queda la capacidad para decidir en el ámbito sanitario reconocida por la LAP para quienes han cumplido los 16 años? ¿Dónde deja aparcados el legislador los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia que también han sido consagrados en textos legales? ¿Acaso no padecen y sufren como los adultos cuando son aquejados como ellos de enfermedades graves e incurables? En este contexto haríamos nuestro el argumento de la Corte constitucional colombiana ofrecido en sentencia T-544, arriba expuesto,

21 Puede consultarse el texto íntegro de la propuesta en el siguiente link: http://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-64-1.PDF

cuando decía que un Estado que negara el derecho a la eutanasia a niños, niñas y adolescentes y se lo reconociera sólo a personas adultas, como es el caso, estaría consintiendo tratos crueles e inhumanos que afectarían a la dignidad de aquellos y que resultaría de todo punto injustificable y en tal sentido contrario a los principios de igualdad y no discriminación, y la propia defensa del interés superior del menor.

Si la norma no hubiera establecido edad concreta, si hubiera apelado sólo a un requisito de capacidad de entender y querer evaluable objetivamente en cada caso concreto de conformidad con la LAP, ahora cabrían interpretaciones más favorables para la posición de los adolescentes que, de momento y con este texto, tienen cerrada la puerta de acceso a una muerte digna por vía de la eutanasia. Confiemos en que las enmiendas en trámite parlamentario, con base en alguno de los argumentos ofrecidos u otros, la abran.

Nuestro ordenamiento jurídico se ha de concebir como una unidad, de tal suerte que al abrigo de los derechos de la infancia y adolescencia vendrán instrumentos jurídicos gestados para la defensa de sus derechos, como la Convención de Derechos del Niño, el Convenio de Oviedo o la Carta Europa de Niños y Niñas Hospitalizados, a los que ya nos hemos referido, o la propia Carta Europa de Derechos del Niño de 1992, que suponen frenos actuales ante sufrimientos físicos y morales, ante experimentos que comporten riesgos injustificados que no redunden en un beneficio personal y directo en su salud, y eviten configurarlos como objeto de tratamientos inútiles o experimentos científicos o terapéuticos sin base alguna. Por encima de todo, está el interés jurídico del menor que ha de determinarse valorando las circunstancias del caso. En los supuestos en que la vida ya no es posible, en que la dignidad de la misma es inexistente, en el que los padecimientos son insoportables e incurables, qué duda cabe que el interés jurídico del menor es dejar de sufrir, es morir en paz. Todo lo que hagamos por dilatar el momento sirviéndonos de avances médicos o de cuidados en contextos en los que su voluntad libre y consciente no es otra que poner fin a su padecimiento, será alargar su muerte en vida, y prolongar injustificadamente su sufrimiento y el de quienes le rodean.

3. Los cuidados paliativos: de dónde venimos y hacia dónde caminar.

En la última década son varias las Comunidades Autónomas que han legislado sobre los derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso final de la vida. Es el caso de Andalucía en 2010, Navarra en 2011, Canarias en 2015, Euskadi en 2016, Madrid en 2017, Asturias en 2018, y la Comunitat Valenciana en 2018. Otras que también han regulado la materia han optado por otras denominaciones y han buscado hacer referencia explícita al proceso de la muerte obviando, incluso en algunos casos, toda referencia a la dignidad de la persona, como el caso de Aragón en 2011 y Baleares en 2015, o han buscado de propósito apelar a los destinatarios

de esos derechos y garantías -las personas enfermas terminales-, como es Galicia cuya ley data del 2015. Otras Comunidades Autónomas, sin embargo, como Cantabria, Castilla-León, Castilla La Mancha, Cataluña, Extremadura, Navarra o La Rioja no cuentan con legislación propia en la materia, aunque algunas sí con normativa sobre testamento vital o documento de últimas voluntades.

Se trata de un cuerpo normativo importante pues la confusión de conceptos que impera en el ámbito sanitario y las dudas que acompañan a las actuaciones médicas, así como a los derechos e intereses y también a las obligaciones específicas; justifica sobradamente disponer de una normativa clarificadora y expositiva de los requisitos que han de valorarse para las intervenciones sanitarias.

En todas estas leyes sobre cuidados paliativos hay un artículo específico dedicado a la situación de los derechos de las personas menores de dieciocho años en el proceso final de la vida. En la totalidad de ellos se reconoce a estos adolescentes como titulares de los derechos que en estas normas se enuncian; en particular es generalizada la consagración del derecho a recibir información sobre su estado de salud, enfermedad y sobre los posibles tratamientos o intervenciones propuestas de forma adaptada a su edad, a su capacidad de comprensión y grado de madurez o desarrollo mental y su estado afectivo o psicológico, así como el derecho a que sus opiniones sean escuchadas y tenidas en cuenta. Conviene en este ámbito destacar muy significativamente el texto del art. 11 de la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida del País Vasco que no sólo remite a los derechos que con carácter general reconocen estas leyes para los sujetos destinatarios de los cuidados paliativos, sino que realiza un detallado elenco de derechos propios de la infancia y adolescencia que es de reseñar por lo que implica de respeto a los postulados reconocidos en textos nacionales e internacionales específicos para este colectivo de personas²².

22 Estos derechos específicos son los siguientes: a) A recibir información adaptada a su edad, madurez o desarrollo mental y estado afectivo y psicológico, sobre el conjunto del tratamiento médico o de cuidados paliativos al que se les somete y las perspectivas positivas que este ofrece. b) A ser atendidos, tanto en la recepción como en el seguimiento, de manera individual y, en lo posible, siempre por el mismo equipo de profesionales. c) A estar acompañados el máximo tiempo posible, durante su permanencia en el hospital, de sus padres y madres o de las personas que los sustituyan, quienes no asistirán como espectadores pasivos sino como elementos activos de la vida hospitalaria o asistencia domiciliaria, salvo que ello pudiera perjudicar u obstaculizar la aplicación de los tratamientos oportunos. d) A contactar con sus padres y madres, o con las personas que los sustituyan, en momentos de tensión, para lo cual dispondrán de los medios adecuados. e) A ser hospitalizados, cuando lo sean, junto a otros menores, por lo que se evitará todo lo posible su hospitalización entre personas adultas. f) A disponer de locales adecuados que respondan a sus necesidades en materia de cuidados, de educación y de juego, de acuerdo con las normas oficiales de seguridad y accesibilidad. g) A proseguir su formación escolar y a beneficiarse de las enseñanzas de los maestros y del material didáctico que las autoridades escolares pongan a su disposición. h) A disponer durante su permanencia en el hospital de juguetes, libros, medios audiovisuales u otros recursos didácticos y de entretenimiento adecuados a su edad. i) A la seguridad de recibir los cuidados precisos, incluso si para ello fuera necesaria la intervención de la justicia, en los casos en que los padres y madres o la persona que los sustituya se los negaran, por razones religiosas, culturales o cualesquiera otras, o no estuvieran en condiciones de dar los pasos oportunos para hacer frente a la necesidad, debiendo prevalecer en todos los casos el derecho a la vida y a la integridad física de la persona menor de edad". Menos prolijo, pero también

Por cuanto a la capacidad para decidir, nos encontramos con la siguiente paradoja, la práctica unanimidad de las leyes de cuidados paliativos, excepto Aragón²³, reconocen como sujetos legitimados en este ámbito de los cuidados paliativos a menores mayores de dieciséis años y a los menores emancipados. Mientras, la ley llamada a dar autonomía al paciente, la LAP en su redacción 9.3 ofrecida por la Ley 26/2015 viene en casos en que la vida o la salud corren riesgo a refugiarse en el consentimiento por representación, eliminando la autodeterminación del menor a decidir sobre su propia salud en estos casos. Estas leyes autonómicas han mantenido con carácter general la redacción originaria del art. 9.3 hoy derogada. La cuestión polémica es que estas leyes aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor de esa norma, como son las leyes de cuidados paliativos de Galicia, Euskadi, Madrid y la propia Comunitat Valenciana no han sido recurridas de inconstitucionalidad por exceso de competencia al contravenir lo dispuesto por el legislador estatal en la Ley básica de Autonomía del Paciente de 2002. Y por consiguiente están vigentes sus postulados, como los de las que se dictaron bajo vigencia del texto de 2002, que contemplan un status más garantista para los adolescentes maduros y su capacidad de decidir en materia sanitaria, en particular sobre el final de su vida, en un sentido mucho más acorde a cuantos criterios de interpretación internacionales y nacionales de normas relativas a infancia y adolescencia hemos ido refiriendo. Entendemos que, salvo que se planteara una cuestión de inconstitucionalidad o se pretendiera considerar inaplicables estos preceptos, mientras no exista conflicto de intereses que se judicialice, y aun así habría que ver, pueden aplicarse. En todos estos casos, cabría la posibilidad de dejarles consentir y acudir a los padres/madres o representantes sólo para oír su opinión en el proceso de toma de decisión, pero en modo alguno para que sean quienes decidan, como busca de propósito el legislador de 2015. Pero la Fiscalía

reseñable es el texto del art. 10 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo de derechos y garantías de las personas en el proceso de morir de la Comunidad de Madrid, que recoge tan sólo los derechos de los epígrafes a) a la e) que enumera la ley vasca.

- 23 El art. 11 de la ley de 2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte de la Comunidad de Aragón, establece un régimen especial al rebajar la edad para consentir a 14 años en su apartado segundo y siguientes cuando refiere: "Si el paciente menor de catorce años tiene suficiente juicio para entender el alcance de la intervención sanitaria propuesta, el consentimiento informado será otorgado por el mismo, pero se requerirá la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. Contra la voluntad del menor solo será posible practicar intervenciones sanitarias con autorización judicial en interés del mismo.

Si el paciente menor de catorce años no tiene suficiente juicio, solo será posible practicar intervenciones sanitarias cuando lo exija su interés, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

3. Las personas menores mayores de catorce años podrán prestar por sí mismas consentimiento informado y otorgar documento de voluntades anticipadas, con la asistencia, en los casos previstos en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. Las mismas normas se aplicarán para la revocación del consentimiento informado y para el rechazo de la intervención que les sea propuesta por profesionales sanitarios, en los términos previstos en el artículo 8 de esta Ley.

Si el paciente menor mayor de catorce años no está en condiciones de decidir, la intervención sanitaria solo será posible cuando lo exija el interés del mismo apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez".

General en su circular 1/2012, aún ha ido más allá al decir que “en estos supuestos el dictamen del Fiscal debe partir de que puesto que los menores de edad, entendiendo por tales los menores de dieciocho años se encuentran en proceso de formación y no han alcanzado la plena capacidad, no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para su salud”. ¿No cabría que la Fiscalía repensara sus criterios para contextos como el de las enfermedades terminales o los cuidados paliativos? ¿Es posible que los valores a proteger en estos casos sean distintos la vida y la salud que ya no son posibles? ¿Dónde quedan los otros derechos constitucionales que deben valorarse como la libertad, la autonomía de la voluntad y la dignidad?²⁴.

En casos en que exista conflicto de intereses y se afecten los intereses vida o salud, las decisiones a tomar deberán ponerse en conocimiento a 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 en cumplimiento de su deber para adoptarán las medidas que considere necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente.

En estos contextos de conflicto hay autores que con gran acierto consideran preferible “evitar la judicialización en la medida de lo posible y optar por fórmulas flexibles e individualizadas de autocomposición de intereses al logro de decisiones consensuadas, con vista al entendimiento mutuo de los puntos de vista de todo orden implicados en el conflicto (éticos, deontológicos, médicos, etc.) entre las partes involucradas (médicos, centro de salud, familia, menores) en orden a mantener y preservar las relaciones familiares”²⁵.

4. El derecho a rechazar un tratamiento y a revocar el consentimiento informado en enfermedades terminales.

Frente a las resistencias encontradas para que un tercero preste apoyo a morir, nuestro legislador en la LAP en 2002 reconoció el derecho del paciente a no recibir tratamientos que alarguen sus vidas. Un derecho que posteriormente sería recogido en las llamadas leyes de muerte digna o de cuidados paliativos que también constituyen, como hemos analizado, una vía para la muerte digna.

24 GALLEGO, S. y MUÑOZ, L.: La reforma del consentimiento por representación. ¿Una puerta abierta al encarnizamiento terapéutico?, *La Nueva España*, 27-02-2016 con acierto plantean si pedir o acceder a una limitación del esfuerzo terapéutico o incluso a una sedación paliativa es una decisión contraria a los intereses “vida y salud”, y estos casos serían llamados a ser judicializados cuando la vida y la salud ya no son posibles.

25 LUQUIN BERGARECHE, R.: “El derecho de autonomía del paciente menor: Virtualidad de la mediación en conflictos sanitarios con menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero, 2017, pp. 236.

Este derecho cobra particular sentido, por cuanto el rechazo a un tratamiento médico en casos de enfermedad terminal, puede sin lugar a dudas acortar la duración de la vida y evitar el sufrimiento innecesario.

El criterio de la Fiscalía en la mencionada Circular I/2012 es “descartar la voluntad del menor, incluso del menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo a tratamientos médicos de carácter vital”. Y ello por cuanto que “los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”. La resolución de la Fiscalía daba respuesta ante el confuso panorama legal existente a los conflictos sobre transfusiones de sangre que surgen con miembros de la doctrina de los Testigos de Jehová²⁶ y a otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de grave riesgo.

Pero como decíamos con anterioridad, esta circular de la Fiscalía no es aplicable, ni debiera ser directriz en los casos de enfermedades terminales. En estos casos consideramos que el daño no es provocado por la negativa a un tratamiento en sí, el que fuere, al que por LAP (art. 2.4) se tiene derecho; el daño es previo y es irreversible, es la enfermedad terminal en sí misma considerada que provocará el final de la vida. La muerte es segura en estos casos, no es evitable en la mayor parte de ellos, según los diagnósticos y los pronósticos médicos contrastados. La muerte no es evitable con la aceptación del tratamiento concreto que fuere, la vida no se alarga con el acceso al mismo, sólo se agranda el sufrimiento del niño, niña o adolescente por aplicación de medidas o actuaciones que suponen generalizadamente un encarnizamiento terapéutico sin objetivo real de procurar beneficios directos.

No es posible que desandemos el camino, el rechazo a las intervenciones médicas propuestas y a la retirada de tratamientos ya instaurados a pesar del riesgo que implique para la vida del paciente es un derecho consagrado en textos normativos. Es un derecho que requiere de información previa de los efectos y de los riesgos del rechazo o la retirada. Es un derecho que por tanto debe ser respetado y también la decisión tomada, aunque no coincida con el criterio clínico. El derecho alcanza a no sufrir perjuicio por la decisión en la atención destinada a paliar el sufrimiento, aliviar el dolor y otros síntomas y a hacer más digno y soportable el proceso final de la vida. En igual sentido también se reconoce como derecho la revocación del consentimiento informado dado en cualquier momento

26 STC núm. 154/2002, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 3486/97.

previo a la intervención o al tratamiento como han reconocido expresamente varias Comunidades Autónomas en sus leyes de cuidados paliativos como Aragón (art. 11), Baleares (art.11), Galicia (art.13) y Navarra (art.12). Si bien cabría entender que las demás por aplicación de los derechos que le son aplicables a personas adultas también podrían alcanzarlos.

De especial interés por cuanto al rechazo a los tratamientos son los avances del TEDH por consolidar el derecho a elegir cómo y cuándo morir en claro respetando el derecho a la autonomía personal como una manifestación del respecto a la vida privada del art. 8 Convención Europea de Derechos Humanos²⁷. El caso del bebé Charlie Gard en este contexto es relevante por cuanto que aquí el TEDH, consciente de que este niño estaba expuesto a un “dolor y un sufrimiento continuo”, y que el tratamiento experimental al que sus padres querían someterle no tenía perspectivas de éxito ni iba a ser beneficioso para el niño, decidió resolver para que éste fuera desconectado de las máquinas, respaldando con ello la decisión del Alto Tribunal de Justicia del Reino Unido, que autorizó al hospital a retirar la ventilación artificial a Charlie.

En España hay otro caso paradigmático. Es el caso de Andrea, la niña gallega con una enfermedad rara neurodegenerativa, cuya muerte digna tuvo que llegar a los Tribunales. Sus padres pedían que se le retiraran los soportes vitales, el Comité de Bioética de Santiago recomendó retirarle las máquinas porque su cuerpo ya no aguantaba literalmente más, pero el servicio de Pediatría y la dirección del hospital se opuso por razones de ética. El Tribunal dio la razón a los padres.

Para que nuestras vidas no queden a criterio del responsable que nos toque en el momento de la muerte, es necesario que nuestras normas sean claras, que nuestras instituciones no objeten de sus responsabilidades, que las garantías se establezcan y se cumplan y que haya mecanismos de autocomposición de intereses que eviten el recurso a los Tribunales por garantista que éste pueda resultar para quién demanda morir en paz.

IV. CONCLUSIONES.

Los derechos de las personas en el proceso final de sus vidas han experimentado avances significativos en nuestro país en los últimos años. El derecho a la muerte digna es un derecho fundamental de toda persona, también de las niñas, niños y adolescentes. No reconocerles como titulares del mismo en tanto que personas, los expondría a un trato diferenciado arbitrario con respecto a los adultos, vulneraría sus derechos fundamentales básicos a la libertad, la autonomía de la

27 CLIMENT GALLART, J.: “La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero, 2018, pp. 124-137.

voluntad y la dignidad; y legitimaría tratos inhumanos y degradantes en situaciones irreversibles y descorazonadoras por la injusticia que representan las muertes de personas de corta edad, a tenor de la alteración que suponen para el orden natural de las cosas. Su reconocimiento efectivo como derecho subjetivo requiere de normas claras que lo doten de las suficientes garantías, de procesos y criterios que no generen dudas en la toma de decisiones, de mecanismos habilitados para composición voluntaria de intereses y no generadores de fuentes de conflicto. Queda mucho por hacer. Pero la falta de legislación adecuada no debe impedir que los derechos fundamentales de las personas se desconozcan.

La capacidad de decidir de los menores maduros en el ámbito sanitario en contextos de riesgo para la vida o salud ha sufrido una considerable involución a raíz de la reforma del legislador de 2015 que abre de nuevo la caja de Pandora. No nos resignamos a desandar el camino que se había avanzado en el reconocimiento de sus derechos desde la LAP de 2002 y en la necesidad de valorar y ponderar en cada caso su capacidad progresiva con todas las consecuencias, también en la libertad y autonomía para decidir cuándo, cómo y dónde morir en casos de enfermedad terminal. Las limitaciones que a su autonomía personal se contemplan por el legislador y se justifican por la Fiscalía General entendemos que no resultan aplicables a estas situaciones de enfermedad terminal por los bienes jurídicos que se ponderan (vida y salud) y los que se obvian (libertad, autonomía y dignidad) cuando son los que en estos contextos importan.

El recorrido por los importantes fallos judiciales que culminaron en legislaciones hoy vanguardia en el reconocimiento del derecho a la eutanasia de la infancia y adolescencia como la holandesa, la belga o la colombiana, nos apuntan un camino que está por recorrer en nuestro país, no exento de polémica, de dudas razonables, pero al que no cabe cerrar la puerta atrapados por los miedos, los credos y los apriorismos. Nuestro legislador estatal parece estar lejos aún de querer hacerle frente con la regulación del derecho a la eutanasia que sólo reconoce como titulares del mismo a mayores de dieciocho años. Por su parte, las legislaciones autonómicas en materia de cuidados paliativos reconocen un conjunto importante de derechos para evitar el sufrimiento hasta que la muerte llegue y reconoce en este proceso un papel destacado al menor mayor de dieciséis años y al menor emancipado, que colisiona abiertamente con el rol que le asigna, en situaciones en que la vida y la salud está en riesgo, la Ley de Autonomía del Paciente tras la reforma. Cabe estar vigilantes ante las limitaciones que pudiera experimentar otra de las manifestaciones de la muerte digna, el derecho a rechazar tratamientos de soporte vital aun a sabiendas de que acorte la vida y no prolongue por más tiempo el sufrimiento.

Hay que seguir realizando avances sobre los que se cimente sólidamente la libertad de morir con dignidad de niñas, niños y adolescentes en España. El derecho a morir con dignidad no es cualquier derecho, es el último que podremos exigir y ejercitar por nosotros mismos en vida. Por ello resulta crucial defender con valentía y sentido de la responsabilidad y la coherencia con nuestros derechos y libertades fundamentales que la autonomía de la voluntad triunfe sobre el paternalismo.

BIBLIOGRAFIA

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, julio, 2015, pp. 264-291.

"Consentimiento informado del menor en España: Reformas recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 10 bis, junio 2019, pp. 515-546.

BECA LEIVA, J.P. y LEIVA L.A.: ¿Podría ser aceptable la eutanasia infantil?, *Revista Chilena de Pediatría*, núm. 85 (5), septiembre-octubre, 2014, pp. 608-612.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 8, febrero 2018, pp. 156-212.

BLASCO IGUAL, M.C.: "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 35, 2015, pp. 32-42.

CLIMENT GALLART, J.: "La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero, 2018, pp. 124-137.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "Consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 8, febrero 2018, pp.213-229.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Problemas del consentimiento informado 'por representación'", en *Consentimiento por representación*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas 22, 2010, pp. 38-101.

GALLEGO, S. y MUÑOZ, L.: La reforma del consentimiento por representación. ¿Una puerta abierta al encarnizamiento terapéutico?, *La Nueva España*, 27-02-2016 <https://asturiaslaica.com/2016/02/28/la-reforma-del-consentimiento-por-representacion/>

GARCÍA ROCHA, M.P.: "El reconocimiento efectivo del derecho del menor a decidir sobre su salud", *Revista Bioderecho.es*, núm. 2, 2015, pp. 1-46.

HALLAC, J., MOYA, M.P, OLMAS, J.M, DOPAZO, S., DOLAGARAY, N.: "Bioética perinatal: ¿Eutanasia o decisiones sobre terminación de la vida? Análisis del Protocolo de Groningen", *Archivos Argentinos de Pediatría*, 2009, 107(6), pp. 520-526.

LUQUIN BERGARECHE, R.: "El derecho de autonomía del paciente menor: Virtualidad de la mediación en conflictos sanitarios con menores", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero, 2017, pp. 223-238.

MARTÍN HORTIGÜELA, M.E.: "Análisis del debate sobre la eutanasia neonatal a través de la literatura actual", *Cuadernos de Bioética*, XXVI 2015/2ª, pp. 223-239.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: "La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad", *Revista Española Endocrinología Pediátrica*, 2016, pp. 6-11.

MONTES, L., MARIN, F., PEDRÓS, F. Y SOLER, F.: *Qué hacemos para conseguir que la lucha por una vida digna incluya la exigencia de una muerte digna*, Ed. Akal, Madrid, 2012, pp.45 y ss.

MORENO VILLARES, J. y GALIANO SEGOVA, J.: "La eutanasia en niños en Holanda: ¿El final de un plano inclinado?", *Cuadernos de Bioética*, XVI, 2015/3ª, pp. 345-356.

Observaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas: núm.4 (2003) "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño"; núm.12 (2009) "El derecho del niño a ser escuchado"; núm. 14 (2013) "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" y núm. 15 (2013) "El derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud".

OJEDA RIVERO, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *Indret*, Julio, 2015, pp. 1-39.

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.: "La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad. Especial referencia al aborto", *XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario sobre Actualización y puesta al día en derechos de información y autonomía de los pacientes: Especial referencia al consentimiento informado*, pp.1-15.

SÁNCHEZ JACOB, M., RIAÑO GALÁN, I., Y MARTÍNEZ GONZÁLEZ C.: "Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente", *Revista Pediatría de Atención Primaria*, núm. 39, julio-septiembre, 2008, pp. 59-72.

SARRIÓN ESTEVE, J.: Cuestiones legales de los ensayos clínicos en menores a la luz de la nueva normativa europea”, vol. 26 Extraordinario, XXV Congreso, 2016, pp. 255-262.

SIMÓN LORDA, P. y BARRIO CANTALEJO, I.: “La eutanasia en Bélgica”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 86, núm. 1, enero-feb, 2012, pp. 5-19.

VERHAGEN, A.A.E. Y SABER, P.J.J.: “Decisiones de final de la vida en los neonatos, abordaje realizado en Holanda” en *Pediatrics*, 2005, 60(3), pp.161-164.



SPORT FEMMINILE E DISCRIMINAZIONI DI GENERE: LA
RIFORMA DEL LAVORO SPORTIVO IN ITALIA

WOMEN'S SPORTS AND GENDER DISCRIMINATION: THE
REFORM OF SPORTS WORK IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 594-619



Emanuele
INDRACCOLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Il saggio analizza le problematiche giuridiche connesse al lavoro sportivo nel settore femminile in Italia. Dopo una prima parte, ricostruttiva, sull'attuale contesto normativo e regolamentare, si analizzano criticamente le recenti prospettive di riforma. Il rifiuto delle teorie della pluralità degli ordinamenti per spiegare la disciplina del fenomeno sportivo conduce alla proposta di un approccio metodologico diverso da quello comunemente accolto dalla dottrina italiana. Ciò consente di offrire soluzioni che garantiscono già oggi, per via interpretativa, adeguate tutele in favore delle atlete.

PALABRAS CLAVE: Sport femminile; dilettantismo; professionismo; lavoro sportivo; riforma.

ABSTRACT: *The essay analyzes the legal issues related to the women's sports work in Italy. The first part reconstructs the current regulatory framework. Then, the recent reforms are critically analyzed. The theories that explain the sports phenomenon through the plurality of legal systems are refuted. A different methodological approach, based on the unity of the legal system, is suggested. This allows us to propose solutions that ensure, through interpretation, adequate protection for female athletes.*

KEY WORDS: *Women's sports; Amateur sports; Professional sports; Sports work; Reform.*

SUMARIO.- I. PROFILI INTRODUTTIVI: SPORT FEMMINILE E DISCRIMINAZIONE DI GENERE IN ITALIA. – I. Il contesto normativo e regolamentare prima delle recenti riforme: la l. 23 marzo 1981, n. 91, e le qualificazioni federali. – 2. La presunta inammissibilità del professionismo nello sport femminile. – 3. L'importanza di un corretto approccio metodologico. – II. L'ART. 5, L. DELEGA 8 AGOSTO 2019, N. 86. – I. Il testo originario del disegno di legge. – 2. La condivisibile scelta del legislatore italiano. – III. L'ART. 1, COMMA 181, L. 27 DICEMBRE 2019, N. 160 (C.D. LEGGE DI BILANCIO 2020). – I. Il raccordo dell'art. 1, comma 181, l. n. 160 del 2019 con l'attuale contesto normativo e regolamentare. 2. Unitarietà dell'ordinamento e interpretazione costituzionalmente orientata: una possibile soluzione de jure condendo.

I. PROFILI INTRODUTTIVI: SPORT FEMMINILE E DISCRIMINAZIONE DI GENERE IN ITALIA.

All'inizio dell'anno 2020, i regolamenti delle federazioni sportive italiane non ammettono il lavoro sportivo nel settore femminile¹. Così è da sempre. Il lavoro sportivo, anzi, è talora esplicitamente vietato alle donne da specifiche regole endofederali. Si pensi, ad esempio, all'art. 94 *quinquies* delle Norme Organizzative Interne (NOIF) della Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC): "Per le calciatrici e gli allenatori tesserati con società partecipanti ai Campionati Nazionali di Calcio Femminile, è esclusa, come per tutti i calciatori/calciatrici "non professionisti", ogni forma di lavoro autonomo o subordinato". Qualora le atlete dovessero concludere un contratto di lavoro sportivo (o, comunque, un contratto a titolo oneroso che attribuisca loro un corrispettivo per l'attività sportiva prestata), potranno essere passibili di squalifiche, comminate dai competenti organi della federazione di appartenenza.

La disparità di trattamento è palese e irragionevole², ove si consideri che il professionismo sportivo è invece consentito a livello maschile, sebbene soltanto

1 Negli ultimi anni, tuttavia, alcune federazioni hanno iniziato a riconoscere qualche isolata tutela in favore delle atlete, come ad esempio nel caso della Federazione Pugilistica Italiana (cfr., al riguardo, MORONI, M.: "Cade un altro tabù: via libera alla boxe per le donne professioniste senza il casco", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2008, p. 365 ss.) o della Federazione Ciclistica Italiana.

2 Sui rapporti fra divieto di discriminazione e autonomia negoziale cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 57 ss.; ID.: "Libertà contrattuale e divieto di discriminazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008, p. 401 ss.; GENTILI, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, p. 207 ss.; NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Rivista di Diritto Civile*, 2014, p. 547 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 11 ss.; ID.: "Il

• Emanuele Indraccolo

Professore Associato di Diritto Privato, Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche, Università degli Studi di Salerno. Correo electrónico: eindraccolo@unisa.it.

per pochissime discipline sportive e limitatamente alle categorie di vertice: un calciatore militante in Serie A, massima serie a livello nazionale, è sempre un lavoratore sportivo (non potrebbe non esserlo, giacché la FIGC impone la stipula di contratti di lavoro in questi casi); una calciatrice del medesimo livello, invece, è considerata una 'dilettante' e per ciò le è preclusa la possibilità di fare dello sport il proprio lavoro. Va da sé che, in quanto dilettante³, l'atleta donna non gode mai neppure delle tutele assicurative e previdenziali riconosciute ai lavoratori sportivi e, ad eccezione di taluni casi isolati (cfr. art. 4, comma 4, Statuto della Federazione Ciclistica Italiana), non può nemmeno beneficiare di agevolazioni per gravidanza o maternità.

Questa situazione, evidentemente inaccettabile, ha causato, da tempo, accese polemiche sulla condizione deteriore delle atlete italiane, rispetto ai loro colleghi uomini. Solamente di recente il legislatore è intervenuto, con due significativi provvedimenti normativi, per ovviare alle disparità di trattamento che emergono nei regolamenti federali: si tratta dell'art. 5, l. delega 8 agosto 2019, núm. 86, e dell'art. 1, comma 181, l. 27 dicembre 2019, núm. 160 (c.d. Legge di Bilancio 2020). Nei prossimi mesi, il quadro normativo dovrebbe cambiare nuovamente, arricchendosi di ulteriori interventi che, più nel dettaglio, disciplineranno la materia: il Governo è obbligato a emanare uno o più decreti di attuazione della legge delega appena citata. Inoltre, è plausibile attendersi un *revirement* delle federazioni sportive, in modo che i rispettivi regolamenti siano epurati da ogni disposizione che determini irragionevoli disparità di trattamento.

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di offrire un peculiare approccio alla problematica oggetto di attenzione, che consentirà di analizzare criticamente le recenti novità normative, sottolineandone i punti di forza e di debolezza. In particolare, si tenterà di dimostrare che il corretto modo di intendere le regole sportive, da considerarsi quali mere regole di fonte negoziale e non quali norme di un fantomatico 'ordinamento sportivo' autonomo, consentirebbe sin d'ora di individuare, per via interpretativa, la tutela di volta in volta più adeguata per le atlete italiane.

divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale", *Rivista di Diritto Civile*, 2015, p. 1387 ss.; Id.: "Contratto, dignità della persona e ambiente civile. Riflessioni sul divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali", in AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, in ricordo di Giovanni Gabrielli, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 423 ss.; CHECCHINI, B.: *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 155 ss.

3 Per una panoramica sulle problematiche connesse alla disciplina dei rapporti nel settore c.d. dilettantistico sia consentito il rinvio a INDRACCOLO, E.: *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, *passim*. Una prospettiva parzialmente diversa in RIPA, L.: "Gli accordi economici nel calcio dilettantistico del terzo millennio", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2014, pp. 60 ss., spec. 89 ss.

I. Il contesto normativo e regolamentare prima delle recenti riforme: la l. 23 marzo 1981, núm. 91, e le qualificazioni federali.

La disciplina giuridica dei rapporti fra atleti e sodalizi sportivi è strettamente legata, da quasi quarant'anni, alla distinzione fra c.d. professionismo e c.d. dilettantismo. Tale distinzione trova il suo fondamento normativo nella l. 23 marzo 1981, núm. 91, "Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti"⁴. In particolare, all'art. 2, si prevede che "ai fini dell'applicazione della presente legge, sono sportivi professionisti gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico-sportivi ed i preparatori atletici, che esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità nell'ambito delle discipline regolamentate dal CONI e che conseguono la qualificazione dalle federazioni sportive nazionali, secondo le norme emanate dalle federazioni stesse, con l'osservanza delle direttive stabilite dal CONI per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica". Ad oggi, non risulta che tali direttive siano mai state emanate. Le federazioni sportive, pertanto, hanno inserito nei loro regolamenti, talora in maniera del tutto arbitraria, specifiche disposizioni per l'attribuzione della qualifica di 'attività professionistica', spesso collegando tale qualifica alla categoria di militanza. Queste categorie, come testé accennato, sono solamente quelle di vertice di alcune discipline sportive e sono limitate al solo settore maschile.

La definizione di 'dilettantismo' dovrebbe essere desumibile *a contrario*: sarebbe sport 'dilettantistico' quello esercitato, nell'ambito di una federazione riconosciuta dal CONI, al di fuori delle categorie espressamente qualificate come 'professionistiche'⁵. Va da sé che, ove l'attività sportiva sia 'dilettantistica', secondo le regole sportive non vi sarebbe spazio per l'applicazione della disciplina sul lavoro sportivo e delle relative tutele.

La qualifica, effettuata *ex ante* da un soggetto terzo, la federazione, incide significativamente, pertanto, sulla disciplina dei singoli rapporti. Giova sottolineare, però, che tale qualifica non tiene conto del concreto assetto di interessi negoziato, volta per volta, fra le parti: essa è stabilita nei regolamenti delle singole federazioni e le parti – atleti e sodalizi di appartenenza – non possono incidere direttamente sulla sua determinazione.

Singolare è la formulazione delle regole federali che esplicitamente vietano, ad atleti e sodalizi sportivi, la conclusione di contratti a titolo oneroso, qualora l'attività sia prestata nell'ambito di categorie (improvvidamente) definite

4 Sul lavoro sportivo la bibliografia è molto ampia. Cfr., di recente, LORO, A.: "Il rapporto di lavoro sportivo professionistico", *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2019, p. 1129 ss.; PITTALIS, M.: *Sport e diritto. L'attività sportiva fra performance e vita quotidiana*, Cedam, Padova, 2019, p. 127 ss.

5 Per diverse ragioni si usa distinguere, ancora, fra 'sport dilettantistico' e 'sport amatoriale', e fra sport 'agonistico' e sport 'non agonistico'. Su questi aspetti cfr. INDRACCOLO, E.: "Le certificazioni sanitarie di idoneità all'esercizio di attività sportive", *Rivista di Diritto Sportivo*, 2015, p. 303 ss. e, *ivi*, ulteriore bibliografia.

dilettantistiche. In alcuni casi, infatti, si legge che tali contratti sarebbero “nulli”. Si tratta, evidentemente, di una terminologia quantomeno atecnica: è da chiedersi, in particolare, come sia possibile immaginare che un ente privato, qual è una federazione sportiva⁶, possa “codificare” una forma di “nullità convenzionale” del contratto concluso fra terzi, in evidente contrasto col sistema di invalidità negoziali disciplinato dal codice civile.

- 6 Il d.lg. 23 luglio 1999, n. 242 [per un primo commento sul decreto legislativo, *vid.* NAPOLITANO, G.: “La nuova disciplina dell’organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, di “riordino” del C.O.N.I.”], *Rivista di Diritto Sportivo*, 1999, p. 617 ss.; più di recente, MITE, F.: “La riforma del CONI e delle Federazioni Sportive Nazionali”, in AA.VV.: *Le federazioni sportive nazionali tra sport e mercato* (a cura di G. DI GIANDOMENICO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 69 ss.; MUSUMARRA, L.: *L’ordinamento sportivo nazionale*, in LUBRANO, E. e MUSUMARRA, L.: *Diritto dello sport*, Edizioni Discendo Agitur, Roma, 2017, p. 168 ss.], stabilisce che le Federazioni, intese come associazioni di enti – e quasi mai di atleti – hanno natura di associazione con personalità di diritto privato, non perseguono fini di lucro e sono disciplinate dal codice civile e dalle relative disposizioni di attuazione. La dimensione pubblicistica delle federazioni, affermata anche in giurisprudenza, sebbene non in modo unanime, è limitata ormai soltanto a “specifici aspetti” della loro attività (art. 15, comma 1). *Cfr.*, su diverse posizioni, Cons. St., 27 luglio 1955, n. 607, *Rivista di Diritto Sportivo*, 1955, p. 310 ss.; Cass., Sez. un., 16 giugno 1986, n. 4108, *Giustizia civile*, 1983, I, p. 2931; Cons. St., 6 marzo 1973, n. 8, *Consiglio di Stato*, 1973, I, p. 467; Cass., Sez. un., 9 maggio 1986, n. 3091, *Il Foro Italiano*, 1986, I, c. 1251 ss.; Cass., Sez. un., 26 ottobre 1989, n. 4399, *ivi*, 1990, I, c. 899 ss., con nota di CATALANO, G.: “Ordinamento sportivo e sindacabilità: le Sezioni Unite sul “parquet”, e in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I, c. 1281 ss., con nota di CANALE, G.: “L’interesse dello sponsor per l’attività agonistica (contratto di sponsorizzazione e apparizione di una nuova figura soggettiva nella federazione sportiva)”; Cons. St., 30 settembre 1995, n. 1050, *Consiglio di Stato*, 1995, I, p. 1290, e in *Il Foro Italiano*, 1996, III, c. 275. Dopo la riforma, Cons. St., 25 gennaio 2007, n. 268, *Guida al Diritto*, 2007, p. 90 ss., con nota di PONTE, D.: “Autonomia dell’ordinamento sportivo in abbinata a regole giurisdizionali”, ha affermato che il provvedimento di affiliazione ad una federazione sportiva nazionale va inquadrato nell’ambito delle c.dd. ammissioni amministrative, giacché consente alle società o associazioni affiliate di essere inserite nelle organizzazioni federali. Il provvedimento sarebbe quindi espressione dei poteri pubblicistici attribuiti alle federazioni. In senso opposto, Cass., 17 maggio 2006, n. 21006, www.giustiziasportiva.it, 2006, f. 3, p. 141, individua nella F.I.G.C. un’associazione con personalità giuridica di diritto privato. Il d.lg. n. 242 del 1999, oltre ad eliminare qualsiasi dubbio sulla natura privatistica del rapporto tra tesserati e federazioni sportive, ha sicuramente contribuito a definire la reale portata delle disposizioni contenute negli atti federali. In dottrina, precedentemente alla riforma, si erano consolidati tre orientamenti: secondo una teoria, le federazioni dovevano essere considerate soggetti privati *tout court*, dal momento che erano qualificate come associazioni private non riconosciute la cui attività, perciò, aveva anch’essa natura privatistica. Così MARANI TORO, A.: “Federazioni Sportive”, *Novissimo Digesto Italiano, Appendice III*, UTET, Torino, 1982, p. 681 ss.; SENSALÉ, M.: “La l. 23 Marzo 1981, n. 91 e la natura giuridica delle federazioni”, *Rivista di Diritto Sportivo*, 1984, p. 104; QUARANTA, A.: “Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali”, *ivi*, 1986, p. 173 ss.; DE SILVESTRI, A.: “Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport”, *ivi*, 1992, p. 283 ss.; LUISO, F.P.: *La giustizia sportiva*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 104 ss. In senso totalmente opposto si è ritenuto che le federazioni fossero enti pubblici. Di conseguenza la loro attività aveva natura amministrativa, in quanto tale sottoposta alle norme di diritto pubblico; in questo senso, CLARIZIA, A.: “La natura giuridica delle Federazioni sportive anche alla luce della legge 23 marzo 1981 n. 91”, *Rivista di Diritto Sportivo*, 1983, p. 109 ss.; TRIVELLATO, L.: “Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive”, *Diritto delle Società*, 1991, p. 141 ss.; MORBIDELLI, G.: “Gli enti dell’ordinamento sportivo”, in AA.VV.: *Ente pubblico ed enti pubblici* (a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI), Giappichelli, Torino, 1994, p. 184; ROSATI DI MONTEPRANDONE, M.: *Istituzioni di diritto sportivo*, Margiacchi-Galeno, Perugia, 1999, p. 34 ss. Un’ultima ricostruzione identificava le federazioni sportive tra gli enti a natura mista, la cui attività poteva essere ricondotta ora al diritto pubblico ora al diritto privato, in relazione alla specifica natura degli interessi in gioco e delle finalità perseguite nelle singole ipotesi: *cfr.*, per tutti, CASSESE, S.: “Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull’applicazione ad esse della disciplina del Parastato”, *Rivista di Diritto Sportivo*, 1979, p. 122; CAPRIOLI, R.: “Le federazioni sportive nazionali tra diritto pubblico e diritto privato”, *Diritto e Giurisprudenza*, 1989, p. 19 ss.; *Id.*: *L’autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1997, p. 39 ss. Per una ricostruzione delle diverse impostazioni *cfr.* TORTORA, M. e GUARINO, G.: “I soggetti dell’ordinamento sportivo”, in AA.VV.: *Il diritto dello sport* (a cura di C.G. IZZO, A. MERONE e M. TORTORA), *Giurisprudenza Sistemica di Diritto Civile e Commerciale* Bigiavi, UTET, Torino, 2007, p. 32 ss.; BASTIANON, S.: “L’incerta natura delle federazioni sportive nazionali: associazioni di diritto o organismi di diritto pubblico? Alla corte di giustizia l’ardua sentenza”, *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2019, p. 149 ss.

Si tornerà a breve sulla sorte, sul piano civilistico, dei contratti a titolo oneroso stipulati nell'ambito di categorie definite "dilettantistiche", ma giova ribadire che, molto spesso, le federazioni prevedono anche pesanti sanzioni endoassociative – di dubbia legittimità – a carico di atleti e sodalizi, in caso di violazione del divieto in analisi. Emblematico è quanto deciso dagli organi di giustizia sportiva nel noto "caso Hubner"⁷: a un calciatore, per lungo tempo militante in categorie di vertice e per ciò definito "professionista", fu inflitta una pesante squalifica allorché, negli ultimi anni della carriera, si accordò con un sodalizio militante in categoria inferiore, definita "dilettantistica" dalla FIGC, per la corresponsione di un corrispettivo particolarmente elevato. Non si tratta soltanto di disparità di trattamento connesse al genere. Vero è che oggi, in Italia, alle donne non è consentito concludere un contratto di lavoro sportivo ex l. núm. 91 del 1981; è altrettanto vero, tuttavia, che la conclusione di un simile contratto è impedita anche a qualsiasi atleta uomo, qualora la sua attività non sia qualificata come "professionistica", magari perché la categoria di militanza è considerata deteriore in base a una scelta arbitraria della federazione. In ogni caso, si assiste alla violazione dell'art. 3 cost.: in favore degli atleti che svolgono attività definita "dilettantistica", i regolamenti federali consentono solamente il rimborso delle spese.

La *ratio* della scelta, operata fino ad oggi dalle federazioni, di limitare il "professionismo ufficiale" a un ristretto numero di atleti uomini è difficilmente comprensibile. È stato affermato, al riguardo, che il dilettantismo costituirebbe l'espressione più pura dei valori ideali dello sport, riconducibili al decubertinismo o all'olimpismo, e per ciò andrebbe "preservato" dalla contaminazione di controfunzionali finalità lucrative⁸. Non è chiaro, però, se e in che termini la retribuzione del lavoratore sportivo possa ottundere l'attuazione dei suddetti valori ideali dello sport; né è certo, per altro, che l'ordinamento costituzionale italiano riconosca davvero tali valori⁹. In caso affermativo, poi, occorrerebbe valutare la loro collocazione rispetto agli altri valori dell'ordinamento, al fine di un corretto bilanciamento: se pure si ritenesse, grazie a qualche ardita "acrobazia ermeneutica", che la Costituzione italiana, in qualche modo, riconosca e tuteli

7 Comitato Reg. Lombardia FIGC, Commissione Disciplinare, 14 giugno 2007, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2010, p. 219 ss., con nota di INDRACCOLO, E.: "Invalidità delle sanzioni a carico del «professionista di fatto»: note a margine del «caso Hubner»".

8 Su queste tematiche cfr. DE COUBERTIN, P.: *Olympism: selected writings* (Editing Director R. MÜLLER), International Olympic Committee, Lausanne, 2000, *passim*. Id.: *Memorie olimpiche* (1931), Trad. it. di M.L. Frasca, (a cura di R. FRASCA), Mondadori, Milano, 2003, p. 95, afferma che lo sport è religione, con tanto di dogmi, chiesa e culto, e soprattutto "sentimento religioso"; sembrerebbe "infantile collegare tutto ciò al fatto che un atleta possa aver ricevuto un pezzo da cento". L'idea che i professionisti dovessero essere "banditi" dai Giochi Olimpici è venuta meno – si ritiene comunemente – già dai Giochi di Barcellona del 1992. Per una prima analisi delle discriminative regole endoassociative che escludono famosi atleti, come Ingemar Stenmark, dai Giochi di Sarajevo del 1984, cfr. NAFZIGER, J.A.R.: *International Sports Law*, Transnational Publishers, New York, 1988, p. 145 ss.

9 Lo sport rileva certamente, infatti, almeno ai sensi degli artt. 2, 18 e 32 (ed eventualmente 41) cost. Cfr., fra gli altri, PENSABENE LIONTI, T.: "Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona", *Il Diritto Amministrativo*, 2012, p. 416 ss., alla quale si rinvia anche per ulteriore bibliografia sui molteplici profili di rilevanza costituzionale della pratica sportiva.

l'olimpismo', bisognerebbe pur sempre dimostrare che quest'ultimo prevalga sui principi posti a tutela della lavoratrice e del lavoratore.

Sembra opportuno chiedersi, allora, se i reali motivi della distinzione fra professionismo e dilettantismo e della scelta di creare e sostenere un movimento, almeno formalmente, "pandilettantistico", non risiedano altrove.

È ampiamente noto che il divieto di concludere contratti a titolo oneroso nelle categorie definite dilettantistiche è sostanzialmente ignorato nella prassi: talora si utilizza lo "schermo" del rimborso spese in favore dell'atleta, per sostenere che il contratto sia pur sempre a titolo gratuito (salvo poi costatare "rimborsi spese" per decine di migliaia di euro all'anno: nel calcio femminile, l'art. 94 *quinquies*, comma 2, NOIF consente "rimborsi spese" fino a 30.658 € lordi l'anno). Ben può capitare, poi, che gli accordi che prevedono la corresponsione di una vera e propria retribuzione siano noti, almeno al momento della stipula, solamente alle parti e non anche al fisco e alle federazioni. È anche utile ricordare che lo Stato riconosce agevolazioni fiscali in favore di chi opera nel "dilettantismo ufficiale" e di chi finanzia tale movimento. Non si dimentichi, infine, che gli "enti di governo dello sport", cioè le federazioni, altro non sono che soggetti di diritto privato di tipo composito, di cui fanno parte i sodalizi sportivi (e non gli atleti) e che i soggetti beneficiari delle suddette agevolazioni sono proprio tali sodalizi.

Ad ogni modo, quali che siano i motivi di tali scelte, non è ragionevole – perché in contrasto con la funzione sociale dello sport di cui agli artt. 165 TFUE, 2 e 18 cost.¹⁰ – che le esigenze di tutela dell'atleta lavoratore passino in secondo piano, nella regolamentazione endofederale, rispetto alle esigenze di chi tale regolamentazione unilateralmente predispone (*rectius* impone)¹¹.

10 Occorre tenere a mente, in particolare, che l'art. 165 TFUE prevede che "L'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa. L'azione dell'Unione è intesa: [...] a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi". Risulta evidente che la funzione sociale dello sport non è certo individuata dal CIO, dal CONI o dalle federazioni sportive. È l'ordinamento generale a tratteggiarne il contenuto, poiché ha riconosciuto il valore di un intero movimento: per mezzo degli enti di governo dello sport e della loro attività, anche in sede regolamentare e sanzionatoria, tale funzione può essere realizzata al meglio. La sua attuazione, allora, è espressione di un valore innanzitutto dell'ordinamento generale, da bilanciare, tuttavia, con altri valori, espressi in altrettanti principi del medesimo ordinamento. La funzione sociale dello sport è, all'un tempo, fondamento e limite del potere regolamentare degli enti sportivi.

11 Rilevante è quanto afferma DI NELLA, L.: "Lo sport. Profili teorici e metodologici", in AA.VV.: *Manuale di diritto dello sport* (a cura di L. DI NELLA), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 40: dal momento che l'art. 2 cost. "pone al centro del sistema non il fenomeno associativo quanto piuttosto la persona [...]; il porre l'interesse della persona a quello dell'ente cui essa aderisce e nel cui ambito si esprime, sembra configurare un errore metodologico non accettabile".

2. La presunta inammissibilità del professionismo nello sport femminile.

Si sostiene diffusamente che il sistema descritto nel paragrafo precedente, benché di fatto lesivo degli interessi di diverse categorie di atleti, sia comunque legittimato dall'essere predisposto da un "ordinamento autonomo", in quanto tale non permeabile all'applicazione di regole e principi dell'ordinamento generale. Così, evidentemente, non è, come si avrà modo di specificare in seguito.

Per comprendere adeguatamente il grande equivoco sotteso alla presunta inammissibilità del professionismo femminile in Italia, può risultare utile muovere da un semplice caso esemplificativo, estremamente diffuso nella prassi: *quid iuris* se Tizia, atleta militante in categoria definita "dilettantistica" da una regola della competente federazione, stipuli un contratto di lavoro, o comunque a titolo oneroso, con l'associazione o la società sportiva di appartenenza?

In questo paragrafo si illustrerà la soluzione che, coerentemente, dovrebbe essere proposta da chi sostiene le teorie della pluralità degli ordinamenti per spiegare la disciplina giuridica del fenomeno sportivo. Nel paragrafo conclusivo, invece, sarà esposta una diversa soluzione, formulata grazie a una differente lettura di tale fenomeno.

Se si sostiene che la regola sportiva sia parte di un "ordinamento autonomo", come tale insuscettibile all'applicazione di regole e principi dell'ordinamento generale, si dovrebbe ritenere nullo, ex art. 1322, comma 2, c.c., il contratto concluso fra l'atleta e l'associazione sportiva. Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, infatti, "le violazioni di norme dell'ordinamento sportivo necessariamente si riflettono sulla validità di un contratto concluso tra soggetti sottoposti alle regole del detto ordinamento anche per l'ordinamento dello Stato, poiché se esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative, incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo, vale a dire sulla sua idoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico; non può infatti ritenersi idoneo, sotto il profilo della meritevolezza della tutela dell'interesse perseguito dai contraenti, un contratto posto in essere in frode alle regole dell'ordinamento sportivo, e senza l'osservanza delle prescrizioni formali all'uopo richieste, e, come tale, inidoneo ad attuare la sua funzione proprio in quell'ordinamento sportivo nel quale detta funzione deve esplicarsi"¹².

¹² Così, ad esempio, Cass., 17 marzo 2015, núm. 5216, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2017, p. 402 ss., con nota di FRATINI, F.: "Rilevanza esterna delle norme endoassocie e validità dei contratti". La Cassazione utilizza spesso il controllo di meritevolezza nella risoluzione di controversie sorte nel settore di interesse: v., fra le altre, Cass., 23 settembre 2015, núm. 18807, *ivi*, 2015, p. 383 ss., con nota di D'ERRICO, A.: "Violazione delle disposizioni contenute nei regolamenti federali tra opzioni dottrinarie e prassi giurisprudenziale"; Cass., 20 settembre 2012, núm. 15934, *Rassegna di Diritto Civile*, 2014, p. 911 ss., con nota di INDRACCOLO, E.: "Violazione di regole endoassocie e responsabilità professionale"; Cass., 23 febbraio 2004, núm. 3545, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, con nota di Id.: "La cessione dei

Non soltanto: seguendo questa impostazione, oltre a non avere diritto alla retribuzione e alle tutele previdenziali e assicurative, l'atleta rischierebbe pure di incorrere in squalifiche, anche lunghe, per aver violato le regole poste dalla federazione di appartenenza.

Chi dovesse affermare, in senso parzialmente differente, che l'ordinamento sportivo esiste, è autonomo ma è comunque soggetto all'applicazione di regole e principi dell'ordinamento generale, dovrebbe concludere che, nel caso di specie, il contratto in analisi sarebbe valido e giustificerebbe il riconoscimento di tutte le tutele assicurative e previdenziali: le regole sportive che determinano irragionevoli disparità di trattamento non dovrebbero trovare applicazione. Una simile soluzione sarebbe corretta sul piano sostanziale (come si specificherà anche in seguito), ma risulterebbe viziata da incoerenza nel percorso logico-argomentativo: da un lato si riconoscerebbe autonomia al c.d. ordinamento sportivo; dall'altro si sosterebbe che le regole di questo "ordinamento" sarebbero pur sempre subordinate alle norme dell'ordinamento generale. Emerge con nettezza che con un simile ragionamento si giunge a negare quell'autonomia che si vuole sostenere.

3. L'importanza di un corretto approccio metodologico.

Rispetto all'approccio metodologico, piuttosto diffuso in dottrina e in giurisprudenza, che conduce alle soluzioni tratteggiate nel paragrafo precedente, è da preferire un'altra impostazione, che muova dall'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni coinvolte e sia, per ciò, maggiormente attenta alla gerarchia delle fonti del diritto¹³. Questo diverso approccio consentirebbe di

calciatori tra legge dello Stato e disposizioni federali"; Trib. Mantova, 27 maggio 2003, *ivi*, con nota di CACCIAMANI, C.: "Violazione delle norme dell'ordinamento sportivo" e invalidità del contratto"; Cass., 5 gennaio 1994, núm. 75, *Giustizia Civile*, 1994, I, p. 1230 ss.; Cass., 28 luglio 1981, núm. 4845, *ivi*, 1982, p. 2411 ss. L'analisi delle decisioni che si sono susseguite nel corso degli anni, tuttavia, evidenzia come le diverse problematiche siano state risolte ad esito di valutazioni talora incomplete. In particolare, è stato più volte affermato, anche apoditticamente, che, ad esempio, il contratto fra atleta e società, il quale violi una regola endoassociativa posta dagli enti di governo dello sport, sia nullo perché non meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c. Non risulta, però, che i giudici, almeno di legittimità, abbiano mai esteso il controllo di meritevolezza anche alle regole poste dagli enti di governo dello sport. Questo approccio non sembra corretto e non può che determinare, appunto, una valutazione incompleta delle concrete problematiche. Per una puntuale e condivisibile critica del suddetto orientamento giurisprudenziale cfr. FEDERICO, A.: "L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.d.d. sportivi", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Capri, 27-28-29 marzo 2008, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 369 ss.

- 13 Cfr., sul punto, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 265 ss. e 563 ss. V., anche, lo: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", (1975), lo: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 32 ss.; lo: *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 1970, *passim*; lo: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, p. 990 ss. Per diverse prospettive sul valore dell'art. 12 disp. prel. c.c., v., fra gli altri, BARTOLE, S.: "Principi del diritto (dir. cost.)", *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 496 ss. e spec. p. 500; sul punto già DEL VECCHIO, G.: *Studi sul diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 275 ss. Per ulteriori punti di vista, cfr. GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941, *passim*; BETTI, E.: *Teoria dell'interpretazione*, (1955), I, rist., Giuffrè, Milano, 1990, p. 274; lo: *Interpretazione*

individuare, già oggi, soluzioni applicative coerenti con i princípi italo-europei e, pertanto, idonee a neutralizzare una regolamentazione endoassociativa sportiva potenzialmente discriminatoria.

Fondamentale, a tal fine, è ridimensionare la portata delle teorie della pluralità degli ordinamenti¹⁴. Non è questa la sede per illustrare nel dettaglio fondamenti e contenuto di tali teorie, né per soffermarsi su tutte le loro concrete applicazioni¹⁵. È opportuno segnalare, tuttavia, la fallacia delle ricostruzioni che utilizzano le teorie pluralistico-ordinamentali per spiegare la dimensione normativa del fenomeno sportivo¹⁶: queste ricostruzioni paiono incoerenti sul

della legge e degli atti giuridici, 2ª ed., (a cura di G. CRIFÒ), Giuffrè, Milano, 1971, p. 91 ss.; BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 76; SCHLESINGER, P.: "L'interpretazione della legge civile e prassi delle Corti", *Rivista di Diritto Civile*, 2002, I, p. 531 ss.; VELLUZZI, V.: *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 89 s.; SACCO, R.: *Il concetto di interpretazione del diritto*, (1947), nuova ed. con prefazione di A. GAMBARO, Giappichelli, Torino, 2003, p. 23 ss.

- 14 Sulle teorie pluralistico-ordinamentali, seppure con diverse argomentazioni e prospettive, vid. ROMANO, SANTI: *L'ordinamento giuridico*, Enrico Spoerri Editore, Pisa, 1918, p. 93 ss.; CAMMARATA, A.E.: "Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici", Id.: *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 185 ss.; CAPOGRASSI, C.: "Alcune osservazioni sopra le molteplicità degli ordinamenti giuridici", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1935, p. 9 ss.; PICCARDI, L.: "La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio", in AA.VV.: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, Padova, 1940, p. 249 ss.; ROMANO, SALV.: *Autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1957, *passim*; CESARINI SFORZA, VV.: *Il diritto dei privati*, (1929), rist., Giuffrè, Milano, 1963, *passim*; MODUGNO, F.: "Pluralità degli ordinamenti", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 32 ss. In chiave comparatistica, LATTY, F.: *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, spec. p. 50 ss.
- 15 Una diffusa analisi in DI NELLA, L.: *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p. 83 ss.
- 16 Per ampie critiche, DI NELLA, L.: "La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni al fenomeno sportivo", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1998, p. 38 s.; Id.: *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 83 ss.; LEPORE, A.: "L'illecito nell'attività sportiva: una nuova prospettiva", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006, p. 99 ss.; Id.: "Sulla responsabilità degli organizzatori di manifestazioni sportive. Il ruolo dei giudici di gara", nota a Cass., 27 ottobre 2005, núm. 20908, ivi, p. 522; Id.: *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 46 ss.; INDRACCOLO, E.: *Rapporti e tutele*, cit., p. 64 ss.; FEMIA, P.: "Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà della qualificazione", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 235 ss., spec. 282 s.; PERLINGIERI, P.: "Riflessioni conclusive", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 715 ss.; Id.: "Riflessioni a margine della presentazione del Codice di giustizia sportiva F.I.G.C.", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2018, p. 345 s.; LANDI, R.: *Autonomia e controllo nelle associazioni sportive. Il ruolo dell'atleta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 48 ss. Cfr., tuttavia, Corte cost., 17 aprile 2019, núm. 160, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2019, p. 75 ss., spec. 79 s., con nota di MAIO, E.: "Le sanzioni disciplinari sportive tra neutralità delle forme giuridiche e pluralità degli effetti". Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è unanime l'opinione, corretta, secondo la quale le regole sportive sono in ogni caso soggette al controllo di conformità a regole e princípi posti dall'Unione Europea. Cfr., ad esempio, Corte giust., 12 dicembre 1974, c. 36/74, *Walgrave e Koch c. Association Union Cycliste Internationale* ed altri, *Il Foro Italiano*, 1975, IV, c. 81; Corte Giust., 14 luglio 1976, c. 13/76, *Donà c. Mantero*, ivi, 1976, c. 361, e in *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, c. 1649, con nota di TRABUCCHI, A.: "Le limitazioni all'ingaggio dei giocatori stranieri e la libera circolazione dei lavoratori nella Comunità Europea"; Corte giust., 15 ottobre 1987, c. 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football c. Heylens, Raccolta* (1987), p. 4097 ss.; Corte giust., 15 dicembre 1995, c. 415/93, *Union royal belge des sociétés de football association (A.S.B.L.) e Union des associations européennes de football (U.E.F.A.) c. Bosman*, *Giustizia Civile*, 1996, I, p. 601 ss., *Il Foro Italiano*, 1996, IV, c. 1 ss., con note di BASTIANON, S.: "Bosman, il calcio e il diritto comunitario", e di VIDIRI, G.: "Il caso Bosman e la circolazione dei calciatori "professionisti" nell'ambito della Comunità europea", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1996, p. 546 ss., con nota di COCCIA, M.: "La sentenza Bosman: *summum ius, summa iniuria?*", e in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1996, p. 311, con nota di TELCHINI, L.: "Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica"; Corte giust., 11 aprile 2000, cause riunite c. 51/91 e c. 191/97, *Deliège c. Ligue francophone judo (A.S.B.L.)*, *Repertorio del Foro Italiano*, 2000, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, núm. 911, *Consiglio di Stato*, 2000, II, p. 725 ss.; Corte giust., 13 aprile 2000, c. 176/96, *Lehtonen c. Castors Canada Dry Namur Braine Asbl*, ivi, p. 729 ss.; Corte giust., 12 aprile 2005, c. 265/03, *Igor Simutenkov c. Ministero de Education y Cultura*, *Rassegna di Diritto ed*

piano metodologico e decisamente troppo distanti dal diritto positivo. Altro è la specificità dello sport di cui all'art. 165 TFUE (strettamente riconducibile al principio di sussidiarietà)¹⁷; altro è la presunta "autonomia ordinamentale", che giustificerebbe l'applicazione di qualsiasi regola sportiva, anche se contrastante con i principi generali dell'ordinamento costituzionale. Vero è che sono diversi i provvedimenti normativi nei quali si fa esplicito riferimento all'autonomia del c.d. ordinamento sportivo (si pensi, ad esempio, al d.lg. 23 luglio 1999, n. 242, al d.l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla l. 17 ottobre 2003, n. 280, e, da ultimo, alla l. delega n. 86 del 2019); occorre intendersi, tuttavia, sul reale significato della locuzione "ordinamento sportivo" e sul suo corretto utilizzo. Se proprio si ritiene indispensabile richiamare tale (invero fuorviante) locuzione, giova precisare che con essa non si può intendere altro che quell'insieme di regole, per lo più di natura negoziale, che concorrono alla disciplina del caso concreto nel settore dello sport, giustapponendosi – e non sostituendosi – a tutte le altre fonti del diritto. Argomentando diversamente, si violerebbe la gerarchia delle fonti e dei valori prevista dalla Costituzione.

Economia dello Sport, 2006, p. 496 ss., con nota di DI NELLA, L.: "Brevi considerazioni sul caso Simutenkov e le clausole federali sulla nazionalità", *www.giustiziasportiva.it*, 2006, f. 1, p. 91 ss., con nota di GIATTA, G.: "La sentenza Simutenkov: una applicazione dell'effetto Bosman agli accordi di partenariato della comunità", e *Consiglio di Stato*, 2005, II, p. 779 ss., con nota di ANTONUCCI, M.: "Il mercato dei calciatori: ampliata libertà di circolazione"; Corte giust., 18 luglio 2006, c. 519/04, *David Meca-Medina e Jgor Majcen c. Commissione delle Comunità Europee*, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2007, p. 99 ss., con nota di LO VERDE, D.: "Principio di proporzionalità e regolamento antidoping", e *www.giustiziasportiva.it*, 2006, f. 2, p. 114 ss., con nota di GIATTA, G.: "Compatibilità tra le regole per il controllo antidoping e le norme comunitarie in materia di concorrenza e di libera prestazione dei servizi" (ivi, f. 3, p. 97 ss.); Corte Giust., 16 marzo 2010, n. 325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Bernard*, *Il Foro Italiano*, 2010, IV, c. 506 ss.

- 17 Sul corretto modo di intendere il principio di specificità cfr., DI NELLA, L.: "Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma", *Rivista di Diritto Sportivo*, 2000, p. 53 ss.; Id.: "Lo sport nel diritto primario dell'Unione europea: il nuovo quadro normativo del fenomeno sportivo", *www.giustiziasportiva.it*, 2010, f. 3; Id.: "Costituzionalità della «giustizia sportiva» e principio di specificità dello sport", nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2012, p. 45 ss.; MANCINI, M.: *Attività sportive "ufficiali", intervento pubblico e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2012, spec. p. 76 ss.; CIVALE, S.: "La «specificità» dello sport non può giustificare discriminazioni ed ingiustizie nell'accesso all'attività sportiva", nota ad Alta Corte di Giustizia Sportiva, 13 febbraio 2013, n. 4, *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2013, p. 149 ss.; LEPORE, A.: "Principio di specificità e principio di sussidiarietà nello sport. Il Caso «FIFA-Blatter» al Parlamento europeo", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015, p. 291 ss.; ZUCCARINO, S.: "Il fenomeno sportivo nel prisma della sussidiarietà orizzontale", ivi, 2018, p. 322 ss.; LANDI, R.: "Associazioni sportive, servizi alla persona e sfide economiche", ivi, p. 246 ss.; PERLINGIERI, P.: "Riflessioni a margine", cit., p. 345, osserva che "L'Europa ha precisato che esiste la specificità non l'autonomia. È la specificità, materia che va messa ben in evidenza, sia pur sempre nella consapevolezza che lo sport e la stessa attività ricreativa nella quale coesiste lo spettacolo nel quale è protagonista serve allo sviluppo della persona umana, e non può non attuarsi nel rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo. Diversamente verrebbe meno il giudizio di meritevolezza e di legittimità degli atti e delle decisioni. La conformità alla legittimità costituzionale, europea e internazionale rappresenta il momento necessario, ineluttabile di ogni giudizio". Così anche FEMIA, P.: "Due in uno", cit., p. 293, secondo il quale "la sussidiarietà non rafforza affatto il modello del pluralismo degli ordinamenti, ne provoca al contrario il definitivo superamento". Intende diversamente il principio di specificità PISCINI, A.: "Sul fronte sportivo qualcosa di nuovo (ma non troppo): spunti di riflessione e note preventive sulla riforma in materia di diritti di trasmissione e comunicazione degli eventi sportivi", *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2007, p. 34. Sul punto vid. anche COLUCCI, M.: "L'autonomia e la specificità dello sport nell'Unione europea. Alla ricerca di norme sportive necessarie, proporzionali e di «buon senso»", ivi, 2006, p. 17; NASCIMBENE, B. e BASTIANON, S.: *Diritto europeo dello sport*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 9 ss.; TOGNON, J. e STELTANO, A.: *Sport, Unione europea e diritti umani. Il fenomeno sportivo e le sue funzioni nelle normative comunitarie e internazionali*, Cedam, Padova, 2011, p. 105 s.; SERRA, M.F.: "Brevi riflessioni sull'autonomia e specificità dell'ordinamento sportivo", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015, p. 325 ss.

Se così è, quindi, quello “sportivo” non è affatto configurabile, tecnicamente, come un “autonomo ordinamento giuridico”, ancorché settoriale. Dunque, esso non esiste.

L'indagine che s'intende proporre muove, piuttosto, dal presupposto che qualsiasi regola emanata dalle federazioni sportive, in quanto espressione della loro autonomia negoziale, dev'essere sempre sottoposta al controllo di liceità e meritevolezza. La regola sportiva che non dovesse superare questo controllo, perché, ad esempio, contrastante con l'art. 3 cost. (determinando una irragionevole disparità di trattamento fra atleti uomini e atlete donne), non dovrebbe trovare applicazione nella disciplina dei rapporti fra le parti. Infatti, come è stato correttamente affermato dalla dottrina che si è occupata di rapporti fra divieto di discriminazione e autonomia negoziale, occorre individuare quei «rimedi» che, in concreto, reprimano la “creazione ingiustificata di un effetto di disuguaglianza, apportando la restrizione più limitata possibile all'autonomia contrattuale”¹⁸.

II. L'ART. 5, L. DELEGA 8 AGOSTO 2019, NÚM. 86.

L'ampia diffusione delle impostazioni – errate – che pervicacemente propugnano ancora oggi l'esistenza e l'autonomia del c.d. ordinamento sportivo ha condotto, si diceva, all'applicazione letterale finanche delle regole sportive contrastanti con i principi costituzionali; talché, appunto, le donne non potrebbero essere tutelate come lavoratrici sportive ex l. núm. 91 del 1981. Ciò ha indotto il legislatore italiano a intervenire, con fonte ovviamente eteronoma, al fine di riformare (fra l'altro) il sistema del lavoro sportivo. Dopo un travagliato *iter* parlamentare, del quale si darà conto, seppure brevemente, nel prosieguo della trattazione, è da poco entrata in vigore la l. delega núm. 86 del 2019, il cui art. 5 è rubricato “Delega al Governo per il riordino e la riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché del rapporto di lavoro sportivo”. Si prevede che “l. Allo scopo di garantire l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nel lavoro sportivo, sia nel settore dilettantistico sia nel settore professionistico, e di assicurare la stabilità e la sostenibilità del sistema dello sport, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di riordino e di riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di disciplina del rapporto di lavoro sportivo, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

a) riconoscimento del carattere sociale e preventivo-sanitario dell'attività sportiva, quale strumento di miglioramento della qualità della vita e della salute, nonché quale mezzo di educazione e di sviluppo sociale;

¹⁸ CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Contratto, dignità della persona e ambiente civile”, cit., p. 457.

b) riconoscimento del principio della specificità dello sport e del rapporto di lavoro sportivo come definito a livello nazionale e dell'Unione europea, nonché del principio delle pari opportunità, anche per le persone con disabilità, nella pratica sportiva e nell'accesso al lavoro sportivo sia nel settore dilettantistico sia nel settore professionistico;

c) individuazione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e fermo restando quanto previsto dal comma 4, nell'ambito della specificità di cui alla lettera b) del presente comma, della figura del lavoratore sportivo, ivi compresa la figura del direttore di gara, senza alcuna distinzione di genere, indipendentemente dalla natura dilettantistica o professionistica dell'attività sportiva svolta, e definizione della relativa disciplina in materia assicurativa, previdenziale e fiscale e delle regole di gestione del relativo fondo di previdenza; [...]”.

I. Il testo originario del disegno di legge.

Per la verità, la necessità di garantire adeguate tutele ai lavoratori sportivi, senza discriminazioni di sorta, non è una novità. Numerosi sono stati, negli anni, i disegni di legge presentati, con l'obiettivo di offrire una risposta adeguata alle istanze di tutela delle atlete e degli atleti militanti in categorie definite “dilettantistiche”; fino a qualche mese fa, nessuno di questi disegni di legge aveva dato vita, però, a una compiuta riforma del sistema.

Dalla lettura delle diverse proposte susseguitesi nel tempo, del resto, emerge una diffusa propensione verso strumenti che si sarebbero rivelati, molto probabilmente, del tutto inadeguati a risolvere alla radice le problematiche appena illustrate. L'elemento comune dei diversi progetti di legge è sempre stato, infatti, la modifica dei criteri per la determinazione *ex ante* dei confini tra “dilettantismo” e “professionismo”. Questa, però, non sembra una soluzione adeguata, viepiù qualora la fissazione di tali confini fosse pur sempre affidata alle federazioni sportive. Non pienamente convincente appariva, ad esempio, il testo del d.d.l. núm. 999, comunicato alla Presidenza del Senato il 21 dicembre 2018, a firma di Barbato e altri. Nel testo si leggeva, all'art. 5, rubricato “Soggetti praticanti attività sportive”: “1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo, ai fini della qualificazione dei soggetti che praticano le attività sportive, si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) suddivisione delle attività sportive in tre categorie: professionismo, semiprofessionismo e dilettantismo; b) adozione della definizione di professionismo sportivo ai sensi della legge 23 marzo 1981, núm. 91; c) qualificazione del semiprofessionismo sportivo quale esercizio in via stabile e principale di un'attività sportiva o motoria di interesse generale, svolta attraverso associazioni sportive dilettantistiche, costituite in forma di società a responsabilità limitata o cooperativa, a tal fine costituite e regolarmente iscritte al registro nazionale delle associazioni e società sportive dilettantistiche del CONI,

che possano prevedere anche finalità lucrative in misura non superiore a quelle previste dall'articolo 3, comma 3, del decreto legislativo 3 luglio 2017, núm. 112; d) qualificazione del dilettantismo sportivo quale esercizio di pratica sportiva svolta attraverso associazioni e polisportive senza scopo di lucro, con effettiva base associativa, con la previsione di una procedura facilitata per il riconoscimento della personalità giuridica e limitazioni di responsabilità dei dirigenti, con contestuale previsione per gli stessi dell'obbligo di copertura assicurativa per la responsabilità civile; la pubblicità delle attività associative non deve costituire indice della natura commerciale delle associazioni, a condizione che vi sia specificato che le attività sono svolte nei confronti dei soci o tesserati dell'organismo nazionale di appartenenza".

Per soddisfare le esigenze di tutela delle lavoratrici e dei lavoratori sportivi, senza irragionevoli disparità di trattamento, a nulla può rilevare la finalità lucrativa o non lucrativa del sodalizio sportivo di appartenenza; né può giovare un'aprioristica qualificazione federale, che non tenga conto dei concreti interessi delle parti coinvolte. Ciò che conta, piuttosto, è la valutazione *ex post* dell'assetto di interessi regolato dai singoli contraenti. Se l'atleta Tizia e l'associazione o società sportiva Alfa, a prescindere dalla categoria nella quale l'attività è praticata, hanno ritenuto di concludere un contratto di lavoro sportivo (o altro tipo di contratto a titolo oneroso), Tizia dovrà essere considerato una lavoratrice sportiva e avrà, per ciò, diritto a ogni tutela prevista dalla legge, proprio come i suoi colleghi militanti in categorie "più fortunate".

2. La condivisibile scelta del legislatore italiano.

Alla luce di quanto sinora rilevato, è da guardare certamente con grande favore la scelta del legislatore italiano di intervenire, dando delega al Governo, per la modifica della l. núm. 91 del 1981, al fine di disancorare la figura del "lavoratore sportivo" dall'aprioristica qualifica federale in termini di "professionismo" o "dilettantismo".

È auspicabile, pertanto, che anche nell'emanazione dei decreti attuativi il legislatore si muova in questa direzione e che gli enti di governo dello sport si adeguino, prevedendo regole endoassocie compatibili col sistema italo-europeo. In ogni caso (anche nell'ipotesi in cui questo progetto di riforma non dovesse concretizzarsi), una rilevanza decisiva assumerà pur sempre la corretta comprensione del principio di specificità dello sport: quest'ultimo non attribuisce affatto agli enti di governo dello sport il potere di operare in una "zona franca", nella quale è persino lecito vietare a un'atleta la conclusione di un contratto di lavoro, per il sol fatto che quell'atleta è una donna (ciò che accade, come sopra specificato, nel caso del calcio). Specificità dello sport significa, piuttosto, consentire alle istituzioni intermedie di regolamentare adeguatamente certi settori, in attuazione

del principio di sussidiarietà, nel doveroso rispetto di regole e princípi costituzionali ed europei. Cómputo dell'interprete, in questa prospettiva, è il controllo di liceità e meritevolezza di ogni regola posta da CONI e federazioni sportive, onde evitare, in futuro, che disparità di trattamento come quelle di cui si è appena dato conto siano perpetrate grazie allo "schermo" della presunta autonomia ordinamentale.

III. L'ART. I, COMMA 181, L. 27 DICEMBRE 2019, NÚM. 160 (C.D. LEGGE DI BILANCIO 2020).

La lotta alle discriminazioni di genere nello sport ha condotto, nelle ultime settimane, all'adozione di un nuovo provvedimento normativo, inserito *in extremis* nel testo definitivo della Legge di Bilancio 2020. L'art. I, comma 181, l. núm. 160 del 2019, prevede che: "Al fine di promuovere il professionismo nello sport femminile ed estendere alle atlete le condizioni di tutela previste dalla normativa sulle prestazioni di lavoro sportivo, le società sportive femminili che stipulano con le atlete contratti di lavoro sportivo, ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge 23 marzo 1981, núm. 91, possono richiedere, per gli anni 2020, 2021 e 2022, l'esonero dal versamento del 100 per cento dei contributi previdenziali e assistenziali, con esclusione dei premi per l'assicurazione obbligatoria infortunistica, entro il limite massimo di 8.000 euro su base annua".

I. Il raccordo dell'art. I, comma 181, l. núm. 160 del 2019 con l'attuale contesto normativo e regolamentare.

Una lettura superficiale della disposizione appena citata potrebbe far pensare a una sua incongruenza, o forse contraddittorietà, rispetto all'assetto normativo e regolamentare finora descritto: da una parte lo Stato concede rilevanti incentivi per la stipula di contratti di lavoro sportivo nel settore femminile; dall'altra, si potrebbe ritenere, le federazioni, legittimate dallo Stato, vietano alle atlete di concludere contratti di lavoro. Ciò vale, com'è ovvio, almeno finché non entreranno in vigore i decreti attuativi della l. delega núm. 86 del 2019 e finché le federazioni stesse non epureranno i propri regolamenti dalle censurabili disposizioni sopra descritte. La *ratio legis*, si potrebbe allora affermare, risiederebbe esclusivamente nell'intento di indurre le federazioni a modificare la propria disciplina endoassociativa. Questa lettura, tuttavia, non rende giustizia alla reale, straordinaria importanza della novella.

La disposizione in analisi può assumere una considerevole rilevanza nella lotta alle discriminazioni di genere nello sport, per diversi motivi. In primo luogo, è ragionevole attendersi che la scelta di introdurre incentivi economici per favorire la stipula di tali contratti di lavoro possa indurre una loro ampia diffusione. Ciò, di riflesso, potrà garantire il riconoscimento di adeguate tutele. L'analisi sull'efficacia

di tale misura, per vero, compete a chi si occupa di politica economica, più che al giurista; quest'ultimo, tuttavia, può certamente riscontrare, sul piano sistematico, la portata dirompente della nuova disciplina.

Gli incentivi di cui alla Legge di Bilancio 2020, infatti, non valgono solamente a stimolare i pur auspicabili emendamenti ai regolamenti federali. Il significato della scelta del legislatore è ben più ampio. Se l'ordinamento, con la nuova disposizione, richiama i contratti di lavoro sportivo che sono stipulati nel settore femminile, è evidente che l'ordinamento stesso già riconosce e tutela tali contratti; l'ordinamento, in altre parole, dimostra di non riconoscere alcun valore alle regole sportive reputate discriminatorie, in barba alla loro asserita appartenenza a un fantomatico "ordinamento sportivo autonomo".

Si consideri, del resto, che non v'è alcuna certezza sul fatto che le federazioni sportive, tutte, si determineranno a riconoscere il "professionismo" nel settore femminile. Semplicemente, la nuova disposizione conferma che l'esercizio dell'autonomia negoziale, nel settore sportivo come in ogni altro settore, incontra dei limiti. Finché permarranno regole sportive incompatibili col sistema costituzionale, tali regole saranno da considerare invalide e, quindi, inapplicabili: nessuna contraddizione col sistema, pertanto, ma l'ennesima conferma della fallacia delle teorie pluralistico-ordinamentali, se utilizzate per spiegare la dimensione giuridica del fenomeno sportivo.

2. Unitarietà dell'ordinamento e interpretazione costituzionalmente orientata: una possibile soluzione *de jure condendo*.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, è possibile tornare all'esempio proposto precedentemente: *quid iuris* se Tizia, atleta militante in categoria definita "dilettantistica" da una regola della competente federazione, stipuli un contratto di lavoro, o comunque a titolo oneroso, con l'associazione o la società sportiva di appartenenza?

Ebbene, se si ritiene, correttamente, che ogni regola sportiva non sia parte di un "ordinamento autonomo" ma rilevi quale mera regola di fonte negoziale, essa stessa dovrà superare, per poter essere applicata, il controllo di liceità e di meritevolezza¹⁹. Dal momento che non v'è dubbio alcuno che la regola (*rectius*, l'insieme di regole) che vieta a Tizia di concludere un contratto di lavoro sportivo

¹⁹ Per maggiori approfondimenti su questo modo di intendere il controllo di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale nel settore sportivo si rinvia a INDRACCOLO, E.: "L'attività sportiva del minore fra funzione educativa, ricreativa e di introduzione al mercato del lavoro: profili metodologici e fonti di regolamentazione dei rapporti", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2016, p. 100 ss., ID.: "Lo sport italiano nel contesto internazionale", *ivi*, 2018, p. 276 ss. In generale, sul ruolo della ragionevolezza nell'individuazione del giusto rimedio, *vid.* PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 87 ss.

violi (almeno) gli artt. 3 e 35 ss. cost., tale regola (o insieme di regole) non potrà concorrere alla disciplina dei concreti rapporti. Pertanto, il contratto fra Tizia e la sua associazione o società sportiva di appartenenza sarà valido ed efficace, mentre la nullità investirà proprio la regola posta dalla federazione. La stipula di questi contratti darà accesso, inoltre, alle agevolazioni di cui all'art. 1, comma 181, l. núm. 160 del 2019.

In conclusione, non è affatto vero che l'ordinamento (s'intenda: l'unico ordinamento concepibile, vale a dire quello italo-europeo, fondato sulla Costituzione) non consente alle donne la stipula di contratti di lavoro sportivo: al contrario, già oggi è ben possibile che, ad esempio, una calciatrice stipuli un contratto ex l. núm. 91 del 1981. Ciò che conta è che il giudice, eventualmente chiamato a decidere della validità di tale contratto, disapplichì le regole sportive, qualora le consideri discriminatorie. Se, poi, la federazione dovesse infliggere una sanzione endoassociativa all'atleta e/o al sodalizio, per punire la stipula del contratto di lavoro, lo stesso giudice dovrà rilevare l'illegittimità di tale sanzione e, se del caso, riconoscere il risarcimento del danno.

BIBLIOGRAFIA

ANTONUCCI, M.: "Il mercato dei calciatori: ampliata libertà di circolazione", nota a Corte giust., 12 aprile 2005, c. 265/03, *Igor Simutenkov c. Ministero de Education y Cultura, Consiglio di Stato*, 2005.

BARTOLE, S.: "Principi del diritto (dir. cost.)", *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986.

BASTIANON, S.: "Bosman, il calcio e il diritto comunitario", nota a Corte giust., 15 dicembre 1995, c. 415/93, *Union royal belge des sociétés de football association (A.S.B.L.) e Union des associations européennes de football (U.E.F.A.) c. Bosman*, *Il Foro Italiano*, 1996.

BASTIANON, S.: "L'incerta natura delle federazioni sportive nazionali: associazioni di diritto o organismi di diritto pubblico? Alla corte di giustizia l'ardua sentenza", *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2019.

BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed., (a cura di G. CRIFÒ), Giuffrè, Milano, 1971.

BETTI, E.: *Teoria dell'interpretazione*, (1955), I, rist., Giuffrè, Milano, 1990.

BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

CACCIAMANI, C.: "Violazione delle norme dell'«ordinamento sportivo» e invalidità del contratto", nota a Trib. Mantova, 27 maggio 2003, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006.

CAMMARATA, A.E.: "Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici", in ID.: *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano, 1963.

CANALE, G.: "L'interesse dello sponsor per l'attività agonistica (contratto di sponsorizzazione e apparizione di una nuova figura soggettiva nella federazione sportiva)", Cass., Sez. un., 26 ottobre 1989, núm. 4399, *Giurisprudenza Italiana*, 1990.

CAPOGRASSI, C.: "Alcune osservazioni sopra le molteplicità degli ordinamenti giuridici", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1935.

CAPRIOLI, R.: "Le federazioni sportive nazionali tra diritto pubblico e diritto privato", *Diritto e Giurisprudenza*, 1989.

CAPRIOLI, R.: *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1997.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Contratto, dignità della persona e ambiente civile. Riflessioni sul divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali", in AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, in ricordo di Giovanni Gabrielli, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale", *Rivista di Diritto Civile*, 2015.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

CASSESE, S.: "Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del Parastato", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1979.

CATALANO, G.: "Ordinamento sportivo e sindacabilità: le Sezioni Unite sul "parquet", nota a Cass., Sez. un., 26 ottobre 1989, núm. 4399, *Il Foro Italiano*, 1990.

CESARINI SFORZA, W.: *Il diritto dei privati*, (1929), rist., Giuffrè, Milano, 1963.

CHECCHINI, B.: *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019.

CIVALE, S.: "La «specificità» dello sport non può giustificare discriminazioni ed ingiustizie nell'accesso all'attività sportiva", nota ad Alta Corte di Giustizia Sportiva, 13 febbraio 2013, núm. 4, *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2013.

CLARIZIA, A.: "La natura giuridica delle Federazioni sportive anche alla luce della legge 23 marzo 1981 núm. 91", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1983.

COCCIA, M.: "La sentenza Bosman: *summum ius, summa iniuria?*", nota a Corte giust., 15 dicembre 1995, c. 415/93, *Union royal belge des sociétés de football association (A.S.B.L.) e Union des associations européennes de football (U.E.F.A.) c. Bosman*, *Rivista di Diritto Sportivo*, 1996.

COLUCCI, M.: "L'autonomia e la specificità dello sport nell'Unione europea. Alla ricerca di norme sportive necessarie, proporzionali e di «buon senso», *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006.

D'ERRICO, A.: "Violazione delle disposizioni contenute nei regolamenti federali tra opzioni dottrinarie e prassi giurisprudenziale", nota a Cass., 23 settembre 2015, núm. 18807, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015.

DE COUBERTIN, P.: *Memorie olimpiche* (1931), Trad. it. di M.L. Frasca (a cura di R. FRASCA), Mondadori, Milano, 2003.

DE COUBERTIN, P.: *Olympism: selected writings* (Editing Director R. MÜLLER), International Olympic Committee, Lausanne, 2000.

DE SILVESTRI, A.: "Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1992.

DEL VECCHIO, G.: *Studi sul diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958.

DI NELLA, L.: "Brevi considerazioni sul caso Simutenkov e le clausole federali sulla nazionalità, nota a Corte giust., 12 aprile 2005, c. 265/03, *Igor Simutenkov c. Ministero de Education y Cultura*, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006.

DI NELLA, L.: "Costituzionalità della «giustizia sportiva» e principio di specificità dello sport", nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, núm. 49, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2012.

DI NELLA, L.: "La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni al fenomeno sportivo", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1998.

DI NELLA, L.: "Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma, *Rivista di Diritto Sportivo*, 2000.

DI NELLA, L.: "Lo sport nel diritto primario dell'Unione europea: il nuovo quadro normativo del fenomeno sportivo", www.giustiziasportiva.it, 2010.

DI NELLA, L.: "Lo sport. Profili teorici e metodologici", in AA.VV.: *Manuale di diritto dello sport* (a cura di L. DI NELLA), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

DI NELLA, L.: *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

FEDERICO, A.: "L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Capri, 27-28-29 marzo 2008, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

FEMIA, P.: "Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà della qualificazione", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3°

Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Capri, 27-28-29 marzo 2008, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

FRATINI, F.: "Rilevanza esterna delle norme endoassociative e validità dei contratti", nota a Cass., 17 marzo 2015, núm. 5216, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2017.

GENTILI, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009.

GLIATTA, G.: "Compatibilità tra le regole per il controllo antidoping e le norme comunitarie in materia di concorrenza e di libera prestazione dei servizi", nota a Corte giust., 18 luglio 2006, c. 519/04, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione delle Comunità Europee*, www.giustiziasportiva.it, 2006.

GLIATTA, G.: "La sentenza Simutenkov: una applicazione dell'effetto Bosman agli accordi di partenariato della comunità", nota a Corte giust., 12 aprile 2005, c. 265/03, *Igor Simutenkov c. Ministero de Education y Cultura*, www.giustiziasportiva.it, 2006,

GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941.

INDRACCOLO, E.: "Invalidità delle sanzioni a carico del «professionista di fatto»: note a margine del «caso Hubner»", nota a Comitato Reg. Lombardia FIGC, Commissione Disciplinare, 14 giugno 2007, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2010.

INDRACCOLO, E.: "L'attività sportiva del minore fra funzione educativa, ricreativa e di introduzione al mercato del lavoro: profili metodologici e fonti di regolamentazione dei rapporti", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2016.

INDRACCOLO, E.: "La cessione dei calciatori tra legge dello Stato e disposizioni federali", nota a Cass., 23 febbraio 2004, núm. 3545, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006.

INDRACCOLO, E.: "Le certificazioni sanitarie di idoneità all'esercizio di attività sportive", *Rivista di Diritto Sportivo*, 2015.

INDRACCOLO, E.: "Lo sport italiano nel contesto internazionale", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2018.

INDRACCOLO, E.: "Violazione di regole endoassociative e responsabilità professionale", nota a Cass., 20 settembre 2012, núm. 15934, *Rassegna di Diritto Civile*, 2014

INDRACCOLO, E.: *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

LANDI, R.: "Associazioni sportive, servizi alla persona e sfide economiche", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2018.

LANDI, R.: *Autonomia e controllo nelle associazioni sportive. Il ruolo dell'atleta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

LATTY, F.: *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.

LEPORE, A.: "L'illecito nell'attività sportiva: una nuova prospettiva", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006.

LEPORE, A.: "Principio di specificità e principio di sussidiarietà nello sport. Il Caso "FIFA-Blatter" al Parlamento europeo", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015.

LEPORE, A.: "Sulla responsabilità degli organizzatori di manifestazioni sportive. Il ruolo dei giudici di gara", nota a Cass., 27 ottobre 2005, núm. 20908, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2006.

LEPORE, A.: *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

LO VERDE, D.: "Principio di proporzionalità e regolamento antidoping", nota a Corte giust., 18 luglio 2006, c. 519/04, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione delle Comunità Europee*, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2007.

LORO, A.: "Il rapporto di lavoro sportivo professionistico", *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2019.

LUISO, F.P.: *La giustizia sportiva*, Giuffrè, Milano, 1975.

MAFFEIS, D.: "Libertà contrattuale e divieto di discriminazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008.

MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

MAIO, E.: "Le sanzioni disciplinari sportive tra neutralità delle forme giuridiche e pluralità degli effetti", nota Corte cost., 17 aprile 2019, núm. 160, *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2019.

MANCINI, M.: *Attività sportive "ufficiali", intervento pubblico e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2012.

MARANI TORO, A.: "Federazioni Sportive", *Novissimo Digesto Italiano, Appendice III*, UTET, Torino, 1982.

MITE, F.: "La riforma del CONI e delle Federazioni Sportive Nazionali", in AA.VV.: *Le federazioni sportive nazionali tra sport e mercato* (a cura di G. DI GIANDOMENICO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006

MODUGNO, F.: "Pluralità degli ordinamenti", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985.

MORBIDELLI, G.: "Gli enti dell'ordinamento sportivo", in AA.VV.: *Ente pubblico ed enti pubblici* (a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI), Giappichelli, Torino, 1994.

MORONI, M.: "Cade un altro tabù: via libera alla boxe per le donne professioniste senza il casco", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2008.

MUSUMARRA, L.: *L'ordinamento sportivo nazionale*, in LUBRANO, E. e MUSUMARRA, L.: *Diritto dello sport*, Edizioni Discendo Agitur, Roma, 2017.

NAFZIGER, J.A.R.: *International Sports Law*, Transnational Publishers, New York, 1988.

NAPOLITANO, G.: "La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, núm. 242, di "riordino" del C.O.N.I.", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1999.

NASCIMBENE, B. e BASTIANON, S.: *Diritto europeo dello sport*, Giappichelli, Torino, 2011.

NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Rivista di Diritto Civile*, 2014.

PENSABENE LIONTI, T.: "Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona", *Il Diritto Amministrativo*, 2012.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", (1975), in ID.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989.

PERLINGIERI, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rassegna di Diritto Civile*, 1985.

PERLINGIERI, P.: "Riflessioni a margine della presentazione del Codice di giustizia sportiva F.I.G.C.", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2018.

PERLINGIERI, P.: "Riflessioni conclusive", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Capri, 27-28-29 marzo 2008, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

PERLINGIERI, P.: *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 1970.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

PICCARDI, L.: "La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio", in AA.VV.: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, Padova, 1940.

PISCINI, A.: "Sul fronte sportivo qualcosa di nuovo (ma non troppo): spunti di riflessione e note preventive sulla riforma in materia di diritti di trasmissione e comunicazione degli eventi sportivi", *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2007.

PITTALIS, M.: *Sport e diritto. L'attività sportiva fra performance e vita quotidiana*, Cedam, Padova, 2019.

PONTE, D.: "Autonomia dell'ordinamento sportivo in abbinata a regole giurisdizionali", nota a Cons. St., 25 gennaio 2007, núm. 268, in *Guida al Diritto*, 2007.

QUARANTA, A.: "Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1986.

RIPA, L.: "Gli accordi economici nel calcio dilettantistico del terzo millennio", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2014.

ROMANO, SALV.: *Autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1957.

ROMANO, SANTI: *L'ordinamento giuridico*, Enrico Spoerri Editore, Pisa, 1918.

ROSATI DI MONTEPRANDONE, M.: *Istituzioni di diritto sportivo*, Margiacchi-Galeno, Perugia, 1999.

SACCO, R.: *Il concetto di interpretazione del diritto*, (1947), nuova ed. con prefazione di A. GAMBARO, Giappichelli, Torino, 2003.

SCHLESINGER, P.: "L'interpretazione della legge civile e prassi delle Corti", *Rivista di Diritto Civile*, 2002.

SENSALE, M.: "La l. 23 Marzo 1981, núm. 91 e la natura giuridica delle federazioni", *Rivista di Diritto Sportivo*, 1984.

SERRA, M.F.: "Brevi riflessioni sull'autonomia e specificità dell'ordinamento sportivo", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015.

TELCHINI, L.: "Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica", nota a Corte giust., 15 dicembre 1995, c. 415/93, *Union royal belge des sociétés de football association (A.S.B.L.) e Union des associations européennes de football (U.E.F.A.) c. Bosman*, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1996.

TOGNON, J. e STELTANO, A.: *Sport, Unione europea e diritti umani. Il fenomeno sportivo e le sue funzioni nelle normative comunitarie e internazionali*, Cedam, Padova, 2011.

TORTORA, M. e GUARINO, G.: "I soggetti dell'ordinamento sportivo", in AA.VV.: *Il diritto dello sport* (a cura di C.G. IZZO, A. MERONE e M. TORTORA), *Giurisprudenza Sistemica di Diritto Civile e Commerciale* Bigiavi, UTET, Torino, 2007.

TRABUCCHI, A.: "Le limitazioni all'ingaggio dei giocatori stranieri e la libera circolazione dei lavoratori nella Comunità Europea", nota a Corte Giust., 14 luglio 1976, c. 13/76, *Donà c. Mantero*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1976.

TRIVELLATO, L.: "Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive", *Diritto delle Società*, 1991.

VELLUZZI, V.: *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002.

VIDIRI, G.: "Il caso Bosman e la circolazione dei calciatori "professionisti" nell'ambito della Comunità europea", nota a Corte giust., 15 dicembre 1995, c. 415/93, *Union royal belge des sociétés de football association (A.S.B.L.) e Union des associations européennes de football (U.E.F.A.) c. Bosman*, *Il Foro Italiano*, 1996.

ZUCCARINO, S.: "Il fenomeno sportivo nel prisma della sussidiarietà orizzontale", *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2018.

LEGITIMACIÓN DE LOS CÓNYUGES PARA DISPONER DE
LOS BIENES COMUNES BAJO UN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE
GANANCIALES. ESTUDIOS DE DERECHO ESPAÑOL Y PERUANO*

*LEGITIMACY OF SPOUSES TO DISPOSE OF COMMON PROPERTY
UNDER A REGIME OF COMMUNITY OF PROPERTY. SPANISH AND
PERUVIAN LAW STUDIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 620-657

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IIPP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 22 de diciembre de 2019

RESUMEN: En el contexto de la gestión de los bienes bajo un régimen de sociedad de gananciales adquiere especial relevancia el tema de la legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes. La regulación de esta materia en Derecho español ha permitido a la doctrina clasificar unos tipos de legitimación para disponer. En cambio, el Derecho peruano presenta algunas deficiencias técnicas sobre el particular que complican una adecuada interpretación. Por tal razón, la doctrina peruana no aborda este asunto en forma integral y sistemática, como sí lo hace la doctrina española. Esto ha generado problemas teóricos y prácticos para determinar correctamente los efectos del acto y, en algunos casos, su posible sanción. Debido a las similitudes entre ambos sistemas jurídicos, la cuestión se resuelve con una remisión al Derecho y la doctrina españolas.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de gananciales; bienes comunes; legitimación para disponer; cónyuges; Derecho español; Derecho peruano.

ABSTRACT: *In the context of the management of the property under a regime of community of property, the topic of the legitimacy of spouses to dispose of common property takes on a special relevance. The regulation of this matter in Spanish Law has allowed the doctrine to classify types of legitimacy to dispose. Instead, Peruvian Law has some technical deficiencies in this respect which complicates an adequate interpretation. For this reason, Peruvian doctrine does not address this issue in a comprehensive and systematic manner, as the Spanish doctrine does. This has led to theoretical and practical problems in determining correctly the effects of the act and, in some cases, its possible sanction. Because of the similarities between both legal systems, the question is solved with a reference to Spanish Law and doctrine.*

KEY WORDS: *Regime of community of property; common property; legitimacy to dispose; spouses; Spanish Law; Peruvian Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LEGITIMACIÓN EN GENERAL: CONTENIDO Y ALCANCE.- III. LOS TIPOS DE LEGITIMACIÓN PARA DISPONER DE BIENES COMUNES EN DERECHO ESPAÑOL.- I. Legitimación o habilitación individual.- A) Legitimación puramente individual o exclusiva.- B) Legitimación disjunta o concurrente.- 2. Legitimación o habilitación conjunta.- III. LOS TIPOS DE LEGITIMACIÓN PARA DISPONER DE BIENES COMUNES EN DERECHO PERUANO.- I. Legitimación conjunta: la regla general de la codisposición.- A) Disposición conjunta por ambos cónyuges de consuno.- B) Disposición conjunta con poder especial del otro cónyuge.- 2. Legitimación individual: actos de disposición indistinta o disjunta y actos de disposición puramente individual.- A) Actos de disposición relacionados con la potestad doméstica.- B) Adquisición unilateral de bienes muebles para la sociedad conyugal.- C) Actos de disposición conforme a las leyes especiales.- V. EL PROBLEMA DE LA “ANÓMALA LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL” EN DERECHO PERUANO.

I. INTRODUCCIÓN.

En materia de Derecho de familia, un tema con gran repercusión, y de notable complejidad, es el relativo a la ordenación de las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges entre sí, y respecto a terceros. En este marco, y dentro ya de los llamados regímenes de comunidad (caracterizados por la existencia de un patrimonio común a los cónyuges), un área especialmente problemática y conflictiva es la relativa a la gestión (administración y disposición) de los bienes comunes, que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que siguen este sistema, es conjunta y, más o menos excepcionalmente, individual (con las exigencias formales que pudieran requerirse): así ocurre, con algunas diferencias, tanto en el Derecho español como en el Derecho peruano.

Se puede ver también, con carácter general, que entre el conjunto de actos que están facultados a realizar los cónyuges en relación con sus bienes comunes, un acto de disposición se presenta como el más grave en comparación con uno de administración o de conservación, por cuanto “son actos de disposición aquellos que comprometen el patrimonio al que pertenecen, tales como las enajenaciones, constitución de gravámenes o constitución de derechos reales sobre inmuebles”¹.

I MONFORT FERRERO, M. J.: “Del régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al.), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 1041. Con el mismo alcance define los actos de disposición, en la doctrina peruana, LEÓN BARANDIARÁN, J.: *Manual del acto jurídico*, 4ª ed., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1974, p. 9.

• Romina Santillán Santa Cruz

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: rominasantillansc@gmail.com

Lo anterior permite traer a colación el tema de la legitimación de los cónyuges para disponer, a la que se suele identificar como un requisito de eficacia de los contratos y que merece un adecuado tratamiento pues no siempre coincidirá con la titularidad del derecho. Los cónyuges, según se puede entender, son los únicos legitimados para disponer de los bienes comunes o comprometer su patrimonio común, pero la medida de su intervención vendrá finalmente determinada conforme a lo dispuesto en la regulación vigente de cada orden jurídico. Así, como ya antes se ha advertido, puede pasar que, frente a la regla general de la actuación conjunta de los cónyuges para disponer de los bienes comunes, se establezca excepcionalmente la posibilidad de una disposición individual de tales bienes, que siempre que se efectúe en el seno de lo preceptuado tendrá plena eficacia.

La doctrina española desarrolla un estudio muy completo sobre la legitimación de los cónyuges para administrar y disponer de los bienes comunes, siguiendo para ello un esquema bastante sistematizado e ilustrativo. De acuerdo con esto, dentro del “sistema de administración de la sociedad de gananciales” del Código civil español (en adelante, CC esp.) se presentan tres tipos posibles de legitimación para gestionar —acepción global que comprende las facultades de administrar y disponer— bienes gananciales: (i) conjunta; (ii) indistinta, disjunta o concurrente; y; (iii) puramente individual o exclusiva; estos dos últimos, a su vez, forman parte de una clasificación más general conocida con el nombre de habilitación o legitimación individual, como se verá después con detalle.

Una tipología como la anotada —basada en la legitimación— no ha sido abordada en forma integral ni sistémica por la doctrina peruana: que unas veces hace referencias aisladas a la codisposición² o disposición conjunta³; otras veces, y quizá hasta en mayor medida que la anterior, a la disposición unilateral⁴. Incluso, en alguna oportunidad ha hecho alusión a la disposición arbitraria de los bienes

- 2 Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. y TORRES MALDONADO, M. A.: “El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge”, *Gaceta civil & procesal civil*, 2016, núm. 31, p. 112. De manera más específica, algunos autores prefieren referirse a la “codisposición conyugal”, vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Disposición de los bienes sociales”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 254-255.
- 3 Vid. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 160; y PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención conyugal para disponer bienes sociales en la gestión patrimonial del régimen de sociedad de gananciales y su inconcurrencia como supuesto de ineficacia estructural del acto de disposición”, *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, p. 81.
- 4 Vid. LOAYZA REVILLA, J. S.: “La disposición unilateral de los bienes sociales como un supuesto de nulidad virtual”, *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, p. 131; y AYON CAMARENA, E. M.: *A propósito de la disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge: Vicisitudes y alternativas para el mantenimiento de un sistema coherente en el Código civil peruano*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2016, p. 3. Disponible en <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/ayon_ce.pdf> (Última consulta: 17 octubre 2018). Al respecto, la Sentencia de la Corte Suprema Cas. N° 336-2006-Lima, 28 agosto 2006, también ha señalado: “Para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al otro para ese efecto, de acuerdo [con] el artículo 315 del Código Civil, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges (...)”.

sociales⁵ —terminología que emplea la norma peruana para aludir a los bienes comunes de los cónyuges—. No asigna, sin embargo, a cada una de estas formas de actuación unos elementos distintivos para su identificación teórica y práctica, algo que, evidentemente, dificulta la correcta determinación de sus efectos y la sanción que correspondería asignar frente a la irregularidad de cada supuesto.

El Derecho español presenta una evolución técnica en la forma de abordar el asunto de la legitimación de los cónyuges en materia de gananciales, lo que permite justificar cualquier remisión a su doctrina para trasladarla, en lo que fuere necesario, al Derecho peruano, especialmente cuando lo que se pretende es entender la lógica de las disposiciones contenidas en el art. 315 del Código civil peruano (en adelante, CC per.) —que contiene las reglas aplicables a los actos de disposición de los bienes comunes bajo un régimen de gananciales—, así como el alcance de la legitimación para disponer en el marco de esta última regulación. La propia estructura de la mencionada norma peruana justifica el tratamiento propuesto, pues, como se ha señalado más arriba, aquella contiene varios preceptos en relación con la disposición de los bienes comunes, requiriendo, unas veces, la actuación conjunta de los cónyuges, y otras veces, solo su actuación individual.

Con dicho objeto, se presenta en este trabajo un breve estudio del concepto de legitimación para delinear su contenido y alcance en el ámbito de la disposición de los bienes comunes de los cónyuges. Así mismo, se desarrollan los tipos de legitimación estructurados sobre esta materia en el Derecho español, como ya lo había anticipado. Para finalizar, me ocuparé del estudio de los distintos supuestos de disposición de los bienes comunes que, sobre la base de un esquema de legitimación, se presentarían en el régimen peruano de gananciales.

II. LA LEGITIMACIÓN EN GENERAL: CONTENIDO Y ALCANCE.

En opinión de DE PABLO CONTRERAS, la legitimación, también denominada en Perú “legitimidad”⁶, desde el punto de vista subjetivo, es la aptitud para realizar con eficacia el acto de ejercicio que corresponda sobre los derechos⁷ de que se es titular. En palabras de CUENA CASAS, es “la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata

5 Así, precisamente, CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”, *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, 2010, núm. 9, p. 125, se refiere a la “disposición arbitraria de un bien social por uno de los cónyuges”.

6 En Derecho peruano, suele emplearse el término “legitimidad”, vid. FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales”, *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, p. 27; y MORALES HERVIAS, R.: “La falta de legitimidad en los contratos inoponibles”, *Actualidad Jurídica*, 2013, núm. 230, p. 13.

7 Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Legitimación y representación”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I: Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), 5ª ed., Colex, Madrid, 2015, p. 265.

de regular”⁸. Esta última autora no destaca la posible relación entre legitimación y titularidad.

En la academia peruana, MORALES HERVIAS, siguiendo a BIANCA⁹, define la legitimación como “la capacidad de transferir efectos jurídicos o el poder de disposición del sujeto en relación con una determinada posición jurídica”¹⁰. Bajo el mismo criterio, en opinión de SORIA AGUILAR, debe entenderse por legitimación esa “facultad que tiene la parte de disponer o de transferir las posiciones jurídicas, o las situaciones jurídicas subjetivas, a fin de que el contrato surta efectos”¹¹.

En una posición próxima a dichas ideas, resulta lógico que se considere a la capacidad dispositiva o poder de disposición como una expresión del concepto de legitimación¹², y en su acepción más incipiente, como un atributo de la titularidad. Desde siempre ha solido entenderse que “un sujeto tiene poder de disposición cuando es titular del derecho que se pretende disponer”¹³. En esta línea, MENGONI precisamente apuntaba que, “(...) desde el punto de vista del ordenamiento jurídico la máxima *nemo plus iuris* tiene valor, no tanto de axioma lógico, sino de principio normativo: es una regla jurídica, esto es de naturaleza práctica, recabada por inducción y revestida con la fórmula sugestiva de un principio de necesidad lógica. Bajo este perfil ella significa denegación de eficacia a la enajenación realizada por un no titular, y se identifica con la regla *positiva* de la legitimación para disponer, entendida como límite impuesto a la autonomía privada del enajenante frente a la tutela del tercero titular del derecho (...)”¹⁴.

No obstante, como puede verse de otras de las definiciones citadas, parece más adecuado entender la legitimación como un concepto relacionado con la capacidad para transferir, alcanzar o soportar suficientemente los efectos jurídicos resultantes del acto a realizar. No siempre estará sujeta al criterio de la titularidad del derecho, pues dependerá finalmente del valor que a esta le atribuya cada ordenamiento jurídico, que en determinadas circunstancias puede establecer excepciones a esa coincidencia entre titularidad del derecho y poder de disposición para la generación de los efectos jurídicos. Así, por ej., se puede legitimar la actuación de un *non domino* para proteger al tercero adquirente de buena fe y

8 CUENA CASAS, M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 492.

9 Vid. BIANCA, C. M.: *Derecho Civil III. El contrato*. Traducción de F. HINESTROSA y É. CORTÉS, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 86, citado por MORALES HERVIAS, R.: “La falta de legitimidad”, cit., pp. 13-14.

10 MORALES HERVIAS, R.: “La falta de legitimidad”, cit., pp. 13-14.

11 SORIA AGUILAR, A. F.: “¿Es inválido el acto jurídico de disposición efectuado por un solo cónyuge?”, *Actualidad Jurídica*, 2013, núm. 230, p. 27.

12 Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 27.

13 FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 28.

14 MENGONI, L.: *Gli Acquisti a Non Domino*, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 3, citado por FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 29.

garantizar la seguridad jurídica como piedra angular del sistema jurídico¹⁵, negando de esta manera carácter absoluto al principio *nemo plus iuris*.

Los conceptos de legitimación y titularidad del derecho, como se acaba de anotar, no siempre van a coincidir, por lo que resulta más adecuado tratar a la legitimidad con una amplia perspectiva, identificándola más bien como un requisito de eficacia de los contratos¹⁶. De hecho, algún autor ha señalado que, la legitimidad o legitimación debe ser entendida, “no como un presupuesto de validez del negocio sino como una circunstancia extrínseca al negocio y distinta de la capacidad”¹⁷. Por esta razón, es más acertado abordar el asunto con un concepto de legitimación que goce de la suficiente amplitud, evitando la necesaria coincidencia entre titularidad del derecho y poder de disposición, lo que no significa que la conexión entre ellos no exista o deba romperse, pues, de hecho, lo común es que tales coincidan sin ningún problema y que, por lo general, el ordenamiento jurídico les atribuya los correspondientes efectos jurídicos. Como decía Díez-Picazo, la legitimación es el reconocimiento que hace el ordenamiento a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico y esta posibilidad deriva de la relación existente entre el sujeto que actúa y los bienes o intereses a que su acto afecta¹⁸.

Bajo ese orden de ideas, es mejor que la legitimación sea entendida como esa “cualidad de un sujeto que lo habilita para ser capaz de transferir efectos jurídicos o tener poder de disposición en relación con una determinada posición jurídica”¹⁹. De este modo, el concepto de legitimación se traslada oportunamente al terreno de la eficacia de los actos jurídicos.

La legitimación, dice DE PABLO CONTRERAS, será ordinaria cuando coincida directamente con la titularidad o relación de pertenencia de un derecho a un sujeto, y extraordinaria, cuando el sujeto legitimado a actuar no sea el titular del derecho²⁰. Apunta el autor que “los supuestos más notables de legitimación extraordinaria se presentan cuando el ordenamiento, movido por la necesidad de garantizar la necesidad del tráfico jurídico, confiere aquélla a un titular aparente

15 Vid. FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 29.

16 Vid. MORALES HERVIAS, R.: “La falta de legitimidad”, cit., p. 14; y FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 28.

17 FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 27.

18 Cfr. Díez-Picazo, L.: *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, (Reimpresión, 1992), p. 60.

19 AYON CAMARENA, E. M.: *A propósito de la disposición*, cit., p. 28. En el mismo sentido, la doctrina española entiende el concepto de legitimación bajo la idea de habilitación al sujeto para disponer. Vid. RAMS ALBESA, J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 267 y 296.

20 Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Legitimación y representación”, cit., p. 265.

para ejercitar un derecho que, en rigor, no le corresponde a él sino al titular real (y en detrimento de éste)”²¹.

Desde otra perspectiva, distingue la legitimación en directa e indirecta²². La primera se presenta cuando el titular del derecho y el sujeto que realiza el acto de ejercicio son la misma persona. La segunda, en cambio, se da cuando una persona aparece legitimada sin ser titular del derecho que ejercita, siendo sus actos eficaces en la esfera jurídica de este último²³. A lo que añade el citado autor que, “[s]e da la legitimación indirecta en los supuestos de *representación* (el representante ejercita los derechos de otra persona, actuando en su nombre y por su cuenta) y de *sustitución* (casos en que el ordenamiento permite que una persona ejercite derechos de otra, produciendo efectos en la esfera jurídica de ésta, pero actuando en nombre e interés propios)”²⁴.

Con todo, no debemos olvidar que el objeto central de este trabajo gira en torno a la disposición de los bienes comunes constante régimen de gananciales, en el que tales conforman un patrimonio autónomo, que es distinto del patrimonio privativo de cada cónyuge y del que no se poseen titularidades individualizadas, según se advierte de la doctrina general²⁵. Precisamente, por la naturaleza autónoma de este patrimonio común, desde siempre se ha defendido que en esa relación entre cónyuges y bienes comunes existe un “poder de codisposición” como elemento esencial de la igualdad que entre aquellos debe existir, poder que LACRUZ BERDEJO ha definido como “el poder concurrente de cada cónyuge sobre el acervo común”²⁶; un poder que no se opone al establecimiento de la habilitación individual para disponer de los bienes comunes, ni significa que necesariamente un cónyuge tenga que actuar materialmente unido al otro, de consuno²⁷.

III. LOS TIPOS DE LEGITIMACIÓN PARA DISPONER DE BIENES COMUNES EN DERECHO ESPAÑOL.

Planteadas de tal forma esta cuestión, vamos a desarrollar ahora los tipos de legitimación que se presentan, “en defecto de pacto en capitulaciones” (art. 1.375 CC esp.), dentro del ámbito de la disposición de los bienes comunes del Código

21 DE PABLO CONTRERAS, P.: “Legitimación y representación”, cit., p. 266.

22 Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Legitimación y representación”, cit., p. 266.

23 Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Legitimación y representación”, cit., p. 266.

24 DE PABLO CONTRERAS, P.: “Legitimación y representación”, cit., p. 266.

25 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La sociedad de gananciales”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 250 y ss.

26 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 216.

27 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 261 y 267.

civil español, y que RAMS ALBESA, desde una posición muy particular, ha clasificado como una “tripartición de las habilitaciones”²⁸:

I. Legitimación o habilitación individual.

En el régimen de gananciales regulado por el CC esp. existe un ámbito de incumbencias patrimoniales que pueden ser gestionadas en forma individual por uno u otro de los cónyuges con eficacia *erga omnes*. Esto significa que uno de ellos puede comprometer al consorcio o disponer de bienes comunes sin contar con el concurso, consentimiento, asentimiento o cocontratación del otro, pues de lo contrario se paralizaría una unidad económicamente tan compleja como es la familia²⁹.

Este tipo de legitimación se subdivide en las siguientes dos modalidades:

A) Legitimación puramente individual o exclusiva.

Establecida para el pleno ejercicio de titularidades fiduciarias que un cónyuge ostenta para el consorcio³⁰. De acuerdo con esto, resultarán válidos los actos de disposición de dinero o títulos valores que realice el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1.384, parte final, CC esp.). Del mismo modo, los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por el cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos (1.385-I CC esp.). Tales constituyen normas de legitimación para actuar, conferida al cónyuge que, frente a los terceros, aparezca como titular exclusivo³¹.

Se trata de una “legitimación puramente individual” porque únicamente el cónyuge cuya situación encaje en alguno de los supuestos anteriores quedará legalmente habilitado para realizar los actos de disposición de que se trate, sin que deba ni pueda intervenir el otro cónyuge. Los actos que se celebren bajo estas circunstancias son plenamente válidos y, por consiguiente, eficaces³².

Los arts. 1.384 y 1.385 CC esp. se establecen en beneficio y para protección del tráfico, a fin de evitar, por un lado, que el cónyuge a cuyo nombre aparezcan

28 RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 296.

29 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 294-295. La regulación de esta gestión individual tiene pleno sentido, pues como bien apunta BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, p. 213, “[la] exigencia de intervención conjunta para cada acto de gestión se ha dicho que podría llegar, no sólo a producir un grave perjuicio para la buena marcha de la economía familiar, sino también a paralizar la actividad del tráfico jurídico, y las relaciones en que los cónyuges pudiesen intervenir con terceros”.

30 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 290.

31 Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., p. 217.

32 Vid. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 298.

o en cuyo poder se encuentren determinados bienes comunes, tenga que justificar su titularidad y su poder de actuación³³, así como, por otro lado, que los terceros con quienes se contrate se vean obligados a efectuar comprobaciones sobre la titularidad y el estado de los bienes³⁴. Garantizan, así, la efectiva gestión del patrimonio ganancial y la seguridad de los terceros que contraten con los cónyuges³⁵.

B) Legitimación disjunta o concurrente.

Pensada para el ejercicio de la potestad doméstica (arts. 1.319 y 1.362-I CC esp.), así como para la ejecución de los actos urgentes (art. 1.386 CC esp.)³⁶. Por esta habilitación, cualquiera de los cónyuges puede endeudar al consorcio, adquiriendo bienes y contratando servicios que se consideran necesarios para la buena marcha del hogar y la familia, así como para su adecuada organización interna³⁷. Para estos actos no se requiere de una habilitación específica —como sí sucede en los casos de legitimación propiamente individual—; basta con ser cónyuge bajo régimen de gananciales³⁸.

Así entendido, estamos ante una “legitimación disjunta o concurrente” cuando la norma habilita indistintamente a cualesquiera de los cónyuges a realizar determinados actos, sin excluir la posibilidad de que ambos participen juntos, si así lo desearan. Los actos celebrados individualmente en los casos previstos serán válidos y eficaces. La falta de concurrencia de uno de los cónyuges en estos supuestos no se sanciona por cuanto existe una habilitación individual de carácter legal.

33 Se presume en estos casos que el cónyuge legitimado tiene poder de actuación frente a los terceros con quienes contrata, pero, como precisaron las STS. 17 abril 1967 y 4 julio 1988, ambos cónyuges siguen siendo cotitulares de los bienes y derechos que aparezcan a nombre de uno de ellos o en cuyo poder se encuentren. Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., p. 218. También es necesario tener en cuenta, dada su trascendencia práctica, que la legitimación a la que se hace referencia, deriva del consentimiento tácito que se presume prestado por el otro cónyuge desde el momento mismo en que este admite que el bien o derecho figure a nombre de uno solo de los cónyuges o sea poseído por él en forma exclusiva. Vid. DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Artículos 1.344 al 1.410 del Código civil* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. XVIII, vol. 2, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1999, pp. 440-447.

34 Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 217, 218; y LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., pp. 227, 228.

35 Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., p. 215. Se considera, así pues, que, a través de una legitimación o habilitación individual de gestión al cónyuge titular o poseedor de los bienes comunes, se logra esa protección a los terceros que pretenden los preceptos arriba mencionados. Cfr. ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Del régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al.), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 1073.

36 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 296.

37 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 297.

38 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 297.

2. Legitimación o habilitación conjunta.

En el CC esp. se contiene una amplísima idea de cogestión. Se adopta como verdadera regla general³⁹. Incluso es tomada como previsión genérica⁴⁰: se aplica a todo el resto de situaciones para las que no se ha reservado una gestión individual en cualquiera de sus dos modalidades, las que, como se ha podido ver, están dirigidas a incumbencias muy concretas⁴¹.

Precisamente, BENAVENTE MOREDA señala que, como la regla general aplicable en el Derecho civil español es la de la gestión conjunta del patrimonio ganancial (art. 1.375 CC esp.), la gestión individual constituye tan solo una excepción⁴², por lo que en caso de dudas prevalecerá siempre la regla general de la gestión conjunta, en cuya virtud debe exigirse el consentimiento conjunto de los cónyuges⁴³. Esto reafirma el amplio criterio con que se interpreta la cogestión en el ámbito de los actos dispositivos.

El dato de mayor interés en este tipo de legitimación es posiblemente la sanción que puede acarrear para los actos realizados la falta de concurrencia del consentimiento de uno de los cónyuges. Pero para desarrollar este punto conviene referirse previamente a las formas en que esta legitimación conjunta ha de quedar materializada en la práctica.

RAMS ALBESA dice que, en lo que respecta a la forma, se puede cogerionar el acervo común de dos modos: (i) bien actuando ambos cónyuges de consuno, es decir, contratando al mismo tiempo; o, (ii) bien haciéndolo uno de ellos con el consentimiento del otro, es decir, apareciendo como parte del contrato uno solo de ellos. Para la configuración de la primera modalidad, precisa el autor, sirven tanto la comparecencia personal de ambos cónyuges como la actuación de uno con poder representativo suficiente y acreditado para actuar, o en calidad de mandatario verbal del otro, exigiéndose en este último caso la oportuna ratificación⁴⁴. En la segunda modalidad basta el acuerdo conyugal que habilita a

39 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", cit., pp. 275, 276; y BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., p. 258.

40 Vid. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 296.

41 Vid. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 295.

42 A falta de pacto en capitulaciones, en Derecho español común se exige como regla legal una actuación conjunta de los cónyuges y, más o menos excepcionalmente, se admite la actuación individual. En Derecho aragonés, sin embargo, los actos de disposición tienen como regla residual la actuación conjunta (art. 233 CDFA.), que viene exigida para los supuestos no comprendidos dentro del escenario de una actuación indistinta (art. 230 inc. d. CDFA.) o individual (arts. 231 y 232 CDFA.). Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "La Gestión del Consorcio. Comentarios al art. 233 sobre actuación conjunta de ambos cónyuges", en AA.VV.: *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia* (dir. por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Gobierno de Aragón, 2015, p. 402.

43 Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., p. 258.

44 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 283.

uno de los cónyuges para actuar solo en determinado acto⁴⁵. No existe cogestión en los supuestos legales de actuación individual sobre incumbencias comunes⁴⁶, vistos más arriba.

Dicho esto, es necesario precisar que, en todos los casos en que se requiera la gestión conjunta de los cónyuges, la falta de intervención de alguno de estos estará sujeta a una sanción, la cual variará en función de la onerosidad o gratuidad del acto de disposición realizado. Bajo este orden de ideas, el art. 1.322 CC esp., completando lo dispuesto por el art. 1.377 CC esp., establece, en su parte primera, que “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”. En tanto que, en su parte segunda, esta misma norma señala que “serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”. Este último precepto concuerda con lo regulado por el art. 1.378 CC esp. No cabe ahondar ahora más en este aspecto, por cuanto no constituye parte del objeto central de estudio de este trabajo.

Teniendo en cuenta el desarrollo anterior, en el epígrafe que sigue me ocuparé del estudio de los distintos supuestos de disposición de los bienes sociales que, sobre la base de un esquema de legitimación, se presentarían en el régimen peruano de gananciales.

45 Esta segunda modalidad está permitida en Derecho español —no así en Derecho peruano— en tanto que se encuentra regido por el principio de libertad de regulación, en cuya virtud se reconoce a los cónyuges la libertad de estipular las capitulaciones que tengan por conveniente y que, como efecto propio, implica la posibilidad de pactar acuerdos conyugales que habiliten la actuación individual de alguno de los cónyuges. Esto es posible gracias a que, como apuntan Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 138, el principio de libertad de estipulación “constituye una aplicación particular del principio general de autonomía privada” en materia económico-matrimonial. Pero tal facultad de capitulación atribuida por el CC esp. a los cónyuges estará sujeta a ciertos límites, constituyéndose precisamente en uno de estos el principio constitucional de igualdad. La función de este cardinal principio es impedir todo pacto que consagre una desigualdad radical e irrevocable entre los cónyuges, o que entrañe un desequilibrio excesivo e irrevocable en sus posibilidades de actuación eficaz. Cfr. Martínez de Aguirre Aldaz, C.: “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 243, 244. Por eso, en un sistema económico-matrimonial como el adoptado por el CC esp., “parece claro que, son limitativas de la igualdad de los cónyuges las estipulaciones que conceden a uno de ellos las facultades de administración o disposición de los bienes comunes, o de los privativos del otro cónyuge, de manera irrevocable” (Martínez de Aguirre Aldaz, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 244). Entiéndose, por tanto, que en Derecho español nada impide a los cónyuges la adopción de acuerdos que legitimen la actuación individual de uno de ellos, en forma exclusiva, para la disposición de los bienes comunes; lo que se quiere, en aplicación del principio de igualdad, es que las facultades de disposición dadas en esos términos no se concedan de manera irrevocable, por cuanto en un escenario como este las estipulaciones sí consagrarían una desigualdad radical e irrevocable en las respectivas posiciones de los cónyuges. Vid. Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., pp. 182, 183.

46 Vid. Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 283.

IV. LOS TIPOS DE LEGITIMACIÓN PARA DISPONER DE BIENES COMUNES EN DERECHO PERUANO.

En el régimen peruano de gananciales se contemplan distintos supuestos legales de disposición de los bienes comunes. Las diferentes posibilidades de actuación personal que se acogen para la disposición de estos bienes en la sociedad de gananciales, como es de esperarse, darán lugar a la aparición de diferentes tipos de efectos en la posición patrimonial de los cónyuges, así como en su relación con los terceros que contraten con ellos.

Por esta razón, se analizan, a continuación, los tipos de legitimación para disponer que se pueden extraer del contenido normativo del art. 315 CC per., que a la letra enuncia: “Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales”; siendo pertinente, a este efecto, hacer una remisión necesaria al texto del art. 292.II CC per., que dice: “(…). Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. (...)”, por cuanto de la redacción de esta norma es posible obtener también un supuesto de disposición de bienes comunes, como luego se demuestra.

I. Legitimación conjunta: la regla general de la codisposición.

El art. 315 CC per., parte primera, recoge ampliamente el principio de la cogestión al establecer que “para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer”; principio que, en el ámbito de la disposición de los bienes comunes de los cónyuges, se traduce, más específicamente, como una “codisposición”. Al mismo tiempo, como luego se verá, este Código contiene unos supuestos excepcionales de gestión individual.

Una primera lectura de este precepto, me conduce a afirmar, sin duda, que la codisposición del art. 315 CC per. se presenta como una regla general que implica la actuación conjunta de los cónyuges para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes o sociales, y también, como ha matizado la doctrina⁴⁷, para contraer obligaciones que han de tener incidencia y cumplimiento directo sobre un bien común.

47 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 65. En la doctrina española se sigue este mismo criterio de consideración, vid. ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., p. 1036.

La regla de la codisposición es una consecuencia del principio de igualdad en el matrimonio⁴⁸, cuya aplicación efectiva viene a exigir, precisamente, la colación de idénticos derechos y facultades a los cónyuges, tanto en el aspecto personal, como en el patrimonial, que es el que ahora nos interesa⁴⁹. Este principio de igualdad es, en Derecho peruano, la traducción en materia económico-matrimonial de ese capital principio de igualdad jurídica entre marido y mujer⁵⁰ consagrado por el art. 234, parte II, CC per.: “El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”; principio que, a su vez, representa una particular concreción del derecho fundamental de igualdad ante la ley, previsto por el art. 2 inc. 2 de la Constitución Política de 1993.

Por lo anterior, resulta comprensible que el art. 315 CC per. requiera la conjunta intervención de los cónyuges para disponer de los bienes sociales y gravarlos. Se presentan aquí varios elementos a tener en cuenta. La norma se refiere a las facultades de disponer y gravar cuando podría haber bastado con que mencionase a la “facultad de disponer de los bienes sociales”, pues, como se ha advertido en ocasión anterior, “son actos de disposición aquellos que comprometen el patrimonio al que pertenecen, tales como las enajenaciones, constitución de gravámenes o constitución de derechos reales sobre inmuebles”⁵¹, y aun cuando algunos actos de gravamen (como las garantías reales y el usufructo) no entrañen disposición en sentido estricto, ello es algo que ahora mismo no merece discusión, toda vez que el tratamiento legal que reciben ambos actos —los de disposición y de gravamen—, a los efectos de la intervención que se requiere a los cónyuges para su realización, es el mismo. Véase también que al exigirse “la intervención del marido y la mujer” en los actos de disposición, no se establece distinción alguna entre actos onerosos y gratuitos; tampoco se diferencia entre bienes sociales muebles e inmuebles, lo que conduce a entender que la norma es comprensiva de ambos actos de disposición y tipos de bienes.

Además de estas cuestiones, existen en el art. 315 CC per. otras muy concretas que, si bien están en relación con lo regulado en esta primera parte del precepto, solo se pueden advertir con una interpretación teleológica y *a contrario* de los supuestos de gestión individual, pero que, por una razón de pertinencia, se cree más conveniente reservarlas para los apartados correspondientes.

48 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., pp. 69 y 84.

49 Así lo advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La sociedad de gananciales”, cit., p. 231, desde una visión genérica que resulta aplicable a todo ordenamiento que establezca la co-gestión de los bienes comunes como regla general.

50 Para esta afirmación se siguen los razonamientos de DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., p. 139, dada la similar regulación que sobre la materia existe entre los Derechos español y peruano.

51 MONFORT FERRERO, M. J.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., p. 1041. En el mismo sentido, en la doctrina peruana, LEÓN BARANDIARÁN, J.: *Manual del acto jurídico*, cit., p. 9.

Volviendo a los elementos antes señalados, quizá el más cardinal e importante sea el de la “intervención conjunta de los cónyuges”, que es el concepto con que se puede resumir esa “intervención del marido y la mujer” requerida por el art. 315 CC per. “para disponer de los bienes sociales o gravarlos”. La razón de su importancia tiene alcance teórico y práctico. Para determinar la real dimensión de la legitimación conjunta de los cónyuges en el contexto de la sociedad de gananciales del CC per. y, con ello, de los efectos que ha de desencadenar su falta de configuración en la práctica, es menester conocer, en forma previa, cómo debe interpretarse, de la mano de los estudios doctrinales y jurisprudenciales, la “intervención” que aparece en el texto del art. 315 CC per.

Con una posición tradicional, una de las voces más autorizadas de la doctrina peruana señala que “el sistema de actuación conjunta de los cónyuges implica el ejercicio de una facultad dominical compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la validez de los actos. Se trata, pues, de una coparticipación en la administración y disposición de bienes sociales”⁵². Se defiende la idea de una coparticipación o gestión conjunta que exige indefectiblemente la intervención de ambos consortes en la disposición de los bienes sociales, pues, de no hacerse en estos términos, se afectaría la validez del acto y, por consiguiente, su eficacia.

No es tan claro, en mi opinión, que, como entiende PLÁCIDO VILCACHAGUA⁵³, la intervención conjunta de los cónyuges constituya, en el contexto del art. 315 CC per., un requisito de validez de los actos de disposición de bienes sociales, pues no aparece así configurado expresamente en la norma⁵⁴. El artículo mencionado se limita, en todo caso, a expresar que “se requiere” tal intervención y puede que sea el énfasis gramatical, con modo imperativo, que recibe este fragmento de la norma el que condujera al referido autor a sostener que se trata de un elemento esencial del acto de disposición cuya ausencia condicionaría la validez del mismo; caben, sin embargo, otras interpretaciones.

Desde otra perspectiva, pero bajo la misma orientación anterior, SORIA AGUILAR expresa que “para disponer de un bien social, se requiere que ambos cónyuges intervengan en dicho acto, pues la legitimación, en estos casos, requiere de su participación conjunta”⁵⁵, añadiendo que “cada cónyuge individualmente es

52 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 86.

53 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 86.

54 De hecho, así lo indica también el propio PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 86, cuando dice: “Los arts. 313 y 315 del Código Civil establecen, respectivamente, que «corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social» y «para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer». Sin embargo, no señalan directa ni indirectamente cuál es la consecuencia de su inobservancia, lo que determina incertidumbres doctrinales sobre su precisa naturaleza”.

55 SORIA AGUILAR, A. F.: “¿Es inválido el acto jurídico”, cit., p. 27.

considerado como un sujeto carente de legitimación, es decir, no idóneo para crear, variar o extinguir una relación jurídica respecto del bien”⁵⁶. Sin embargo, esta afirmación no es del todo exacta y tiene matices que se deben acentuar, pues si bien para unas disposiciones de bienes comunes se requerirá la conjunta intervención de los cónyuges, no así para otras. De hecho, el CC per. prevé supuestos en los que cada cónyuge se encuentra legitimado para disponer individualmente de los bienes comunes, como se verá en páginas posteriores.

No obstante, pese a lo sombrío que se presenta este desarrollo doctrinal, el art. 315 CC per. sí ofrece determinadas pautas para adentrarnos en la materia. La “intervención” objeto de análisis, a mi juicio, no puede suponer asentimiento. El asentimiento se define como un acto jurídico unilateral, entre vivos, a título gratuito, no formal y especial para cada acto, mediante el cual el cónyuge no titular simplemente autoriza o expresa su conformidad con el negocio jurídico del consorte, sin hacerse, por ello, parte de dicho negocio⁵⁷. Esto último significa que quien presta el asentimiento no se obliga por las deudas que origine el acto ni responde por cualesquiera otras obligaciones que pudieran devenir con posterioridad⁵⁸. Los efectos del asentimiento dependerán del valor y el alcance que le atribuya cada orden jurídico. Visto así, el asentimiento podría ser un presupuesto de validez del acto dispositivo efectuado por el cónyuge titular del bien del que se dispone⁵⁹ o un elemento de eficacia del mismo⁶⁰.

La “intervención” a que se refiere el art. 315 CC per. presupone la existencia de una cotitularidad de los cónyuges respecto de los bienes sociales. Hay una suerte de coincidencia entre titularidad y ganancialidad: todos los bienes comunes se reputan de titularidad de ambos cónyuges, como ya hemos visto. Además, el régimen peruano de gananciales exige la actuación conjunta de los cónyuges cuando se trate de actos de disposición de bienes sociales que excedan de la potestad doméstica. Por ello no puede sostenerse que la naturaleza de la intervención conyugal del art. 315 CC per. sea la de un mero asentimiento. Este

56 SORIA AGUILAR, A. F.: “¿Es inválido el acto jurídico”, cit., p. 27.

57 Cfr. MEDINA, G.: “Disposiciones comunes a todos los regímenes”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (dir. por J. C. RIVERA y G. MEDINA), t. II, Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 123-124. Cabe advertir que tanto el contenido de esta cita como de otras que corresponden a la doctrina argentina, son de alcance general y, en consecuencia, aplicables al análisis que aquí se realiza sobre Derecho peruano.

58 Cfr. BASSET, U. C. et al.: “Tomo III. Artículos 401 a 723. Relaciones de Familia”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (dir. por J. H. ALTERINI), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 211.

59 Vid. MEDINA, G.: “Disposiciones comunes”, cit., p. 124; SAMBRIZZI, E. A.: *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial*, Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 90, 94; y BASSET, U. C. et al.: “Tomo III. Artículos 401”, cit., p. 211.

60 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., pp. 87-88.

tipo de intervención suele exigirse más en aquellos sistemas en los que la gestión de los bienes de la comunidad descansa sobre un “principio de gestión separada”⁶¹.

De lo dispuesto en el art. 315 CC per. se advierte que “la intervención es la exteriorización de un verdadero *ius disponendi* sobre el bien social, puesto que pertenece a la sociedad conyugal”⁶². Por esta razón, no cabe duda que la “intervención” que analizamos se refiere al consentimiento de los cónyuges. El consentimiento tiene un carácter distinto y más importante que el del asentimiento. Si no concurriera el consentimiento, el acto realizado no tendría por qué afectar al patrimonio social ni oponerse a quien no intervino⁶³ y quizá tampoco frente a otros terceros, dependiendo de lo que se disponga en cada caso. La diferencia entre el asentimiento y el consentimiento es trascendente, pues este último presupondrá que quien lo manifiesta es titular o cotitular del bien que es materia de disposición, y las consecuencias del acto le afectarán en la misma medida que a su codisponente, es decir, el otro cónyuge⁶⁴.

En estos mismos términos se ha manifestado la Corte Suprema, cuya doctrina gira en torno a la tesis del “consentimiento”: “La sociedad de gananciales es un ente jurídico autónomo, titular del derecho de propiedad sobre los bienes sociales, no constituye un régimen de copropiedad, por ello para disponer de los bienes sociales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, no pudiendo haber disposición por parte de uno de ellos de porcentajes de los bienes sociales, por cuanto no existen alcuotas sobre las que cada cónyuge ejerza el derecho de propiedad”⁶⁵.

En aplicación de esta línea de pensamiento jurisprudencial, y reiterando al mismo tiempo el carácter autónomo del patrimonio social, en otra sentencia la misma Corte parece pronunciarse en forma más específica sobre ese “consentimiento de ambos cónyuges”, que, como acabamos de ver, es el que debe estar presente al momento de disponerse de los bienes sociales, y lo hace al puntualizar que se trata de una voluntad coincidente de ambos cónyuges, como se muestra a continuación: “La sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alcuotas, y que es distinto al patrimonio de cada

61 Así precisamente funciona la gestión de los bienes en el régimen de comunidad del actual sistema económico-matrimonial argentino. En virtud del principio de gestión separada, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y gananciales que ha adquirido. No obstante, en forma excepcional, para determinados casos expresamente señalados en las normas pertinentes, se requiere del asentimiento del otro cónyuge, es decir, de aquel que no fuera titular de los bienes propios y comunes del cónyuge que quiere administrarlos, disponerlos, enajenarlos o gravarlos. Vid. un amplio estudio de la materia en BASSET, U. C. et al.: “Tomo III. Artículos 401, cit., pp. 253-263.

62 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 88.

63 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 88.

64 Vid. BASSET, U. C. et al.: “Tomo III. Artículos 401”, cit., pp. 208, 256.

65 Sentencia de la Corte Suprema Cas. N° 837-97-Lambayeque, 5 noviembre 1998, en “El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria”, t. II, pp. 260-261.

cónyuge que la integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges, tal como lo establecen los artículos trescientos trece y trescientos quince del Código Civil, puesto que la voluntad coincidente de ambos cónyuges constituye la voluntad de la sociedad de gananciales⁶⁶.

Sumado a lo anterior, puede que el aspecto más importante que sobre la cuestión ha resaltado la Corte Suprema, se encuentre en el siguiente extracto de la Cas. N° 513-96-Piura, 16 octubre 1997, en la cual —aunque con sentido negativo— se logra poner de manifiesto el alcance de la intervención conjunta que el art. 315 CC per. requiere a los cónyuges para que puedan disponer de los bienes sociales. De acuerdo con esto, se dice que: “El carácter obligatorio del artículo trescientos quince del Código Civil impide que cualquiera de los cónyuges pueda disponer de los bienes sociales sin la intervención del otro, o sin poder especial de este”⁶⁷.

Por razones que se han anticipado, resulta comprensible que a nivel jurisprudencial se equipare la “intervención conjunta” del art. 315 CC per. con la figura del “consentimiento conjunto”, el mismo que debe ser manifestado por ambos cónyuges en los actos de disposición de bienes sociales para los que así se requiera. Sin embargo, cabe hacer algunas matizaciones, por cuanto la regla de la codisposición no supone, necesariamente, que ambos cónyuges deban comparecer en forma personal a celebrar el acto o negocio de que se trate, ya que, como ha podido verse, ellos además se encuentran facultados para actuar mediante poder especial, conforme lo establece *in fine* el primer párrafo del art. 315 CC per. y que esta última casación cumple con poner de relieve.

En cuanto al momento de la emisión del consentimiento de ambos cónyuges en los actos de disposición, queda claro que este puede ser manifestado de modo anterior —como sucede al otorgarse el poder especial a que se refiere la norma— o simultáneo al acto —como sucede cuando ambos cónyuges participan personalmente en su celebración, o cuando, en el mismo acto, se otorga el respectivo poder para que sea el otro cónyuge quien, en representación, lo concluya—. También cabría pensar en la posibilidad de un consentimiento posterior o de confirmación del acto por el cónyuge no actuante, toda vez que el art. 315 CC per. no señala nada expreso al respecto ni establece una sanción en caso de omisión de alguno de los consentimientos. De hecho, varios autores se muestran a favor de la ratificación de los actos de disposición realizados por un solo cónyuge cuando, al momento de la celebración del acto, no hubiese podido

66 Sentencia de la Corte Suprema Cas. N° 3109-98-Cusco-Madre de Dios, 28 mayo 1999, en “El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria”, t. II, pp. 262-263.

67 En “El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria”, t. II, pp. 262-263.

demostrar encontrarse en posesión del poder especial exigido por la norma⁶⁸; punto sobre el que se volverá más adelante.

Dado este planteamiento, son oportunas las palabras de ATIENZA NAVARRO, que, aunque se refieran directamente al régimen español de gananciales, se ajustan perfectamente a la situación advertida en el régimen peruano: “[L]a aplicación de la regla de la cogestión no supone necesariamente que ambos cónyuges hayan de intervenir en el acto o negocio en cuestión. Puede ocurrir que uno solo de ellos actúe y que lo haga con el consentimiento del otro; pero, también, como sucede con frecuencia en la práctica, se admite la actuación individual con la mera aquiescencia expresa o tácita de su consorte”⁶⁹. En este último supuesto, expresa la autora, el patrimonio del cónyuge no actuante no debería responder de las consecuencias negativas de dicho acto⁷⁰; el tema de la prueba juega aquí un rol muy importante y más aún, en el caso del Derecho peruano, cuando se cuestiona la posibilidad de que un acto celebrado en estos términos luego pueda surtir efectos, sin ningún contratiempo, con la sola prestación de conformidad del cónyuge no actuante.

En suma, a la luz de la jurisprudencia peruana antes citada, de la doctrina comparada más elaborada⁷¹ —que goza de una evolución técnica en la forma de abordar el asunto en cuestión— y, fundamentalmente, teniendo en consideración la propia *ratio legis* de la norma objeto de interpretación, puede afirmarse que la regla de la codisposición impuesta por el art. 315 CC per. no debe ser entendida, bajo ningún sentido, como exigencia de una estricta actuación conjunta o en mano común, en virtud de la cual los cónyuges están obligados a comparecer solo personalmente, sino como un actuar en colaboración⁷²: aquí la razón de que la norma admita la intervención conyugal mediante representación.

De acuerdo con lo antes señalado, cabe precisar, entonces, que en el régimen peruano de gananciales existen dos formas de disposición conjunta de los bienes sociales⁷³: la disposición de consuno (A) y la disposición con poder especial del otro cónyuge (B). La disposición sin este poder especial, pero con posibilidad de

68 Vid. TORRES VÁSQUEZ, A.: “Ineficacia del acto jurídico celebrado por el falsus procurator”, *Jus Jurisprudencia*, 2007, núm. 9, p. 11; FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 38; entre otros que se verán más adelante.

69 ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., p. 1036.

70 Vid. ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., p. 1036.

71 Vid. RAMS ALBESA, J. J. *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 282, 283.

72 Resultan ilustrativas, a este efecto, las palabras de ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., p. 1037.

73 Para este desarrollo se siguen los estudios doctrinales de RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 283, sobre las formas de prestación del consentimiento. El autor aborda el asunto de manera general, de modo tal que resulta aplicable a todo sistema que recoja la cogestión como regla de actuación de los cónyuges en los actos de disposición de los bienes comunes. Por ello, en adelante, toda referencia al autor mencionado para explicar cuestiones de la regulación civil peruana, deberá comprenderse bajo la idea antes advertida.

ulterior ratificación, se presenta en su planteamiento más general en el apartado IV, para destacar la problemática que envuelve a la materia.

A) Disposición conjunta por ambos cónyuges de consuno.

En su forma más genuina o auténtica, la “intervención” requerida por el art. 315 CC per. a los cónyuges para disponer de los bienes sociales puede quedar materializada con una actuación conjunta de consuno. En esta modalidad de cogestión del acervo común, ambos cónyuges comparecen personalmente⁷⁴ a celebrar ese acto de disposición que, se entiende, excede de la potestad doméstica; este último es el baremo de consideración que, con base en la norma, ha delimitado la doctrina para exigir la conjunta intervención conyugal⁷⁵.

Así, cuando el Código civil peruano exija a los cónyuges una legitimación conjunta para disponer de los bienes comunes —entiéndase, en contextos que exceden de la potestad doméstica—, y se realice el acto de disposición con la intervención personal de los dos sujetos constituyentes de la sociedad conyugal —siempre que no se cuestione su anulabilidad, por algún vicio de consentimiento u otro de los casos previstos en el art. 221 CC per., ni su nulidad, por alguna de las causas contempladas en el art. 219 CC per.—, el mismo será plenamente válido y, en consecuencia, producirá todos los efectos perseguidos.

B) Disposición conjunta con poder especial del otro cónyuge.

Del art. 315 CC per. se advierte que la cogestión del acervo común también puede llevarse a cabo con la actuación de uno de los cónyuges con poder representativo suficiente conferido por el otro⁷⁶. Esta actuación individual no debe ser confundida, bajo ningún sentido, con un supuesto de legitimación individual. Con dicho “poder especial” la norma ofrece a los cónyuges una posibilidad distinta a la comparecencia personal para concretar la disposición conjunta de los bienes comunes, en la que, según se puede entender, el cónyuge apoderado queda habilitado para actuar tanto en nombre propio como en nombre y en interés del otro cónyuge, su representado⁷⁷; realmente, a los efectos prácticos y queridos por la norma, estarían actuando juntos.

⁷⁴ Vid. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 283.

⁷⁵ Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Disposición de los bienes sociales”, cit., p. 253; CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: “La legislación peruana”, cit., p. 125; ARIAS-STELLA CASTILLO, F.: “La intervención concurrente del cónyuge como requisito de eficacia del acto jurídico según el Artículo 315 del Código civil peruano”, *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*, 2012, núm. 1, vol. 1, p. 35; y AYON CAMARENA, E. M.: *A propósito de la disposición*, cit., p. 22.

⁷⁶ Vid. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 283.

⁷⁷ Este razonamiento se deduce de la propia noción de representación. Vid. VIDAL RAMÍREZ, F.: *El acto jurídico*, 9ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 289-290.

No obstante, si bien la norma admite que los cónyuges puedan actuar mediante representación, el poder especial para la disposición de los bienes comunes solo puede ser otorgado por un cónyuge al otro, mas no en favor de un tercero. Este es el sentido que recoge textualmente *in fine* el primer párrafo del art. 315 CC per., como puede corroborarse con una simple lectura del precepto: “cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad —la facultad de disponer de los bienes sociales—, si tiene poder especial del otro”. El único sujeto que se encuentra habilitado para ser destinatario de este poder especial, en cuya virtud se podrá ejercitar la facultad de disposición de los bienes comunes en el marco de una intervención conjunta⁷⁸, es aquel cónyuge que, por decisión de ambos cónyuges, ha de ser quien comparezca a celebrar el acto.

Que los cónyuges puedan actuar mediante este poder especial se asienta sobre razones de índole exclusivamente práctica. La “intervención” del art. 315 CC per. no puede ser nunca interpretada con rigor dogmático, como si exigiera a los cónyuges una actuación externa de consuno, pues, como se acaba de ver, con este poder especial la norma flexibiliza la participación de los cónyuges, quienes no están obligados a consentir personal, expresa y externamente uno y otro el acto de disposición a realizar, en tanto que “cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro”.

Para los actos de disposición del art. 315, parte I, CC per., el poder debe ser especial⁷⁹. El precepto no especifica una forma determinada para su exteriorización ni determina con precisión el momento en que deberá conferirse. La expresa mención a ese poder especial en el tenor del art. 315 CC per., primigeniamente hace pensar que solo podría tratarse de un poder anterior o simultáneo al acto. Por ello, atendiendo a un criterio sistemático, es más adecuado remitir la solución del asunto a las normas generales sobre representación que aparecen en el Libro II dedicado al “Acto Jurídico”, cuyo art. 156 CC per. establece: “Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”.

Según PRIORI POSADA, cuando se dice que “el poder debe constar en forma indubitable se está exigiendo que el poder se haya otorgado de forma expresa y que

78 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 92.

79 Poner énfasis en este detalle es fundamental, por cuanto, en el marco del art. 313 CC per., para que cualquiera de los cónyuges pueda facultar al otro a realizar exclusivamente la administración de todos o de algunos de los bienes sociales —una administración que excede la potestad doméstica—, será suficiente el otorgamiento de un poder general; esto es así porque el art. 155 CC per. dispone que “el poder general solo comprende actos de administración”, el cual, no obstante ser de naturaleza revocable, puede ser otorgado con carácter irrevocable, siempre que se considere oportuno, en interés común de los cónyuges, y se respete el plazo que para su irrevocabilidad establece el art. 153 CC per., conforme al cual no podrá ser mayor de un año. Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., pp. 91-92.

además, la facultad de disposición o gravamen consten expresamente conferidas”⁸⁰, agregando que, como el poder debe ser otorgado de forma expresa, esto solo puede significar que en estos casos el poder no puede ser otorgado tácitamente⁸¹. MENDOZA DEL MAESTRO, por su parte, sostiene algo contrario, pues según él “del tenor de la norma se dispone que sea *el encargo* (facultad) el que conste en forma indubitable, no el objeto sobre el cual recae ni tampoco a la persona a la cual se debe transferir”⁸². Debido a la existencia de opiniones discrepantes, resulta clave el criterio adoptado por alguna Sala de la Corte Superior de Justicia al respecto: “Cuando la Ley exige el carácter de indubitable del encargo, ello significa que la facultad de disposición de la propiedad o gravamen de los bienes del representado debe aparecer en forma textual, expresa y precisa, excluyendo de esta manera cualquier duda o ambigüedad al respecto. No basta con que el poder señale de forma genérica que se autoriza a disponer de la propiedad del representado, ya que es preciso que se individualice el bien o los bienes materia de la venta”⁸³.

Siendo así, no será válido otorgar un poder general para realizar los actos de disposición a que se refiere la primera parte del art. 315 CC per. Se necesita un poder especial para cada acto de disposición, debiendo limitarse tal poder solo a los actos para los cuales ha sido conferido; no debe extenderse a actos análogos, aunque estos puedan ser considerados como una extensión o resultado natural de los que se han encargado⁸⁴. La indubitabilidad del encargo a que hace mención el art. 156 CC per. comporta que el poder especial deba otorgarse sin lugar a dudas, lo que incluye las exigencias de individualizar el bien materia del encargo y la mención de la naturaleza de este último⁸⁵ (arts. 1532 y 219 inc. 2, *a contrario*, CC per., respectivamente). La interpretación del poder especial debe ajustarse a lo estrictamente indicado en él.

También debe tenerse presente que, por la prohibición a los cónyuges de contratar entre sí respecto de los bienes sociales (art. 312 CC per.), no será válido el acto de disposición que sobre estos realice el cónyuge representante consigo mismo, por cuanto, conforme al art. 166 CC per., “es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. El ejercicio de la acción le corresponde al representado”.

80 PRIORI POSADA, G.: “Poder para actos de disposición”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 512.

81 Cfr. PRIORI POSADA, G.: “Poder para actos de disposición”, cit., p. 512.

82 MENDOZA DEL MAESTRO, G.: “¿Indubitabilidad o literalidad del poder?”, *Actualidad Civil*, 2015, núm. 9, p. 94.

83 Exp. N° 30807-1999, citado por MENDOZA DEL MAESTRO, G.: “¿Indubitabilidad o literalidad”, cit., p. 93.

84 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 92.

85 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., p. 92.

Bajo la lógica de los argumentos anteriores, habría que entender, entonces, al menos desde este primer acercamiento, que las disposiciones de bienes comunes que realice un cónyuge sin dicho poder especial, cuando sí fuera necesaria la intervención conjunta por tratarse de actuaciones que exceden del poder doméstico, no configurarían un supuesto de legitimación conjunta al romperse la regla de la cogestión. Sin embargo, diversas opiniones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales vienen considerando a tales actuaciones como supuestos de disposición unilateral que habría que reconducir a la esfera de la ratificación, como si se tratase de actos de representación directa sin poder⁸⁶. Sobre esto se volverá en breve en el epígrafe titulado “Anómala legitimación individual: actos de disposición unilateral sin poder especial del otro cónyuge” (IV).

2. Legitimación individual: actos de disposición indistinta o disjunta y actos de disposición puramente individual.

Llegado a este punto, es preciso recordar que el sistema económico-matrimonial peruano no se encuentra organizado bajo un “principio de libertad de regulación” que permita a los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales. Esto explica que, en el régimen peruano de gananciales, los cónyuges no puedan celebrar acuerdos para autorizar la actuación puramente individual o exclusiva de uno de ellos en el ámbito de la disposición de los bienes comunes⁸⁷, como sí puede darse en el Derecho español común⁸⁸. En Derecho peruano, los supuestos para la disposición individual de estos bienes solo se establecen a nivel legislativo. No puede legitimarse de manera voluntaria la actuación individual de los cónyuges para disponer; aclaración importante, por cuanto el supuesto del “poder especial”, que antes vimos, es una modalidad que facilita la “cogestión”, mas no un supuesto de legitimación individual por voluntad de los cónyuges.

Se parte de una amplísima cogestión y se deja para la gestión individual, en sus tres modalidades típicas, que ahora vamos a ver, un ámbito muy específico, que queda disciplinado, además de por el precepto relativo a la potestad doméstica (art. 292.II, CC per.), por las reglas que se encuentran recogidas en el párrafo segundo del art. 315 CC per., redactadas en términos muy generales, pero dirigidas, en principio, a incumbencias bien determinadas: una, sobre la adquisición de bienes muebles de naturaleza social, y otra, referida a los supuestos de disposición de bienes sociales contenidos en leyes especiales, cuya esfera de aplicación resulta

86 Vid. TORRES VÁSQUEZ, A.: “Ineficacia del acto jurídico”, cit., p. 11; FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 38; entre otros que después se mencionan.

87 Aunque sí se puede autorizar esta actuación exclusiva en el ámbito de la administración de los bienes sociales, conforme a lo dispuesto por el art. 313 CC per. La posibilidad que tienen los cónyuges de delegar en uno de ellos la administración exclusiva de los bienes no forma parte de una libertad de pactos entre cónyuges, porque, como se ha señalado, esta no existe en Derecho peruano. Se trata, sencillamente, de una habilitación legal.

88 Vid. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 283.

bastante exigua y permite confirmar el carácter excepcional de estos casos frente a la regla general de la codisposición.

Por otro lado, habría que entender, al igual que lo hacen RAMS ALBESA y BENAVENTE MOREDA en relación con el Derecho español común, que la regla de la cogestión, la gran mayoría de las veces, sirve más como previsión genérica⁸⁹, de modo tal que, ante la duda de si un acto encaja o no en un supuesto legal de legitimación individual, la tendencia debería ser la de optar por exigir el consentimiento conjunto, con tratamiento de acto dispositivo⁹⁰, de acuerdo con los términos de la norma destinada a su regulación. Así, precisamente, cabría también entender la regla de codisposición recogida en la primera parte del art. 315 CC per. De acuerdo con este razonamiento, la intervención conyugal conjunta tendría que ser exigida en todos aquellos casos de disposición de bienes sociales para los que el Código civil peruano no hubiera previsto la posibilidad de una actuación individual. Incluso, esta cogestión debería ser la fórmula a seguir en caso de duda sobre la actuación requerida.

Lo antes señalado nos recuerda que ha quedado pendiente una cuestión que merece directa y clara respuesta: ¿conforme al Derecho peruano, qué actos de disposición requieren en su realización de la voluntad conjunta de los cónyuges? Una respuesta lógica es que están sujetos a la cogestión todos aquellos actos de disposición para los que la norma no prevé una legitimación estrictamente individual o una habilitación disjunta. Parece ser, entonces, que no basta con afirmar, como hace la mayor parte de la doctrina peruana⁹¹, que la regla de la conjunta intervención conyugal está pensada para los actos de disposición que exceden de la potestad doméstica. Hacia esta conclusión se dirigen, llevados a sus últimas posibilidades discursivas, todos los razonamientos esgrimidos a lo largo de estas páginas.

Dicho lo anterior, es preciso delimitar analíticamente, como ocurre con la cogestión, cuál es el ámbito material de los supuestos de legitimación individual previstos en el régimen peruano de sociedad de gananciales, los requisitos para su aplicación específica y sus naturales efectos dentro de este sistema. Específicamente, el sistema peruano contiene tres formas típicas de disposición individual de bienes comunes, que estudiaremos a continuación.

89 Cfr. RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 296.

90 Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., p. 258.

91 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Disposición de los bienes sociales", cit., p. 253; CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: "La legislación peruana", cit., p. 125; ARIAS-STELLA CASTILLO, F.: "La intervención concurrente", cit., p. 35; y AYON CAMARENA, E. M.: *A propósito de la disposición*, cit., p. 22.

A) Actos de disposición relacionados con la potestad doméstica.

Según el art. 292, parte II, CC per., “para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges”. De acuerdo con esto, los actos de disposición que pertenecen al ámbito de la potestad doméstica⁹², pueden ser realizados por cualquiera de los cónyuges.

La norma, como se puede ver, establece un “supuesto de legitimación individual disjunta o concurrente”. Por esta habilitación, cualquiera de los cónyuges puede endeudar a la sociedad conyugal, adquiriendo bienes y contratando servicios que se consideran necesarios para el normal desarrollo del hogar, así como para la adecuada organización interna de la familia.

Para realizar estos actos tan solo basta con ser cónyuge bajo régimen de gananciales; no se requiere de una habilitación específica distinta ni adicional a la dispuesta por la norma. Tampoco se excluye la posibilidad de que ambos participen juntos, si así lo desearan. Lo realmente relevante, a los efectos prácticos, es que los actos de disposición relacionados con la potestad doméstica, que se celebren individualmente, serán válidos y eficaces, y que la falta de concurrencia de uno de los cónyuges en estos supuestos no se sanciona por cuanto existe una habilitación individual de carácter legal.

B) Adquisición unilateral de bienes muebles para la sociedad conyugal.

Uno de los preceptos contenidos en la segunda parte del art. 315 CC per. establece que la intervención conjunta de los cónyuges, que incluye, como se ha visto, lo relativo al poder especial, “no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges”. Este dispositivo legal es mucho más complejo de lo que parece y encierra un supuesto adicional a aquel que puede observarse, a simple vista, en su expreso tenor, como inmediatamente se verá.

No cabe duda que el precepto mencionado contiene un “supuesto general de legitimación individual disjunta o concurrente”, en tanto que cualquiera de los cónyuges se encuentra habilitado para efectuar los actos de adquisición de bienes muebles en él mencionados. Cuando los actos realizados encajen en el ámbito material de la norma, serán plenamente válidos y, en consecuencia, eficaces; no pudiendo ser cuestionados por la falta de intervención de uno de los cónyuges.

92 En la doctrina peruana, PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 239, define al poder doméstico como “aquel poder por el cual cualquiera de los esposos podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma”.

Es preciso añadir que este supuesto tampoco excluye la posibilidad de que ambos cónyuges puedan actuar en conjunto, si así lo estimasen conveniente.

Sin embargo, como antes se advirtió, cabe determinar a qué se refiere exactamente la norma cuando alude a “los actos de adquisición de bienes muebles”, pues es precisamente en relación con estos actos, y de estos con tales bienes, que no rige el requisito de la conjunta intervención conyugal.

Como punto de partida cabe entender que para la adquisición de los bienes muebles a que se refiere el art. 315 CC per., el cónyuge que actúa dispondrá de dinero proveniente del caudal común de ambos cónyuges. La razón de que la adquisición individual de estos bienes reciba tratamiento dentro del ámbito de la disposición de los bienes sociales, estriba, como ha señalado unánimemente la doctrina, en que todo acto de adquisición siempre comportará un acto de disposición, en este caso, del dinero común para efectuar la obtención del bien mueble⁹³.

De producirse esta adquisición individual de bienes muebles, con independencia de qué cónyuge hubiese efectuado el acto, el bien únicamente pasará a formar parte del acervo común si para su obtención se empleó dinero proveniente del caudal común. Ahora bien, si se quiere profundizar un poco más en el análisis, cabe distinguir entre bienes muebles no registrables y registrables. Respecto de los primeros, de no poder probarse que el dinero procede del caudal privativo de uno de los cónyuges, regirá la presunción genérica de la naturaleza social de los bienes, y de poder probarse que el bien se adquirió con dinero social, operará el principio de la subrogación real. Mientras que, en el caso de los segundos, si bien resultan aplicables los criterios mencionados, se cuenta además con el mecanismo registral de la rectificación de la calidad de los bienes⁹⁴, por el cual podrá modificarse el carácter del bien cuando el cónyuge que lo adquirió lo hubiera registrado como propio pese a tratarse de un bien de naturaleza social.

Guarda conexión con este tema lo dispuesto en dos normas del Reglamento de Inscripciones del Registro de la Propiedad Vehicular. El art. 12 de este Reglamento establece que para determinar si el bien adquirido tiene o no carácter social bastará con verificar el estado civil del adquirente: “Para determinar el estado civil del adquirente, el Registrador se basará en la declaración efectuada por el adquirente contenido en el título inscribible. Si es una sociedad conyugal, bastará la intervención de cualquiera de los cónyuges manifestando su condición de casado

93 Vid. PLACIDO VILCACHAGUA, A.: “Disposición de los bienes sociales”, cit., p. 255; y VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 204.

94 Vid. art. 85 del Reglamento General de los Registros Públicos, conforme al cual procede rectificar el estado civil del adquirente y, con esto, automáticamente se modificará la calidad del bien inscrito como propio cuando debía ser social. Basta para ello la presentación del acta de matrimonio de fecha actual.

e indicando el nombre y apellidos de su cónyuge, así como el tipo y número de su documento de identidad”. No obstante, conforme a su art. 29, se puede desvirtuar el carácter social de los vehículos adquiridos por persona casada: “Si el adquirente tiene el estado civil casado y adquiere el vehículo en condición de bien propio deberá precisar el número de partida del Registro Personal y la Oficina Registral en donde conste la inscripción de la separación de patrimonios, o acreditar la condición de bien propio”.

Con las cuestiones que anteceden, por vía de interpretación, se pueden extraer los siguientes supuestos del precepto del art. 315, parte II, CC per., que ahora es objeto de análisis:

a) Cualquiera de los cónyuges puede utilizar dinero común para adquirir bienes muebles, los que pasarán a ser de naturaleza social al operar en estos casos una subrogación real; no es necesario el consentimiento conjunto de los esposos para adquirir válidamente estos bienes⁹⁵, salvo que para concretar esta adquisición se tuviera que asumir una deuda social, en cuyo caso se requerirá la intervención conjunta de los cónyuges, conforme al criterio adoptado por la Corte Suprema en la Cas. N° 911-99-Ica, 7 diciembre 1999⁹⁶.

Se entiende que cualquiera de los cónyuges podrá disponer del dinero común para adquirir estos bienes, porque toda adquisición supone siempre un acto de disposición, como ya se había señalado líneas arriba, y que esta adquisición/disposición no requiere de una cogestión. Mas esto no funcionará así cuando la adquisición comporte la asunción de una deuda social, como se ha visto antes, pues en este caso sí se necesitará una actuación conjunta.

b) Si bien, por la propia literalidad del art. 315, segunda parte, CC per., cualquiera de los cónyuges no podría efectuar individualmente actos de adquisición de bienes inmuebles, pues la norma bajo estudio solo sustrae del requisito de la conjunta intervención conyugal a los actos de adquisición de bienes muebles⁹⁷, dejando así fuera del ámbito de aplicación de esta excepción a los bienes inmuebles⁹⁸ que se han de adquirir con dinero común; el Tribunal Registral, más que matizar, ha variado esta disposición con un pronunciamiento que, pese a alejarse del texto mismo de la norma, tiene carácter vinculante.

95 Vid. GUERRA CERRÓN, J. M. E.: “Problema jurídico o social: La transferencia de acciones adquiridas con dinero de la sociedad conyugal”, *Actualidad Civil*, 2014, núm. I, p. 98.

96 Acopiada por MUÑOZ ROJO, M.: “Representación legal de la sociedad conyugal”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por VV. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 170-171.

97 Vid. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: “La legislación peruana”, cit., p. 128.

98 Vid. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 159.

El criterio que se ha fijado a este respecto es el siguiente: “La falta de intervención de la cónyuge en la escritura pública de adjudicación de un inmueble, se subsana con su intervención posterior en la transferencia del bien a terceros, entendiéndose que existe aceptación tácita de la adjudicación a favor de la sociedad conyugal: (...) adicionalmente a que esta instancia se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia en relación a la exigencia de la intervención de la cónyuge del comprador en la adquisición de bienes inmuebles en aplicación del artículo 315 del Código Civil, también es cierto que se han emitido resoluciones de carácter vinculante en cuanto a la manifestación de voluntad expresa o tácita de los contratantes, en base al sustento de que en el sistema jurídico peruano no resulta posible la atribución del derecho de propiedad sin la manifestación de voluntad tanto del transferente como del adquirente, siendo que para estos efectos resulta de aplicación lo previsto en el artículo 141 del Código sustantivo, que establece que la manifestación de voluntad es tácita, cuando de esta se infiere indubitadamente una actitud o circunstancias de comportamiento que revelen su existencia. (...)”⁹⁹.

Como se observa, este pronunciamiento del TR. —con el que, es necesario precisar, el más alto órgano registral reconduce criterios asumidos con anterioridad¹⁰⁰—, legitima la actuación individual de los cónyuges en los actos de adquisición de bienes inmuebles, al señalar que la falta de intervención de un cónyuge en los actos mencionados se subsana en la posterior transferencia del

99 R. N° 430-98-ORLC/TR, 20 noviembre 1998. En *CD Explorador Jurisprudencial 2001-2002*, Gaceta Jurídica. También aparece en *Jurisprudencia Registral*, Año IV, vol. VII, Oficina Registral de Lima y Callao, Lima, 1999, pp. 62-66.

100 En la R. N° 053-96-ORLC/TR, 9 febrero 1996, en *CD Explorador Jurisprudencial 2001-2002*, Gaceta Jurídica, este Tribunal había señalado: “La adquisición de bienes muebles por la sociedad conyugal puede realizarse por cualquiera de los cónyuges, por lo que al no estar mencionados los bienes inmuebles dada la exclusión, contrario sensu se concluye que estos han quedado exceptuados de esta regla, por lo que resulta imprescindible la intervención de ambos cónyuges. (...) (...) el sentir del legislador fue obligar a los cónyuges a actuar conjuntamente en la adquisición de bienes inmuebles toda vez que ello implicaba una disposición de un bien, el dinero de la sociedad conyugal, cuya utilización debía proteger (...)”.

En este mismo sentido, por R. N° 033-96-SUNARP, 9 febrero 1996, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos declaraba que: “la intervención conjunta de ambos cónyuges en los actos de adquisición, disposición o gravamen de bienes sociales inmuebles es requisito ineludible para la inscripción de tales actos en el Registro de la Propiedad Inmueble. Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación en los casos en que uno de los cónyuges tenga poder especial del otro para la realización de alguno de tales actos”. Posteriormente, por R. N° 047-2000-SUNARP-SN, 13 marzo 2000, se matiza lo dispuesto en la Resolución anterior al dejar de requerirse la intervención conjunta para la adquisición a título gratuito de bienes inmuebles, “toda vez que en este supuesto no egresa patrimonio alguno de la sociedad conyugal”. Sin embargo, conforme a la R. N° 430-98-ORLC/TR, 20 noviembre 1998, que se acaba de ver, la intervención conjunta de los cónyuges también deja de ser un requisito ineludible en las adquisiciones a título oneroso de bienes inmuebles.

Sobre el particular, CÁRDENAS QUIRÓS, C.: “Registros públicos y derecho de familia en el Perú”, *Universitas*, 2003, núm. 106, p. 220. Disponible en <<http://www.redalyc.org/pdf/825/82510606.pdf>> [Última consulta: 25 agosto 2019], precisamente ha señalado: “No obstante que el segundo párrafo del artículo 315 del Código Civil se refiere exclusivamente a los casos de adquisición de bienes muebles, sin distinguir, como ha quedado expresado, si tal adquisición se produce a título oneroso o a título gratuito, una disposición posterior, la Resolución N° 047-2000-SUNARP/SN de 13 de marzo de 2000, agregó al segundo párrafo del artículo 2 de la Resolución N° 033-96-SUNARP citada anteriormente la frase “o cuando se trata de una adquisición a título gratuito”, de donde resulta entonces que no se requeriría la intervención de ambos cónyuges en los casos de adquisición de bienes inmuebles a título gratuito, desnaturalizándose así la regla del Código”.

bien a terceros. Véase que, de acuerdo con este criterio, la falta de intervención del cónyuge no invalidaría radicalmente el acto, pues este sería subsanable en la vía registral. No obstante, surge una interrogante: ¿qué pasa si el cónyuge no interviniente no desea esperar a la próxima transferencia para subsanar su falta de intervención en el acto de adquisición del inmueble social?

La subsanación de la falta de intervención de uno de los cónyuges en el acto de transferencia posterior al de adquisición, tiene más una finalidad práctica que de ajustamiento al requisito de la conjunta intervención conyugal: lo que busca esa subsanación es facilitar la transferencia del bien al nuevo comprador. No obstante, se espera que el no interviniente colabore en la transferencia posterior, subsanando su falta de intervención, porque de este modo el dinero que se obtenga como producto de aquella ingresará directamente al patrimonio común. De no producirse una próxima transferencia, el cónyuge que no intervino en el acto de adquisición del inmueble social siempre podrá poner en marcha el mecanismo registral de la rectificación de la calidad del bien¹⁰¹.

C) Actos de disposición conforme a las leyes especiales.

Otro de los preceptos contenidos en la segunda parte del art. 315 CC per. establece que la regla de la codisposición “no rige en los casos considerados en las leyes especiales”. La finalidad del precepto es habilitar la “actuación puramente individual” de los cónyuges en casos muy concretos, regulados por leyes especiales, que a continuación tendremos oportunidad de ver. Esta regulación civil también dejaría abierta la posibilidad de incorporar al régimen, mediante leyes especiales, nuevos casos de disposición individual de los bienes comunes, pero siempre observando el carácter excepcional que estos deben tener.

Un primer caso está recogido en la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores. Esta establece en su sexta disposición final que, “en la transferencia o constitución de gravámenes sobre títulos valores emitidos o transferidos a favor de una persona natural, no se requiere la intervención del cónyuge. La misma regla rige para los valores representados mediante anotación en cuenta”. La norma, como se puede apreciar, habilita a cada cónyuge a realizar de manera puramente individual la transferencia o constitución de gravámenes sobre títulos valores. Queda también legitimada su adquisición sin la intervención del otro cónyuge.

¹⁰¹ Vid. art. 15 del Reglamento de Inscripción del Registro de Predios: “Cuando uno de los cónyuges, manifestando un estado civil distinto al que le corresponde hubiere inscrito a su favor un predio al que la Ley le atribuye la calidad de bien social, la rectificación de la calidad del bien se realizará en mérito a la presentación de título otorgado por el cónyuge que no intervino o sus sucesores, insertando o adjuntando la copia certificada de la respectiva partida de matrimonio expedida con posterioridad al documento de fecha cierta en el que consta la adquisición. Para la rectificación del estado civil es de aplicación lo dispuesto en el artículo 85 del Reglamento General de los Registros Públicos”.

Un segundo caso se presenta en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Respecto del contrato de cuenta corriente bancaria, esta Ley dispone en su art. 227 que “en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta”. Se legitima, así, al cónyuge titular de la cuenta corriente a efectuar, de manera propiamente individual, todas las operaciones que le sean permitidas, presumiéndose de pleno derecho el consentimiento del cónyuge no titular de la cuenta.

El tercer y último caso de actuación individual se encuentra previsto en la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios¹⁰² (Decreto Legislativo N° 650). Su art. 39 señala que “la compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de bien común sólo a partir del matrimonio civil (...) y mantendrá dicha calidad hasta la fecha de la escritura pública en que se pacte el régimen de separación de patrimonios o de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ponga fin a dicho régimen”, precisando que para la afectación en garantía, el retiro parcial o total del depósito en caso de cese del vínculo laboral, “se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador cuenta con el consentimiento correspondiente para realizar tales actos”. Esta presunción de consentimiento del cónyuge no titular de la cuenta CTS., a diferencia del caso anterior, sí admite prueba en contrario. Para desvirtuarla, basta que el cónyuge, cuya condición acredite, lo manifieste por escrito al empleador y a la entidad depositaria del dinero. La Ley no señala cuál es el efecto de esta manifestación, pero se debería exigir la inmediata reposición del dinero en la cuenta.

Todos estos constituyen supuestos especiales de legitimación para actuar, conferida al cónyuge que, frente a terceros, aparece como titular exclusivo de la cuenta corriente, cuenta CTS. o de los títulos valores, pudiendo ejercer los derechos y facultades que en cada caso le correspondan. De acuerdo con esto, siempre que los actos de disposición, del dinero o de los títulos valores, se realicen dentro del cauce típico de cada uno de los supuestos mencionados, los mismos resultarán válidos y plenamente eficaces.

En estos casos, sin embargo, podrían presentarse discusiones sobre la posible divergencia entre titularidad y ganancialidad. No obstante, lo cierto es que tal quiebra existe únicamente en el ámbito externo de la sociedad de gananciales, donde, desde el punto de vista de las relaciones de tráfico, y para que estas queden efectivamente amparadas, es el titular formal quien debe actuar porque es él quien se encuentra legalmente legitimado para hacerlo.

¹⁰² En adelante, CTS.

Mas no debe olvidarse, al margen de tales preceptos, que el “cónyuge no titular”, es decir, aquel a cuyo nombre no aparecen los bienes o derechos, estará igualmente legitimado, por el solo hecho de tener la condición de cónyuge, para tomar acciones posteriores sobre los actos dispositivos de tales derechos, de los que, si bien aparece formalmente como titular el otro cónyuge, puede reclamar, en la vía que corresponda, la protección de sus intereses. Así queda, al menos, aclarado por la Ley de CTS., que permite al “cónyuge no titular” la posibilidad de desvirtuar la presunción de su consentimiento en los actos de disposición que se efectúen sobre dicha cuenta.

En otros casos, como el de la cuenta corriente bancaria, tal consentimiento se presume de pleno derecho, por lo que su finalidad no parece ser otra que la de agilizar y proteger el tráfico jurídico cuando los bienes sociales se encuentren externamente asignados a un solo cónyuge. No obstante, subsistirán para este último unos deberes de información y reporte porque dichos bienes siguen siendo de titularidad conjunta de ambos cónyuges¹⁰³ y su manejo inadecuado puede motivar la adopción de medidas, como la sustitución judicial del régimen (arts. 297 y 329 CC per.), por parte del cónyuge agraviado.

V. EL PROBLEMA DE LA “ANÓMALA LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL” EN DERECHO PERUANO.

Antes se ha visto que la actuación de un cónyuge con el poder especial conferido por el otro, es una modalidad que permite conservar la regla de la codisposición de los bienes sociales. No obstante, existe actualmente una arraigada posición en la doctrina y la jurisprudencia peruanas a favor de considerar a los actos de disposición realizados por un solo cónyuge sin poder especial del otro como supuestos de ineficacia en los que cabría, sin más, la ratificación de dicho poder¹⁰⁴. Sin embargo, esta posibilidad no aparece prevista entre los preceptos reguladores del régimen peruano de sociedad de gananciales.

Alguna opinión de la doctrina peruana pone en duda que quepa sustituir el poder especial a que alude el art. 315 CC per. por una ratificación posterior, pues conforme al art. 156 CC per. cuando se trate de actos de disposición o gravamen de bienes el poder debe constar en forma indubitabile; indubitabilidad que exige que “el poder se haya otorgado de forma expresa y que además, la facultad de disposición o gravamen consten expresamente conferidas”¹⁰⁵, lo que

103 Vid. ARATA SOLIS, M.: “La responsabilidad extracontractual de los cónyuges sujetos a régimen de comunidad de gananciales”, *Actualidad Civil*, 2015, núm. 11, p. 149.

104 Vid. TORRES VÁSQUEZ, A.: “Ineficacia del acto jurídico”, cit., p. 11; y FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., p. 38.

105 PRIORI POSADA, G.: “Poder para actos de disposición”, cit., p. 512.

significaría, de acuerdo con esta posición, “que en estos casos el poder no puede ser otorgado tácitamente”¹⁰⁶.

Posiblemente, la única objeción que pueda plantearse frente a la posición anterior es que el argumento está centrado en el art. 156 CC per. y no tanto en el art. 315 CC per., que no precisa, en forma específica, el momento de la intervención del cónyuge para disponer o gravar el bien social, por lo que de presentarse un conflicto, este incidiría, en todo caso, en una falta de representación, surgiendo así la posibilidad de remitir la solución del asunto a lo previsto en los arts. 161 y 162 CC per., que se refieren, respectivamente, a la ineficacia y a la ratificación de los actos celebrados sin representación¹⁰⁷.

De admitirse la tesis de la ineficacia y de la posibilidad de ratificación, la disposición de un bien social sin el poder antes descrito solo podría configurarse como un supuesto de “anómala legitimación individual”, cuya habilitación y efectos encontrarían su fundamento en las más recientes decisiones judiciales¹⁰⁸. Pero, ¿es que acaso los supuestos de actuación individual para la disposición de los bienes comunes pueden quedar establecidos en la vía judicial? ¿no deberían quedar determinados exclusivamente mediante leyes especiales, conforme a la segunda parte del art. 315 CC per.? Este tema es el que reviste mayor complejidad y merece un detenido análisis, que ahora mismo no puede realizarse porque ello excedería de objeto de estudio propuesto.

Como se acaba de ver, la problemática gira principalmente en torno a los actos de disposición de bienes comunes que, requiriendo la intervención conjunta de los cónyuges, son realizados por uno solo de ellos sin el consentimiento del otro cónyuge o sin la posibilidad de demostrarlo. De entrada, este escenario podría configurar un supuesto general de falta de legitimación para ejercer las facultades de disposición y gravamen a que alude el art. 315 CC per., pero el camino se divide ante la posibilidad de subsanar esa falta de legitimidad, lo que daría lugar a una “anómala legitimación individual”, algo que, sin duda, podría dar lugar a otro trabajo de investigación más específico.

Tampoco facilita mucho las cosas el hecho de que el art. 315 CC per. no prevea una sanción específica para la situación que se describe, ya que ello ha dado lugar a múltiples y diversas interpretaciones: tantas como sanciones posibles. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en general, han buscado la solución al problema

106 PRIORI POSADA, G.: “Poder para actos de disposición”, cit., p. 512.

107 Vid. Sentencia de la Corte Suprema Cas. N° 907-2008-Arequipa, 24 julio 2008 (VLEX-65121325).

108 Vid. Sentencias de la Corte Suprema Cas. N° 3056-2002-Lima, 6 junio 2003 (VLEX-32341913); Cas. N° 907-2008-Arequipa, 24 julio 2008 (VLEX-65121325) y Cas. N° 3437-2010-Lima, 9 junio 2011 (cuyos extractos más relevantes son citados por AYON CAMARENA, E. M.: *A propósito de la disposición*, cit., pp. 26, 27).

planteado en el estudio de la naturaleza de la actuación conjunta exigida por el art. 315 CC per.¹⁰⁹ —debatiendo si esta es un requisito de validez o de eficacia del acto¹¹⁰—, originando discusiones que oscilan entre la nulidad¹¹¹, la ineficacia¹¹² e inoponibilidad¹¹³, incluso, en la rescisión por disposición de bien ajeno¹¹⁴. Este tema, hasta la actualidad, constituye una fuente importante de los problemas que acaecen en el ámbito familiar del Derecho peruano.

109 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., pp. 86-100; y FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., pp. 30, 31; entre muchos otros que, en la misma medida, se han dedicado al estudio del tema.

110 Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. y TORRES MALDONADO, M. A.: “El lado oscuro del artículo 315”, cit, pp. 105-111; y LOAYZA REVILLA, J. S.: “La disposición unilateral”, cit., pp. 129-131.

111 Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “La naturaleza de la intervención”, cit., pp. 109, 110; y LOAYZA REVILLA, J. S.: “La disposición unilateral”, cit., p. 136. También a favor de la tesis de nulidad, aunque con algunos matices, VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: “La disposición de los bienes conyugales es de interés familiar”, *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, p. 114.

112 Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: “La disposición de los bienes conyugales”, cit., pp. 113-114; FERNÁNDEZ BOCANEGRA, L. D.: “La ineficacia generada por el falso representante y el eterno retorno de los justiciables a los laberintos judiciales”, *Actualidad Civil*, 2014, núm. 1, pp. 68-83; y TORRES VÁSQUEZ, A.: “Ineficacia del acto jurídico”, cit., pp. 7-12.

113 Vid. MORALES HERVIAS, R.: “La falta de legitimidad”, cit., pp. 13-21; y TORRES VÁSQUEZ, A.: “Inoponibilidad del acto jurídico”, *Actualidad Civil*, 2015, núm. 9, pp. 86-87.

114 Vid. NINAMANCCO CORDOVA, F.: “Disposición de bienes sociales por un solo cónyuge”, *Diálogo con la jurisprudencia*, 2012, núm. 168, p. 92; y FERNÁNDEZ CRUZ, G.: “La disposición de bienes conyugales”, cit., pp. 32-33.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR LLANOS, B.: La Familia en el Código Civil peruano, Ediciones Legales, Lima, 2008.

ARATA SOLÍS, M.: "La responsabilidad extracontractual de los cónyuges sujetos a régimen de comunidad de gananciales", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 11, pp. 146-163.

ARIAS-STELLA CASTILLO, F.: "La intervención concurrente del cónyuge como requisito de eficacia del acto jurídico según el Artículo 315 del Código civil peruano", *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*, 2012, núm. 1, vol. 1, pp. 33-37.

ATIENZA NAVARRO, M. L.: "Del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al.), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 1060-1079.

AYON CAMARENA, E. M.: *A propósito de la disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge: Vicisitudes y alternativas para el mantenimiento de un sistema coherente en el Código civil peruano*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2016. Disponible en <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/ayon_ce.pdf> (Última consulta: 17 octubre 2018)

BASSET, U. C. et al.: "Tomo III. Artículos 401 a 723. Relaciones de Familia", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (dir. por J. H. ALTERINI), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 185-263.

BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

CÁRDENAS QUIRÓS, C.: "Registros públicos y derecho de familia en el Perú", *Vniversitas*, 2003, núm. 106, pp. 207-228. Disponible en <<http://www.redalyc.org/pdf/825/82510606.pdf>> (Última consulta: 25 agosto 2019).

CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: "La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales", *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, 2010, núm. 9, pp. 107-143.

CUENA CASAS, M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Artículos 1.344 al 1.410 del Código civil* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. XVIII, volumen 2, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1999.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Legitimación y representación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), 5ª ed., Colex, Madrid, 2015, pp. 265-282.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "La Gestión del Consorcio. Comentarios al art. 233 sobre actuación conjunta de ambos cónyuges", en AA.VV.: *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia* (dir. por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Gobierno de Aragón, 2015, pp. 397-442.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, (Reimpresión, 1992).

FERNÁNDEZ BOCANEGRA, L. D.: "La ineficacia generada por el falso representante y el eterno retorno de los justiciables a los laberintos judiciales", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 1, pp. 68-83.

FERNÁNDEZ CRUZ, G.: "La disposición de bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, pp. 24-39.

GUERRA CERRÓN, J. M. E.: "Problema jurídico o social: La transferencia de acciones adquiridas con dinero de la sociedad conyugal", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 1, pp. 94-115.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.

LEÓN BARANDIARÁN, J.: *Manual del acto jurídico*, 4ª ed., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1974.

LOAYZA REVILLA, J. S.: "La disposición unilateral de los bienes sociales como un supuesto de nulidad virtual", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, pp. 124-138.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 223-248.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 249-294.

MEDINA, G.: "Disposiciones comunes a todos los regímenes", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (dir. por J. C. RIVERA y G. MEDINA), t. II, Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 113-134.

MENDOZA DEL MAESTRO, G.: "¿Indubitabilidad o literalidad del poder?", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 9, pp. 88-94.

MONFORT FERRERO, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al.), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 817 y ss.

MORALES HERVIAS, R.: "La falta de legitimidad en los contratos inoponibles", *Actualidad Jurídica*, 2013, núm. 230, pp. 13-21.

MURO ROJO, M.: "Representación legal de la sociedad conyugal", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 168-171.

NINAMANCCO CÓRDOVA, F.: "Disposición de bienes sociales por un solo cónyuge", *Diálogo con la jurisprudencia*, 2012, núm. 168, p. 92.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Disposición de los bienes sociales", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 253-258.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "La naturaleza de la intervención conyugal para disponer bienes sociales en la gestión patrimonial del régimen de sociedad de gananciales y su inconcurrencia como supuesto de ineficacia estructural del acto de disposición", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, pp. 40-110.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

PRIORI POSADA, G.: "Poder para actos de disposición", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 512-513.

RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

SAMBRIZZI, E. A.: *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial*, Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

SORIA AGUILAR, A. F.: “¿Es inválido el acto jurídico de disposición efectuado por un solo cónyuge?”, *Actualidad Jurídica*, 2013, núm. 230, pp. 23-27.

TORRES VÁSQUEZ, A.: “Ineficacia del acto jurídico celebrado por el falsus procurator”, *Jus Jurisprudencia*, 2007, núm. 9, pp. 7-12.

TORRES VÁSQUEZ, A.: “Inoponibilidad del acto jurídico”, *Actualidad Civil*, 2015, núm. 9, pp. 78-87.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. y TORRES MALDONADO, M. A.: “El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge”, *Gaceta civil & procesal civil*, 2016, núm. 31, pp. 99-116.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: “La disposición de los bienes conyugales es de interés familiar”, *Actualidad Civil*, 2016, núm. 19, pp. 112-114.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

VIDAL RAMÍREZ, F.: *El acto jurídico*, 9ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013.



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA CAUSACIÓN DOLOSA
O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL

*MORAL DAMAGES DERIVED FROM THE DECLARATION OF THE
MALICIOUS OR NEGLIGENT CAUSE OF THE NULLITY OF MARRIAGE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 660-675



José Ramón
de VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente trabajo analiza de manera crítica la experiencia jurisprudencial española sobre el resarcimiento del daño moral causado por la declaración de nulidad de un matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; nulidad; daño moral; responsabilidad civil.

ABSTRACT: *This paper critically analyzes the Spanish jurisprudential experience on the compensation of moral damage caused by the declaration of annulment of a marriage.*

KEY WORDS: *Marriage, nullity; moral damage; civil liability.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.- 1. La reserva mental.- 2. El error en cualidad personal.- III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 98 Y 1902 CC.- IV. LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO IN CONTRAHENDO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El presente trabajo tiene como finalidad el examen de la cuestión relativa a la aplicación del principio de responsabilidad, con el fin de resarcir los daños morales ocasionados a uno de los contrayentes, cuando el otro origina, dolosa o negligentemente, la nulidad matrimonial.

A este respecto existen diversos fallos jurisprudenciales, recaídos con ocasión de declaraciones de nulidad por reserva mental y por error doloso en cualidad personal¹, si bien dichos fallos no son unánimes al identificar el fundamento jurídico del resarcimiento, aplicando las sentencias más recientes, bien el art. 98 CC, bien el art. 1902 CC.

a) La reserva mental tiene lugar cuando uno de los contrayentes excluye la causa del matrimonio, mediante un acto de voluntad interno, no manifestado externamente. Quien realiza la reserva mental no desea, pues, asumir el estado civil de casado, sino solamente su mera apariencia para lograr un efecto que la ley asigna a dicho estado, por ejemplo, la tarjeta de residente comunitario, cuando se trata de un contrayente extranjero que se casa, con tal fin, con un español. La reserva mental es causa de nulidad del matrimonio civil, como lo es del canónico, teniendo actualmente encaje en el art. 73.1º CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981,

¹ En cambio, respecto del otro caso que claramente podría dar lugar a un daño moral, esto es, la declaración de nulidad por coacción o miedo grave, solo he encontrado la vieja STS 21 enero 1957 (RJ 1957, 1133).

de 7 de julio, el cual declara nulo “El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”², tal y como sostiene el común de los autores³ y la jurisprudencia⁴.

b) El art. 73.4º CC, redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece como causa de nulidad el error en aquellas cualidades personales del otro contrayente, que “por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento”⁵. Se trata, pues, de un error que recae sobre cualidades personales del otro contrayente, determinantes de la prestación del consentimiento de quien se equivoca, y de “entidad”, lo que remite a una valoración objetiva que, a mi parecer, debe ser realizada con arreglo a un criterio sociológico, teniendo en cuenta el

2 Cabe plantear hasta qué punto la admisión de la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio es conciliable con el interés público a la certeza y seriedad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

A mi entender, esta ida debe resolverse partiendo de la idea de la especificidad del negocio jurídico matrimonial respecto del contrato.

En el ámbito del Derecho de la contratación la exigencia de seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales (a los efectos de favorecer la circulación de la riqueza) justifica sobradamente que, en virtud del principio de responsabilidad negocial, nadie pueda invocar en perjuicio de la otra parte contratante una causa de nulidad imputable a la propia conducta dolosa de quien la alega.

Sin embargo, tal consecuencia parece desmesurada respecto del matrimonio, que no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud dos personas asumen una plena comunidad de vida; y, de ahí, que deba tutelarse exquisitamente la *realidad* del consentimiento nupcial; y ello frente a otras consideraciones, debiendo prevalecer el interés privado de los contrayentes a demandar la nulidad del matrimonio contraído con reserva mental frente al interés público a la seguridad de las relaciones matrimoniales y a la estabilidad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. La categoría de la nulidad matrimonial ha de vertebrarse sobre la idea-fuerza del valor preeminente de la persona sobre la institución, lo que debe traducirse en una inequívoca protección de la voluntad real de los contrayentes, frente a desmesuradas consideraciones de utilidad social o de estabilidad del vínculo.

3 La doctrina actual es favorable al reconocimiento de la reserva mental como causa de invalidez matrimonial. *Id.*, en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Barcelona, 10ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, p. 85; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 77; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 833-834; DORAL GARCÍA, J. A.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 704; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 218; HORNERO MÉNDEZ, C.: “Las crisis matrimoniales”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (dir. A. LÓPEZ Y LÓPEZ Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 69; LINACERO DE LA FUENTE, Mª: “Nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. Mª LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 132; MONJE BALMASEDA, O.: MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dirs. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, p. 72; ROCA I TRIAS, E.: “Los requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA I TRIAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 73; TOLDRA I ROCA, Mª D.: “La reserva mental en el matrimonio civil”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, pp. 519 ss.; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona 1996.

4 La jurisprudencia de instancia, en efecto, ha ido también progresivamente admitiendo la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio. *Id.*, en este sentido, entre otras, SAP Barcelona 8 noviembre 1999 (AC 1999, 2588), SAP Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031), SAP Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775), SAP Málaga 22 enero 2009 (JUR 2009, 199377), SAP Barcelona 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 151111), SAP Vizcaya 20 mayo 2010 (JUR 2010, 409090) y SAP Vizcaya 30 abril 2019 (JUR 2019, 226249), la cual, no obstante, ha denegado la pretensión de resarcimiento del daño moral derivado de nulidad de matrimonio, indicando que dicha pretensión debiera de haberse encauzado a través del art. 1902 CC.

5 Sobre esta causa de nulidad puede verse CARRIÓN OLMOS, S.: *El art. 73.4 del Código civil (Notas para su estudio)*, *Revista de Derecho Privado*, 1987, pp. 646 ss., pp. 789 ss., pp. 862 ss.; COBACHO GÓMEZ, J. A.: *El error en el matrimonio*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 239 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El error en el matrimonio*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1997.

sistema de valores, no sólo de la entera sociedad, sino también el imperante en el círculo social en el que se mueven los contrayentes.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

Examinaré el estado de la cuestión que nos ocupa en la jurisprudencia, distinguiendo los dos supuestos típicos en los que tienen la condena al rescabimiento.

I. La reserva mental.

A propósito de la reserva mental hay que hacer referencia a una conocida sentencia del TS⁶, recaída, sin embargo, en un caso en el que la declaración de nulidad había tenido lugar en la jurisdicción eclesiástica, acudiéndose posteriormente a la vía civil para pedir el rescabimiento del daño moral.

El recurrente había contraído matrimonio canónico, como un simple medio para poder mantener relaciones sexuales con la recurrida, “sin considerarse atado permanentemente”, lo que alegó, con éxito, ante los tribunales eclesiásticos, a los efectos de obtener la nulidad de tal matrimonio. Declarada la nulidad, la mujer demandó y obtuvo de la jurisdicción civil, en primera instancia, una indemnización de cinco millones de pesetas, en concepto de rescabimiento de daños y perjuicios (morales y materiales), por considerarse al marido “único responsable doloso del matrimonio entre ambos”. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia dictó sentencia, por la que se rebajó la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas.

Contra la sentencia de la Audiencia el demandado interpuso recurso de casación, invocando, entre otros motivos, infracción de ley, por aplicación indebida del art. 1269 CC (alegando la existencia de coacciones morales y materiales por parte de la demandante, tendentes a obligarle a la celebración del matrimonio, lo que, a su juicio, venía a excluir las pretendidas maquinaciones insidiosas) y por interpretación errónea del art. 1270 CC (razonando que, aunque pudiera entenderse que él había actuado dolosamente, debía también considerarse doloso el comportamiento de la demandante, que no se había opuesto a la demanda de nulidad, “lo que hubiera sido lo lógico, considerando los daños y perjuicios que más adelante han sido alegados”).

El TS desestimó el recurso, declarando que la sentencia recurrida no había interpretado indebidamente el art. 1269 CC, porque “los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave [...] puesto que el recurrente se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente,

6 STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707).

circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente recurrida hubiera impedido la celebración de la boda. Como variedad dentro de la conducta dolosa seguida por el recurrente, puede considerarse que aquélla incidió en clara reserva mental, como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio, pues hubo una manifiesta discordancia consciente entre voluntad y declaración, circunstancia ocultada a la otra parte al silenciar, que se expresaba en forma deliberadamente disconforme con lo que derivaba de sus términos y de su verdadera voluntad, de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte”.

El TS consideró, además, no haber existido interpretación errónea del art. 1270 CC, observando que “el recurrente, amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal y abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”.

Creo que la solución a la que llega el TS ha de compartirse, pero no, así, el fundamento jurídico en el que se basa el fallo. A nuestro parecer, es totalmente improcedente fundamentar la indemnización del daño moral resultante de la impugnación de la validez del matrimonio en los arts. 1269 y 1270 CC; y ello, por dos razones: en primer lugar, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que no origina obligaciones contractuales para quienes lo contraen; y, en segundo lugar, porque, en el momento en el que tal daño se produce, no hay todavía ningún vínculo jurídico entre los contrayentes, sino un deber de éstos de actuar con buena fe, para no defraudar la confianza del otro en la validez del matrimonio, la cual queda truncada, cuando, al tiempo de celebrarse aquél, concurren causas de nulidad imputables al comportamiento malicioso o negligente de uno de ellos.

2. El error en cualidad personal.

Son varias las sentencias de instancia en las que, además, de declararse la nulidad de matrimonio por error, se concede una indemnización de daños y perjuicios morales o materiales al demandante, al haber sido causado el vicio del consentimiento por la conducta contraria a la mala fe del otro contrayente, que no le advierte de dicho error.

Se ha declarado la nulidad de un matrimonio, al haber prestado el demandante el consentimiento, creyendo equivocadamente que el hijo que esperaba de su futura esposa era suyo, y condenado a la demandada al pago de los gastos de boda⁷.

Se ha declarado también la nulidad de un matrimonio por error; consistente en el desconocimiento, por parte de la mujer, de la orientación homosexual de su marido y condenado a éste al pago de una indemnización de 6.000 euros, que aquélla demandaba por “el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido”⁸.

Igualmente, se ha declarado la nulidad del matrimonio, por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenándose a este último al pago de 12.000 euros, en concepto de indemnización⁹.

Se ha condenado también al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros, por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien había ocultado que, tres años antes de contraer matrimonio, se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH. La declaración de nulidad había sido previamente declarada, según parece, por causa de error, al desconocer la demandante el resultado de dicho análisis. El marido desarrolló la enfermedad un mes después de la celebración del matrimonio y, aunque mantuvo relaciones sexuales con su mujer, ésta no fue contagiada¹⁰.

Por último, recientemente, en relación a un matrimonio declarado nulo por un Tribunal Eclesiástico, se ha acogido una demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que el hijo que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella, cuando, en realidad, era de otro hombre (un piloto de aviación) con el que había mantenido una relación de noviazgo, que rompió para reanudar la relación con quien posteriormente se acabaría casando (los cónyuges habían sido novios durante cuatro años, interrumpiendo su relación durante unos dos años en los que el marido estuvo en el Seminario). La indemnización se ha fijado en 50.000 euros, por el daño moral causado “por el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente” y la circunstancia de que el demandante había mantenido una relación paterno filial con la niña durante casi cuatro años; y en 12.191,42 euros, por daño psico-físico, dado el sufrimiento del

7 SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509). Vid. en el mismo sentido SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), que conoció de un supuesto similar, condenando a la mujer demandada al pago de 18.000 euros, en concepto de reparación del daño moral.

8 SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

9 SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

10 SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

marido, que se ha visto obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico y a estar de baja laboral durante 31 días¹¹.

III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 98 Y 1902 CC.

El fundamento jurídico del resarcimiento del daño derivado de la nulidad del matrimonio es confuso en la jurisprudencia, donde, como ya hemos visto, el TS, en la emblemática sentencia sobre reserva mental¹², condena con base en el art. 1101 CC, lo que, según he explicado, no me parece correcto, dado que el matrimonio no es un contrato en sentido técnico, sino un negocio constitutivo de estado civil.

La duda se ciñe, pues, a determinar si la indemnización debe proceder conforme al art. 1902 CC o por la vía del art. 98 CC, tesis ésta seguida por algunas sentencias de instancia¹³.

Según el art. 98 CC, “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio sea declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”¹⁴.

11 SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018).

12 STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707).

13 Por ejemplo, SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026) SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511); y SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571).

14 A mi entender, la indemnización del art. 98 CC es diferente a la pensión compensatoria del art. 97 CC, siendo diferentes sus presupuestos (exigencia de mala fe de uno de los contrayentes y de convivencia entre ellos) y su misma naturaleza. No es casualidad que el art. 98 CC use la expresión “indemnización”, expresión esta que contrastaba con la de “pensión”, que utilizaba el art. 97 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, con anterioridad a la reforma del mismo, debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En realidad, si se sigue el *iter* legislativo del precepto se observa que la intención del legislador cambió a lo largo del mismo.

En el Proyecto del Gobierno se proponía una redacción del art. 98 CC, bien diversa de la que acabaría por prosperar, que era la siguiente: “El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga”. *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. SANTAOLALLA), Madrid, 1985, p. 1218.

Así pues, en el Proyecto del Gobierno, de un lado, se extendía la pensión compensatoria por divorcio o separación a los supuestos de nulidad matrimonial (siempre que hubiera existido convivencia); y, de otro, se prescindía del examen de la buena o mala fe de los contrayentes, a los efectos de determinar la obligación de satisfacer la pensión.

A este texto se presentaron dos enmiendas, que habrían de influir decisivamente en la redacción definitiva del precepto y que alejarían el art. 98 CC del art. 97 CC.

La enmienda núm. 127 propuso la siguiente redacción: “El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior”. Se justificaba la sustitución de la “pensión” por una “indemnización”, con el argumento de que, de este modo, se llegaba a una solución más acorde con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio; y, de otro, con la idea de sanción frente a un acto nulo (loc. ult. cit., vol. II, p. 1274).

La enmienda núm. 376 propuso, igualmente, un cambio en la redacción del art. 98 CC en los siguientes términos: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá derecho a la pensión que establece el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho

A mi parecer, el art. 98 CC es un precepto “extraño”, en el que quizás subyace la idea última de evitar que un cónyuge “culpable” pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria (suponiendo que éste debiera satisfacerla), instando la nulidad, en vez de acudir al divorcio; y que plantea un problema de coordinación con el art. 1902 CC. Es, desde luego, difícil delimitar, con contornos nítidos y precisos, el exacto ámbito de aplicación del art. 98 y su relación con el art. 1902.

Propongo la siguiente solución:

a) El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente, de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación al art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto¹⁵.

a reclamar daños y perjuicios que le hubiesen sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga. La justificación de la enmienda era la siguiente: “Estimamos que no cabe hablar de una *pensión entre cónyuges* en el caso de la nulidad porque nunca han sido *cónyuges*, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1386).

En el Informe de la Ponencia se cambió radicalmente la redacción del precepto: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1407). Y la Ponencia justificó el cambio de redacción del precepto en la aceptación “sustancial o parcial” de las enmiendas núm. 127 (Grupo Comunista) y 376 (Grupo Vasco). Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia se sustituyó la expresión “convivencia marital” por la de “convivencia conyugal” (loc. ult. cit., vol. II, p. 1424) y el precepto no sufriría alteraciones en el ulterior iter parlamentario.

- 15 No me convence la tesis que realiza una lectura del art. 98 CC en clave de “desequilibrio económico”, tal y como proponen LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario al art. 98 CC”, en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1189-1190; LEÓN GONZÁLEZ, M.: “La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º, p. 970; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 326-327, aproximando, en definitiva, la indemnización del art. 98 CC a la pensión del art. 97 CC; y ello (sin perjuicio de lo ya dicho en la nota precedente), porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de buena fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC, según el cual “Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”. Por otro lado, esa lectura en clave de “desequilibrio económico” lleva a los autores a interpretar el art. 98 CC en el sentido de entender que la indemnización en él prevista también tendrá lugar, por razones de justicia, cuando ambos contrayentes sean de buena fe, para evitar que, en este caso, se excluya una justa reparación. Sin embargo, esta interpretación parece ir contra lo que claramente se deduce del precepto, que, al identificar al acreedor de la indemnización, se refiere al cónyuge de buena fe, con lo que implícitamente presupone que el deudor es, exclusivamente, el de mala fe. En realidad, no parece necesario realizar esta interpretación forzada de la norma, si se considera que los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar, cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho, donde se aplica dicho principio para reparar el perjuicio sufrido por el conviviente que se dedicó al cuidado de la familia o colaboró desinteresadamente en la actividad económica del otro. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo.

b) En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral, consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, así mismo, los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados¹⁶.

Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad prematrimonial por lesión de la libertad negocial¹⁷. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección¹⁸ para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente, como son la reserva mental o el error en cualidad inducido por una reticencia dolosa o culpable, como es el silenciar que el hijo que se espera es (o puede ser) de otro, que se está ligado por un previo matrimonio o que se ha dado positivo de VIH en una análisis, aunque éste no haya sido repetido (y, por lo tanto, no exista plena certeza de padecerse la enfermedad)¹⁹.

IV. LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO IN CONTRAHENDO.

16 En favor de encuadrar el resarcimiento del daño moral derivado de la causación doloso o negligente de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, con independencia de la explicación que den a la indemnización del art. 98 CC, se orientan DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º, pp. 717; GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 448; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 327-332. No obstante, en opinión de ROCA I TRIAS, E: "Comentario al art. 98 CC", cit., p. 629-630, estos daños son, precisamente, los contemplados en el art. 98 CC.

17 Utilizando palabras de C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 170, a propósito dell'art. 129 bis cod. civ. italiano.

18 En la doctrina italiana M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10 bis, 2019, p. 23, habla de la existencia un deber de lealtad, derivado de la buena fe, "quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio".

19 Claro está que la obligación de resarcimiento presupone, no solo el dolo o la negligencia del demandado, sino también que el interés del demandante (que reclama el resarcimiento) sea digno de protección, por haber confiado, legítima y razonablemente, en la validez del matrimonio, lo que no tendrá lugar cuando haya conocido la reserva mental del otro contrayente.

La solución que se propone tiene como ventaja asegurar el resarcimiento del daño *in contrahendo*, en los casos en que no concurren los presupuestos del art. 98 CC²⁰.

Así sucederá, por ejemplo, cuando no haya existido convivencia entre los contrayentes o la celebración del matrimonio nulo sea imputable a la mala fe de un tercero, tal y como aconteció en un antiguo caso resuelto por el TS²¹ en el que apreciada la existencia de temor reverencial respecto de la madre de uno de los contrayentes, la condena indemnizatoria fue fundamentada en el art. 1902 CC²².

Pero, sobre todo, cuando no sea posible afirmar que el demandado conocía la causa de nulidad del matrimonio y no la comunicó al otro contrayente, ya que, en este caso, no concurre mala fe, en el sentido que habitualmente se entiende dicha expresión en relación con el art. 98 CC²³. En cambio, la aplicación del art. 1902 CC no plantea ningún problema, cuando la reticencia del demandado no pueda ser calificada como dolosa, pero sí, por lo menos, de negligente, pues el criterio de imputación de responsabilidad en el que se basa el precepto es el dolo o la culpa²⁴.

a) A este respecto, me parece interesante volver a referirme al caso resuelto por la sentencia de instancia²⁵ estimatoria de la demanda interpuesta por una

20 Aunque el art. 98 CC se limite a decir que el cónyuge (*rectius* contrayente) de buena fe, hay que entender, implícitamente, que la indemnización o procede cuando ambos contrayentes tienen mala fe, ni tampoco cuando los dos son de buena fe, tal y como afirma la STS 9 marzo 1992 (AC 1993, 1406), según la cual en los “casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98”; y en “los casos de mala fe de fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia”. En la doctrina se pronuncian en el mismo sentido DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 123; GARCÍA CANTERO, G.: “Nulidad de matrimonio”, *Actualidad Civil*, 1993, núm. 3, pp. 551-552; IGARTUA ARREGUI, F.: “Comentario a la STS 26 noviembre 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1986, núm. 10, p. 3235; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 219; REYES LÓPEZ, Mª J.: “El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 204; y ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 98 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 631-632. *Vid*, no obstante, LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario al art. 98 CC”, cit., p. 1190; LEÓN GONZÁLEZ, M.: “La indemnización”, cit., p. 970; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., p. 326, sosteniendo la aplicación del precepto en los casos de buena fe de ambos contrayentes.

21 STS 21 enero 1957 (RJ 1957, 1133).

22 *Cfr.*, en favor de encuadrar la indemnización debida por un tercero por causación de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit., p. 58, 123; y ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 98 CC”, cit., p. 632, que se refieren al supuesto de matrimonio contraído por la coacción de un tercero.

23 *Cfr.*, en tal sentido, ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 98 CC”, cit., 632.

24 El problema práctico no se plantea –claro está– si se interpreta la expresión “mala fe” del art. 98 CC en sentido amplio, es decir, incluyendo en ella, no solo el dolo, sino también la culpa. Así lo hace SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), según la cual el precepto resarce el daño moral derivado de la nulidad del matrimonio, sufrido por “quien confiadamente accedió al mismo, viéndose afectado, sin culpa suya, por la frustración de un proyecto de vida en común”, sin necesidad de que exista dolo, bastando “la mera actitud imprudente o negligente del demandado”, en este caso, la mujer, que había hecho creer al demandante que el hijo era suyo, razón por la cual se casó con ella. Dice, así, que “existía la posibilidad, perfectamente conocida por la misma, de que el embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó” al entonces su novio.

25 SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

mujer, pretendiendo una indemnización por daño moral, al haberle ocultado el otro contrayente que era portador del VIH²⁶.

Los hechos son los siguientes. El demandado se sometió a un análisis en el que dio positivo de VIH, aconsejándosele realizar una nueva prueba, lo que no hizo. Tres años después contrajo matrimonio, sin informar a la mujer de su posible condición de portador de anticuerpos del VIH. Como consecuencia de haberse vacunado para realizar el viaje de novios a Sudáfrica, desarrolló la enfermedad, que le fue diagnosticada, aproximadamente, un mes después de la celebración del matrimonio, momento en el que informó a la mujer, que, afortunadamente, no fue contagiada, a pesar de que habían mantenido relaciones sexuales sin la utilización de profilácticos.

La Juez *a quo* entendió que no podía imputarse responsabilidad al demandado, por no informar de una enfermedad diagnosticada después de la celebración del matrimonio, dando por bueno un informe clínico, según el cual había padecido una “amnesia selectiva”, como consecuencia de la cual no era consciente de ser portador de los anticuerpos del VIH, lo que explicaría que no hubiera informado del resultado positivo del análisis al que se había sometido antes de casarse. La Audiencia revocó la sentencia recurrida, afirmando “la existencia de culpa en la conducta del demandado”, condenándole al pago de una indemnización de 30.000 euros, sin pronunciarse sobre el carácter contractual o extracontractual de su responsabilidad.

Es evidente que, de haberse encauzado la pretensión resarcitoria a través del art. 98 CC, la suerte del proceso hubiera sido incierta, pues es dudoso que la conducta del demandado pudiera ser calificada como dolosa. Sin embargo, para la aplicación del art. 1902 CC bastaba la mera culpa del autor del hecho dañoso, la cual sí concurrió según la Audiencia, sosteniendo ésta que la omisión del demandado de “no comunicar su enfermedad [a la actora] poniéndola en riesgo de poder contraerla, no puede sino calificarse como una omisión que se ha de atribuir a título de culpa, pues dadas las circunstancias concurrentes, no sólo tenía que habérselo comunicado por cuanto se trata de un deber de cualquier persona con otra respecto de la que pretende hacer una vida en común, sino porque existía un riesgo de poder contagiarle la enfermedad”.

26 El ocultamiento de ser portador del VIH puede llegar a ser delictivo cuando concurre imprudencia grave. Así lo ha declarado la STS 6 junio 2011 (RJ 2011, 4542), que resuelve un caso en el que el varón, portador del VIH y habiendo desarrollado SIDA, mantiene relaciones frecuentes con uso de preservativo (que se rompió en varias ocasiones) con su pareja, sin habérselo comunicado. Como consecuencia de ello, la mujer quedó embarazada, resultando infectadas tanto la madre como la hija nacida de esas relaciones sexuales. El Supremo entiende que no existe dolo en la actuación del acusado, si bien la conducta debe ser calificada como de imprudencia grave, “por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida) [...], pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado [...] era no sólo evitable sino sin duda también previsible”, condenando al acusado, finalmente, por dos delitos de lesiones imprudentes en concurso ideal.

La Audiencia concluyó afirmando que había existido un daño moral resarcible “derivado de la misión con culpa al ocultar [el demandado] su enfermedad, con una relación directa en cuanto a tal conducta omisiva, por cuanto no cabe duda de que al descubrir [la actora] la enfermedad de su pareja, el hecho de haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas, tratarse de una enfermedad que es transmisible; hasta que pudo constatar que no estaba contagiada, sus sentimientos no pudieron ser otros que el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o incertidumbre que son los que la jurisprudencia ha constatado para derivar el daño moral, máxime cuando la pareja había contraído matrimonio, lo que en principio implica la existencia de un plan de vida en común, e incluso se ha de derivar de las pruebas practicadas el deseo de procrear”.

Por lo tanto, el hecho de que la demandada no hubiera sido contagiada no excluyó el resarcimiento del daño moral, si bien fue tenido en cuenta para moderar su cuantía, que quedó fijada en 30.000 euros. La Audiencia observó, así, que “la falta de consecuencias a medio o a largo, tampoco nos puede llevar a entender que el daño moral puede ser una cantidad simbólica, siempre y cuando no podemos obviar la conducta [del demandado] que de manera irresponsable pone en riesgo de contraer la enfermedad a la persona que había decidido casarse con él, con lo que tal hecho lleva consigo, no sólo [...] la falta de lealtad a su pareja, sino también el hecho de truncar las expectativas de vida en común”²⁷.

b) También me parece pertinente traer a colación la reciente sentencia²⁸ que ha estimado la demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que la hija que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella.

El demandado argumentaba que, después de casarse empezó a sospechar que su mujer le era infiel, porque la misma recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba, hasta que, tres años después de celebrarse el matrimonio, tras una discusión, le dijo que iba a divorciarse y que se iba a vivir con el verdadero padre de la niña, ante lo cual decidió hacerse una prueba de paternidad, que descartó que él fuera el padre biológico. Descubrió, además, que la mujer lo sabía desde hacía dos años antes, pues, el anterior novio

27 La sentencia excluyó, en cambio, la indemnización de los gastos de boda, por entender que no habían sido probados y porque “no pueden conceptuarse como daños y perjuicios, sino que se trata de cantidades abonadas para una celebración, que, en definitiva, se llevó a cabo”.

No podemos estar de acuerdo con esta afirmación, porque, aunque el matrimonio se celebrara, los gastos de boda perdieron toda su utilidad, una vez que aquél fue declarado nulo. De ahí que, si hubiesen sido probados, debieran haber sido indemnizados, como admiten las SSAP Zaragoza 2 junio 1997 (AC 1997, 1284) y Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509).

28 SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018).

se había sometido a una prueba que había dado como resultado que él era el padre biológico.

El marido interpuso demanda de resarcimiento contra la mujer y el padre biológico, por haberle ocultado que no era el padre de la menor; circunstancia esta que ambos sabía, al menos desde que el anterior novio se había hecho la prueba de paternidad. La demandada se opuso, argumentando que, al tiempo de casarse, pensaba que su marido era el padre de la hija que esperaba y que, cuando supo que no lo era, se lo había comunicado a su esposo, que, sin embargo, no quiso dar credibilidad a los resultados de la prueba para salvar el matrimonio.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en segunda instancia, condenándose a la mujer demandada (y absolviéndose al anterior novio), por aplicación del art. 1902 CC.

Observa la Audiencia que la mujer había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con su anterior novio, “existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada”, por lo que claramente “la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria, que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio, y más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajesen matrimonio en los meses posteriores” y que la niña que nació fuera considerada como “hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, manteniendo el apelante una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera”.

Concluye que, al haber comunicado la demandada al demandante “las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente” (cuando tuvo conocimiento cierto de que el otro demandado era el padre biológico de la niña”, “concurren los requisitos que el art. 1902 CC exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación”.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 10 ed., Edisofer, Madrid, 2006.

BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017.

CARRIÓN OLMOS, S.: *El art. 73.4 del Código civil (Notas para su estudio)*, *Revista de Derecho Privado*, 1987, pp. 646 ss., pp. 789 ss., pp. 862 ss.

COBACHO GÓMEZ, J. A.: *El error en el matrimonio*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El error en el matrimonio*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1997.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DORAL GARCÍA, J.A.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982.

HORNERO MÉNDEZ, C.: "Las crisis matrimoniales", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (dir. A. LÓPEZ Y LÓPEZ y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

IGARTUA ARREGUI, F.: "Comentario a la STS 26 noviembre 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1986, núm. 10.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R: "Comentario al art. 98 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994.

LEÓN GONZÁLEZ, M.: "La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º.

LINACERO DE LA FUENTE, Mª: "Nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. Mª LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

MONJE BALMASEDA, O.: MONJE BALMASEDA, O.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dirs. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

REYES LÓPEZ, Mª J.: "El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, "Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

ROCA I TRÍAS, E: "Comentario al art. 98 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

ROCA I TRÍAS, E.: "Los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA I TRÍAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

TOLDRÁ I ROCA, Mª D.: "La reserva mental en el matrimonio civil", en AA.VV.: *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1996.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Matrimonio civil y reserva mental*, EUB, Barcelona 1996.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.

CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO:
PERSPECTIVAS DE PRESENTE Y DE FUTURO*

*SHARED CUSTODY AND GENDER VIOLENCE: PERSPECTIVES OF
PRESENT AND FUTURE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 676-697

* Trabajo realizado en el marco del marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-I00 (2019-2022)



Sara GUIRADO
y Francisca
RAMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Se analizará la custodia compartida y la situación de violencia de género de uno de los progenitores con un análisis comparado de su regulación a nivel nacional, foral y autonómico. Los cambios sociales y la postura de la doctrina y jurisprudencia van a definir un modelo de custodia compartida deseable y aconsejable, si bien habrá de probarse y justificarse que dicho modelo es el más conveniente al interés del menor.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; violencia de género; legislación valenciana; Código civil.

ABSTRACT: *The shared custody and the situation of gender violence of one of the parents will be analyzed with a comparative analysis of their regulation at national, foral and autonomous levels. Social changes and the stance of doctrine and jurisprudence will define a desirable and advisable shared custody model, although it will be necessary to prove and justify that such model is most appropriate to the interests of the child.*

KEY WORDS: *Shared Custody; gener violence; Valencian foral law; Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO.- 1. Efectos de la custodia compartida en relación con una situación de violencia de género: distinciones y efectos.- III. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA EN LA COMUNITAT VALENCIANA TRAS LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5/2011: CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.- 1. La aplicación de la legislación estatal.- A) Regulación en el Código civil español.- B) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.- C) Ley 3/2007, de 27 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.- D) Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.- E) Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de género y otras formas de violencia contra la mujer.- 2. La aplicación de la legislación autonómica valenciana.- A) Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana y la actual Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El número de demandas de disoluciones matrimoniales, separaciones y divorcios, se incrementaron un 1,2% en los últimos tiempos, según los datos recogidos por el Servicio de Estadística del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y publicados en “El periódico” el pasado año 2018. Es por ello que surge la necesidad y la aplicación de una legislación sobre el tema a tratar.

Además de lo expuesto, las relaciones personales entre los cónyuges, pueden derivar en serios conflictos tras situaciones de crisis matrimoniales o de pareja, si bien es cierto, que por sí mismas no se puede determinar la guarda o custodia de los hijos menores de edad, ahora bien, en situaciones de violencia de género el propio Código Civil, concretamente en su art. 92.7 impide rotundamente acordar la guarda y custodia compartida, debido a situaciones difíciles y conflictivas.

Es necesario introducir el concepto de violencia de género, ya que la Comunidad Valenciana no había declarado este ítem hasta la Ley Orgánica 5/2011,

• Sara Guirado Capilla

Sara Guirado Capilla: Master en Gestión Administrativa, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: sara001994@hotmail.com

• Francisca Ramón Fernández

Francisca Ramón Fernández: Profesora Titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven¹ (en adelante LRF 5/2011), que fue aprobada por las Cortes Valencianas con fecha, 1 de abril de 2011, y su fin primordial, no era otro que el de crear y conseguir una legislación autonómica sobre las relaciones familiares y, de esta manera tener una legislación propia adaptada a los problemas planteados en la Comunidad sobre custodia de los menores cuando los progenitores dejan de convivir, y así poder dejar al margen la regulación que hasta el momento se estaba llevando a cabo. Como ya sabemos, dicha LRF fue declarada inconstitucional.

En este trabajo se va a realizar un análisis pormenorizado sobre la situación posterior una vez declarada la inconstitucionalidad de la misma por STC 192/2016, de 16 de noviembre².

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

I Efectos de la custodia compartida en relación con una situación de violencia de género: distinciones y efectos.

En primer lugar, se introducen varias definiciones sobre la “violencia de género” según diferentes fuentes. La OMS define el concepto de violencia como “el uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades y que tiene como consecuencias probables lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono e incluso la muerte”³.

La doctrina refleja que la violencia de género es un ámbito difícil de analizar puesto que se pueden llegar a varias conclusiones, dependiendo del punto de vista a tratar, por lo que la definición no será igual desde una perspectiva u otra, ni un penalista la definirá igual que un civilista⁴. La violencia supone la violación de la integridad personal, se suele entender cuando interviene fuerza física o su amenaza, pero también en los casos en que se actúa causando indefensión en la otra persona⁵.

Para hablar sobre los efectos de custodia compartida cuando nos centramos en violencia de género, se debe analizar, el art. 92.5 del CC, se encuentra regulada la custodia compartida, una modalidad que se puede acoplar a los progenitores de una manera normalizada, o cuando llegasen a un acuerdo.

1 BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

2 STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).

3 OMS: *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, OPS, Washington, 2002, p. 3.

4 Así, RODRÍGUEZ OTERO, L. M. y LARA HERNÁNDEZ, Y. M.: “La violencia intragénero en México: el contexto de Nuevo León”, *Revista Sexología y Sociedad*, 2016, 22(2), p. 120, siguiendo a ANCESCHI.

5 VIDAL FERNÁNDEZ, F.: “Los nuevos aceleradores de la violencia remodeladas”, en *Nuevos escenarios de violencia* (coord. Por A. GARCÍA-MINA FREIRE), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008, p. 17.

En cuanto a la violencia familiar, la guarda conjunta, no procederá cuando uno de los progenitores, se encuentre incurso en un “delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual, y tampoco, cuando un juez anuncie en las alegaciones y pruebas, la existencia de indicios de violencia doméstica”.

La jurisprudencia se ha pronunciado de forma profusa sobre el art. 92.7 del CC, y se han distinguido distintas situaciones⁶: a) no concesión de la custodia por estar incurso en un proceso penal; b) no concesión por condena penal por violencia familiar; c) no concesión por existir denuncia y ambiente considerado conflictivo; d) no concesión por no acreditación del maltrato.

Es obvio, que según la CCAA se utilizan diferentes competencias y regulaciones en torno a custodia compartida. A continuación, se va a mostrar las diferentes competencias tomadas en algunas de las comunidades autónomas forales, dejando de lado la CV para explicarla más tarde de una manera más específica:

En la CCAA de Cataluña, es regulada la guarda, en los arts. 233-8 a 233-11, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña⁷ relativo a persona y la familia.

Siguiendo un orden, estos artículos, empiezan con el significado de la responsabilidad parental de carácter compartida. Se explica también, la preferencia por el ejercicio compartido de la guarda, en los arts. 233-10, donde los progenitores elaboraran un “*plan de parentalidad*”, arts. 233-9, de la manera en la que ejercerán las diferentes responsabilidades que esto conlleva, sea cual sea el modelo seleccionado, y sólo cuando la autoridad judicial lo considere, se podrá disponer de una guarda de manera individual.

En cuanto a la excepción del apartado 3 del art. 233-11, en interés de los hijos, se refleja “no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”, y además “En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

La SAP Lérida 31 octubre 2014⁸ en la que se atribuye la custodia al padre considerando que el menor no puede ser considerado víctima directa ni indirecta

6 Puede verse la jurisprudencia seleccionada por VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: “La custodia compartida en supuestos de violencia familiar”, *Blog SEPIN*, 2015.

7 BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

8 SAP Lérida 31 octubre 2014 (JUR 2015, 43383).

de los actos de violencia machistas objeto de proceso penal, y se considera irrelevante la condena penal por actos de violencia machista del padre contra su anterior pareja⁹.

La existencia de esta diferencia entre víctimas directas e indirectas, dejara de existir con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, en este caso serán los hijos las víctimas de violencia de género y por supuesto, los menores sujetos a tutela o guarda y custodia.

Entre la jurisprudencia que aplica el art. 233-11.3 Código Civil de Cataluña, nos encontramos con las siguientes posturas¹⁰: a) concesión de la custodia compartida por considerar que el menor no era víctima directa por ser el episodio de violencia leve y único; b) no concesión porque hay un proceso penal y los menores son víctimas indirectas; c) valoración junto al proceso penal de otras circunstancias; d) no concesión cuando la pretensión es tener opción al uso de la vivienda.

Por otro lado, en la CCAA de Navarra, teníamos la Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres¹¹, en concreto en el art. 3, se hablaba sobre la guarda y custodia y, se establece la guarda seleccionada por los progenitores, y se elegirá entre compartida e individual, una vez escuchado al Ministerio Fiscal y previos dictámenes y audiencias necesarias. Esta Ley foral 3/2011 ha sido derogada por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo¹², y cuya motivación se indica

9 “La interpretación jurisprudencial de este precepto se orienta en el sentido de que lo que debe prevalecer en todo caso es el interés de los menores, de modo que la regla que establece el art. 233-11.3 no es imperativa ni de aplicación automática, con la necesaria consecuencia de que la atribución de la custodia al padre - bien de forma exclusiva o bien en forma compartida- haya de quedar necesariamente excluida en los supuestos en que haya existido sentencia condenatoria o se encuentre en trámite un proceso de violencia sobre la mujer, sino que habrá que estar a las concretas circunstancias de cada caso, quedando excluida dicha posibilidad cuando se haya dictado sentencia condenatoria por actos de violencia de género de los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas, o cuando existan indicios fundados de que se han cometido ese tipo de actos, pudiendo ser los hijos víctimas directas o indirectas.
(...) se trata de dos hermanos por parte de madre, lo que comporta que al no tratarse de hijos comunes de los litigantes la atribución de la custodia de uno de ellos no ha de determinar necesariamente la del otro. Igualmente hemos dicho que hay que tener en cuenta que no estamos ante un criterio taxativo, y que este principio general de no separar a los hermanos se sustenta, igualmente, en el superior interés de los menores, y por ello si las circunstancias concurrentes comportan que un determinado régimen de custodia resulta más beneficioso para él, aunque implique separarle de un hermano, incluso de doble vínculo, ese será el régimen que deberá acordarse, precisamente porque el mismo art. 233-11-2 C.C. así lo permite cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, tal como sucede en el presente caso, y ello sin perjuicio de que puedan ajustarse en la medida de lo posible los periodos vacacionales o los fines de semana para que J. A. y I. puedan coincidir en el domicilio de su madre”.

10 Se puede ver la jurisprudencia indicada por VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: “La custodia compartida en supuestos de violencia familiar”, cit.

11 BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

12 BOE núm. 137, de 8 de junio

de forma expresa en el Preámbulo¹³. Se regula la custodia en la Ley 71, e indica la que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den los dos requisitos de forma conjunta:

“a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.

b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad”.

Además, “Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

Por otro lado, encontramos la CCAA de Aragón, en concreto, el 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, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas¹⁴.

13 “El desarrollo de tales facultades y deberes permite la regulación de instituciones conexas e integradas en dicha institución como la guarda y custodia, ya regulada por el legislador navarro por medio de ley foral especial que en su día previó, precisamente, su inclusión en el texto del Fuero en el seno de una reforma integral de su derecho de familia; las estancias y contactos de los menores con sus progenitores y otros familiares, hasta ahora contenidas en sede de filiación y en la Ley Foral de protección de la infancia; y la regulación de los deberes de alimentación, habitación, educación, y asistencia material y emocional como omnicomprensivos de las necesidades básicas de los menores, y que conduce necesariamente, a su vez, a contemplar la atribución del uso de la vivienda familiar y la contribución a sus gastos ordinarios y extraordinarios. Y todo con total desvinculación de cualquier diferenciación de su origen matrimonial o no matrimonial, existencia o no de convivencia en algún momento, o de si se trata de un ejercicio en régimen de coparentalidad o de monoparentalidad. Consecuentemente, la nueva regulación es claramente tendente a fomentar el pacto de parentalidad entre los progenitores como primera opción para regular las relaciones familiares y evitar la litigiosidad así como a orientar la mediación que facilite tal fin, ofreciendo, subsidiariamente, una amplia discrecionalidad judicial para, desde el principio fundamental «favor filii», adoptar en cada caso concreto las medidas que en defecto de pacto superen las lagunas o taxatividades del texto civil común, tan claramente evidenciadas en los últimos tiempos por la amplia variedad de situaciones y circunstancias específicas concurrentes, así como para propiciar la coordinación de parentalidad. Es decir, libertad civil, pacto y discrecionalidad judicial orientada mediante criterios flexibles y dotada de medios adecuados que lo posibiliten han sido también los principios informadores propios del derecho navarro que han guiado la regulación de las relaciones paternofiliales”.

14 BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

En su art. 80, se regula la custodia compartida e individual, en concreto en el apartado 2 de este artículo, que ha sido modificado por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación 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”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia¹⁵. Así como en el ítem 6 encontramos “la prohibición de establecer la custodia ni individual ni compartida a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso pena iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Por último podemos citar la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco¹⁶. En ella se recoge la forma de custodia compartida de carácter preferente, siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores y atendiendo a unas circunstancias que se fijan en su art. 9. En los ítems 3 y 4 de dicho artículo regula la excepción a la custodia de un progenitor¹⁷.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como “circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente”¹⁸

III. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA EN LA COMUNITAT VALENCIANA TRAS LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5/2011: CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

I. La aplicación de la legislación estatal.

La legislación estatal tras la inconstitucionalidad de la LRF 5/2011 se basa en el CC, y en ésta no se encuentra ninguna predisposición legal que reconozca

15 BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019.

16 BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

17 “3. (...) en caso de condena penal por sentencia firme por delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal”.

18 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 156.

de una manera clara la custodia compartida, lo que conlleva unas soluciones contradictorias.

Si nos centramos en el art. 92 CC, en concreto en su ítem 5, se muestra que está permitido el ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos e hijas cuando los padres lo soliciten en el convenio regulador o cuando estos, lleguen a un acuerdo común. Es por ello, que está permitida la autonomía de la voluntad de los padres en este punto.

En el art. 92, apartado 8, se indica de forma literal “Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.¹⁹

Está claro, que se faculta al correspondiente juez a que acuerde la guarda y custodia de los menores, por eso, el juez no está obligado a acordarla, a diferencia de lo que dictaba la LRF 5/2011.

A) Regulación en el Código civil español.

En este punto se va a proceder a explicar la situación posterior a la inconstitucionalidad de la LRF 5/2011, hasta el momento la CV gozaba de una norma propia para la regularización de la custodia compartida de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero en diciembre de 2016, esta ley es declarada inconstitucional, y es por ello que esta comunidad pasa a regularse por el CC, a lo que dispone en los capítulos IX y X del título IV del Libro I, como en el momento anterior a la creación de la norma.

Dicho lo anterior, surge la duda de si la modalidad de custodia compartida va a ser preferente contra la modalidad monoparental²⁰, puesto que hasta el momento la doctrina a seguir era la compartida. Pues bien, es cierto que, hasta el momento, no ha cambiado la situación en cuanto a criterio de custodia compartida frente a

19 Redacción dada por la STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012,185). Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006. Planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en relación con el art. 92.8 CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Derecho a la tutela judicial efectiva, exclusividad jurisdiccional y principio de protección a la familia: nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. La sentencia contiene el voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Andrés Ollero Tassara, respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006.

20 Véase: RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La monoparentalidad como nuevo modelo familiar: Acciones previstas en la legislación para la protección del menor”, *Actualidad civil*, 2018, núm. 11, pp. 1-20; “La monoparentalidad derivada de la violencia de género: análisis de la cuestión”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2019, núm. 16, pp. 14-28.

individual, debido a que esta modalidad, ha supuesto hasta el momento un cambio social, y se relaciona el art. 92.8 del CC con el interés del menor, siempre con el fin de su total protección.

Si se parte de la idea fundamental de la potestad que supone en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su desarrollo, el CC emplea los términos de guarda y custodia como autoridad parental. Es necesario hacer referencia al art. 3 de la LRF 5/2011, que definió un nuevo modelo de convivencia, y estableció diferencias²¹.

Si nos remontamos a 2013, encontramos el anteproyecto de Ley, aprobado por el Consejo de Ministros, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, divorcio y nulidad, éste eliminaba la excepcionalidad de custodia compartida y no otorgaba carácter preferente a la custodia monoparental ni compartida, si no que era el juez el que en todo momento decidía en base al interés del menor.

La decisión del juez, siempre variaba, valorando diferentes criterios como la comunicación de los progenitores, la implicación, cercanía del domicilio entre el centro escolar, entre otros.

De este método surgieron varias contraposiciones, como el hecho de acordar la custodia compartida, aunque ninguno de los progenitores la hubiese solicitado, lo que contradecía al TS, pero también hubo aspectos positivos como por ejemplo el empleo de una terminología moderna y acorde a los nuevos tiempos como son el “régimen de estancias”, “periodos de convivencia”, “coparentalidad”, las cuales sustituyeron a otras como “régimen de visitas”, “progenitor custodio” ...

Por lo demás, se siguieron criterios recogidos en las diferentes leyes autonómicas que legislaban sobre el tema a tratar, sobre la atribución del domicilio y aquellas que introducían la mediación familiar o el no otorgamiento de la guarda y custodia, ni compartida ni individual, cuando exista resolución judicial forme por atender contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad de indemnidad

21 “a) Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial. b) Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”. Véase más ampliamente: AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; REYES LÓPEZ, M. J.: “Panorama de las normas de derecho de familia en la Comunidad Valenciana”, *Revista de Derecho civil valenciano*, 2012, núm. 12, pp. 1-35; BLASCO GASCO, F. DE P. y MORERA VILLAR, B.: “La guarda y custodia compartida en la Ley de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *Congreso IDADFE*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 169-190.

sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta el finalización de la responsabilidad penal.

Una de las soluciones que se han planteado tras la inconstitucionalidad del Ley Valenciana, es el impulso de una reforma constitucional que equipare las comunidades con derecho civil histórico, esto se está estudiado por la asociación de juristas valencianos (AVJ) a través de las distintas instituciones valencianas. De hecho, se ha presentado en la actualidad se ha presentado Proposición de Ley de modificación de la disposición adicional segunda de la Constitución española para la reintegración efectiva del derecho civil valenciano, presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Popular, Compromís y Unides Podem (RE número I.856). Tramitación por el procedimiento de urgencia²².

B) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, permite esclarecer aspectos educativos, preventivos, sociales, asistenciales, así como atención posterior de las víctimas y además define los conceptos de violencia doméstica y violencia de género, conceptos que pueden producir confusiones entre los ciudadanos²³.

En primer lugar, la violencia doméstica o violencia intrafamiliar, es aquella que se produce entre la parte ascendiente, descendiente o hermanos, ya sean propios o del cónyuge, o sobre menores o incapacitados que se encuentren sujetos a patria potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda del cónyuge o sobre otra persona amparada por una relación del núcleo de convivencia familiar. Teniendo en cuenta, que estos hechos no sean llevados a cabo por la pareja o expareja de la mujer, nos podemos basar en el art. 173.2 del Código Penal, excluyendo las personas que indica el apartado I del art.153 del mismo código.

En segundo lugar, la violencia de género, es aquella inferida por hombres contra mujeres por el simple hecho de serlo. Se trata de una discriminación y clara vulneración de los derechos humanos, normalmente el sujeto pasivo es la mujer y el sujeto activo el hombre.

El género nos permite, conocer y analizar la base de la discriminación entre mujeres y hombres, y ver como este no tiene relación ni con el género gramatical, ni con el humano.

²² BOCV núm. 14, de 17 de julio de 2019.

²³ RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Por ello no resultan equivalentes y no deben ser utilizados indistintamente los conceptos de violencia doméstica y de violencia de género. Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley Integral, la violencia doméstica quedará circunscrita al resto de sujetos pasivos previstos en el art. 173.2 del Código Penal.

Son los Juzgados de Instrucción los que tienen la competencia sobre delitos de violencia doméstica, en el caso de los cometidos sobre las personas del art. 173.2, serán competencia del juzgado de violencia sobre la mujer cuando exista en algún momento algún caso de violencia contra ella.

Se hace referencia al art. 19.5 que habla sobre el derecho a la asistencia social integral, canalizándose a través de los servicios sociales atendiendo a los menores que se encuentren bajo la custodia de la víctima.

Este apartado, no acabó con las necesidades protectoras de seguridad y asistencia²⁴ ya que posteriormente sería aprobada la I Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2017-2020).

Otra manera de definir el significado de violencia de género la tuvo Naciones Unidas en el año 1993, diciendo que se trataba de "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer".

Por otro lado, en la Ley, el significado de violencia de género, está más restringido puesto que se acota a la producida en una relación de pareja o ex pareja, y sobre los hijos/as menores de estos, es por esto que no regula tampoco la violencia intrafamiliar por parte de otros familiares masculinos, ni la violencia social o en el ámbito laboral. Esto no significa que estos otros tipos de violencia existan, a pesar de que la ley no las muestre como tal.

Esta Ley utiliza dos criterios a la hora de explicar su ámbito de aplicación, estos son uno, de naturaleza objetiva y otro de naturaleza subjetiva. En cuanto a la naturaleza objetiva, tan solo se considera violencia de género aquellos delitos penales observados en la Ley, entrando estos, en la competencia de los Juzgados sobre la mujer.

En cuanto al segundo criterio de naturaleza subjetiva, debe de existir una relación ya sea conyugal o similar; entre la víctima y el agresor, haya o no convivencia entre ellos.

24 YUGUEROS GARCÍA, A. J.: "La protección de los menores víctimas de violencia de género en España", *Revista de ciencias sociales*, 2016, núm.70, p. 45.

Bien es cierto, que esta redacción no está demasiado acertada, ya que ha generado diferentes opiniones a la hora de su interpretación, puesto que no se sabe ciertamente que ha querido decir legislador refiriéndose a relaciones que no conviven, entendiendo por estas las relaciones de noviazgo.

Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor.

Antes de finalizar este apartado, sería interesante nombrar algunas de las novedades de esta Ley para la protección contra la violencia de género como diferentes medidas de sensibilización y prevención

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y Adolescencia²⁵, supone la modificación de algunos de los preceptos de la citada Ley 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, además supone que el objeto de la norma, sea el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia además de prestar la necesaria ayuda a las mujeres víctimas de esta violencia⁸².

En cuanto a la suspensión de la patria potestad o custodia de los menores, determina el art. 65 que “el Juez podrá suspenderla para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las mismas, respecto de los menores dependientes de él”.

Así como refleja el art. 66, respecto a las medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores²⁶

C) Ley 3/2007, de 27 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El art. 14 de la CE define el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, además el art. 9.2 define la obligación de los poderes públicos de promover determinadas condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean efectivas y reales.

La igualdad entre personas, es un principio jurídico universal reconocido no solo en la normal de la CE, si no en muchos otros textos sobre derechos humanos como por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y apoyada por España en 1983.

²⁵ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

²⁶ TARDÓN OLMOS, M.: “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *La Ley. Derecho de familia*, 2016.

La Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁷ tiene el objeto principal de lograr una igualdad real entre hombres y mujeres y la eliminación de cualquier caso de discriminación especialmente por razón de sexo, de esta manera esta Ley reconoce todos estos derechos y su disfrute²⁸.

Esta Ley, también obliga del mismo modo a todas las personas ya sean físicas o jurídicas a que actúen en el territorio español, con la independencia de su nacionalidad y sobre todo hace hincapié en los conceptos sobre igualdad y las acciones positivas por parte de los poderes públicos para solucionar este tipo de desviaciones desiguales.

Algunos de los instrumentos básicos para lograr esta igualdad real y efectiva entre hombre y mujeres, serían la elaboración de un Plan Estratégico de igualdad de oportunidades, una comisión interministerial de igualdad, informes de impacto de género y las evaluaciones sobre el principio de igualdad.

Alguna de las novedades de esta Ley sobre la igualdad efectiva de hombres y mujeres como la ausencia de discriminación por razón de sexo se distingue entre discriminación directa e indirecta.

El acoso sexual, o también denominado acoso por razón de sexo, entendiendo este como comportamiento físico o verbal de naturaleza sexual con el fin de atentar contra la dignidad de cualquier persona.

Las consecuencias jurídicas de algunas de estas conductas discriminatorias se considerarán nulas y sin efecto dando lugar a responsabilidad de indemnización, así como la sanción que se considere oportuna a tal efecto.

Si bien es cierto, que en los últimos tiempos se han llevado a cabo medidas positivas para acabar con estas discriminaciones, por ejemplo, corregir desviaciones producidas por el hombre a la mujer y, teniendo en cuenta que estas siempre sean proporcionadas y razonables.

En las disposiciones adicionales de la Ley, se recogen varias regulaciones para definir el concepto de composición o presencia equilibrada, nuevos supuestos de nulidad de algunas exenciones en materia laboral y designar al Instituto de la Mujer objeto de incorporación.

En las disposiciones transitorias de la Ley, se habla de medidas protectoras del acoso en la Administración General del Estado, distintivo empresarial en

27 BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

28 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, cit., p. 20.

materia de igualdad, nuevos derechos tanto de maternidad como de paternidad y la creación de varios nuevos convenios colectivos.

D) Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

Este Real Decreto-Ley de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género²⁹, plantea la adopción de modificaciones legales oportunas para que las Administraciones locales puedan llegar a conseguir unas actuaciones de promoción de igualdad entre hombres y mujeres, así como la violencia de género, “ya que se trata de la administración más cercana a la ciudadanía y, por ende, a las víctimas”. Para ello, estas cuestiones pasarán a ser competencia propia de los municipios en el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local³⁰.

Por otro lado, esta Ley tiene el objetivo de “fortalecer la tutela judicial y el acceso a la justicia” a través de diversas modificaciones que más adelante iremos desarrollando.

Además, este RD, sirve como ejemplo para ampliar diversos métodos de acreditación de las situaciones de violencia de género mediante informes de los servicios sociales, servicios especializados o servicios de acogida destinados a estas víctimas de violencia de la Administración Pública competente.

Si procedemos a resumir el RD-ley 9/2018 diremos que modifica las siguientes leyes: a) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, y Código Civil.

E) Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de género y otras formas de violencia contra la mujer.

Esta reciente ley, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de los hijos e hijas de víctimas de género³¹, define el derecho a la prestación de orfandad a los hijos e hijas de mujeres fallecidas, víctimas de violencia de género, siempre que las circunstancias del momento, supongan una orfandad absoluta y no existan requisitos para una pensión de orfandad, por lo que se le da una redacción al art.

²⁹ BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018.

³⁰ BOE núm. 80 de 03 de abril de 1985.

³¹ BOE núm. 53 de 02 de marzo de 2019.

224 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La cuantía que supone esta prestación, será el setenta por ciento de la base reguladora, siempre y cuando los rendimientos familiares, incluidas las personas huérfanas y dividido por los miembros que componen esa familia, no superen el setenta y cinco por ciento, del salario mínimo interprofesional vigente en ese mismo momento y, quedando excluidas las pagas extraordinarias.

Esta ley, modifica por tanto la ley General de Seguridad Social y la Ley de clases pasivas con el objeto de: a) Incluir en la Seguridad Social, una nueva prestación del sistema, b) Consagrar los derechos de las personas beneficiarias en los casos de orfandad absoluta.

2. La aplicación de la legislación autonómica valenciana.

Tras la declaración de inconstitucionalidad de la LRF 5/2011 se llega a la conclusión de que esta ley no se declaró inconstitucional porque se considerara a la custodia compartida como ilegal, sino porque, a juicio del TC la CV, carece de competencias para la regulación de esta materia.

Es por esto, que se puede señalar, que el TC no se pronunció en contra del método de custodia compartida, si no que cree, que esta comunidad autónoma no reúne las suficientes competencias para tener su propia regulación en esta materia.

Una de las características más destacadas en la LRF 5/2011, era que se establecía la presunción (salvo prueba contraria) de que el mejor método para el menor, era el de custodia compartida, y el progenitor que no estuviese de acuerdo con ese método, debía probar ante el juez porque este a su parecer no debería ser el mejor método aplicativo.

La situación actual tras la inconstitucionalidad de la LRF 5/2011 no ha supuesto un cambio dramático puesto que no se van a dejar sin eficacia, ni se van a anular las sentencias dictadas por los tribunales, que hayan concedido el régimen de custodia compartida.

Pero, una vez desaparecida esta ley, retoma vigencia el CC, es por ello que, a partir de ese momento, las separaciones o divorcios, pasan a regirse por lo establecido en este código común español, aplicable también en aquellas comunidades donde se carece de Derecho Foral propio³².

32 BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín*

Una de las cosas que más preocupa en estos momentos en esta comunidad es el modelo de custodia que se va a aplicar ahora, pues bien, lo primero que se debe tener claro, es que el juez estudiará cada caso particular, y optará por lo mejor para el menor o la menor en ese caso particular, además desde hace ya algunos años, el TS ha ido adaptando diferentes interpretaciones del CC donde manifiesta que el régimen más deseable para los menores es el de custodia compartida, ojo recalcando la palabra deseable y no preferente.

A) Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana y la actual Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

El preámbulo de la LRF 5/2011 refleja su razón de ser con el interés superior del menor; dice literalmente: “la preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar; viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor; con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos”.

Es por ello, que los menores cuyos progenitores no convivan tienen exactamente el mismo derecho a relacionarse con sus progenitores de manera independiente del conflicto que exista entre ellos.

La LRF 5/2011 tiene como antecedente inmediato la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana³³, mediante su art. 22 94 se muestran los principios y valores que se encontraban plasmados en la LRF 5/2011.

Esta Ley apostaba por hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia del pacto, en caso de no convivencia o ruptura, lo que en otros términos denominamos “pacto de convivencia familiar” y cuando esto no sea posible, establecer la custodia compartida como mejor método.

Si pasamos a la actual Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia³⁴ y la CV, vemos que su objeto principal, es el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos de la infancia y la adolescencia

José Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1131-1142.

33 BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008.

34 BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

y el principio de corresponsabilidad de la sociedad, administraciones públicas y las familias³⁵.

Esta ley, se aplica a los menores de dieciocho años y, excepcionalmente a los mayores de edad cuando se prevea expresamente o, hayan sido objeto de alguna medida administrativa o judicial que contemple el ordenamiento jurídico. También, se incluyen a las instituciones y personas físicas o jurídicas de la CV. Uno de los objetos de esta norma es proteger los intereses de los menores y adolescentes que vivan en el territorio valenciano.

El eje central de esta ley, es el Estatuto Jurídico de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad Valenciana, desarrollando los derechos en la Convención de los derechos del niño y en el resto del ordenamiento.

Por lo que respecta a la protección social y jurídica de la infancia y adolescencia, la nueva ley incorpora un catálogo específico de derechos de los menores de edad y de principios de actuación de las administraciones públicas en el desarrollo de la acción protectora, así como una serie de deberes: de notificación, reserva, colaboración y evaluación y planificación.

IV. CONCLUSIONES.

Cuando una pareja decide poner fin a su relación, debe entender, que esa nueva situación no debe suponer consecuencias negativas para sus hijos y mucho menos perder la relación que estos tenían anteriormente con sus progenitores, siempre y cuando no hayan concurrido otros casos que alteren esta nueva situación como los casos de violencia doméstica.

Por ello, es necesario saber qué régimen que se va a establecer. Durante muchos años el sistema optó por la guarda exclusiva del menor; es decir que tan solo uno de los progenitores tendría la custodia total, y el otro disfrutaría de un régimen de visitas, siendo, además, en muchos de los casos, la custodia exclusiva materna.

No fue hasta la reforma efectuada por la Ley 15/2005 cuando el legislador incluiría en el CC una opción que establecería la custodia compartida, mediante la modificación del art. 92 de este código.

Aun así, no sería hasta la entrada en vigor de la ley 5/2011, de relaciones familiares en la CV, donde contaríamos con una Ley que permitiera un giro en la vida de los hombres y mujeres y en su entorno, en sus derechos y obligaciones en

35 BARCELÓ FERRER, I.: "La protección del menor en situación de riesgo en la Ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 688-699.

el ámbito familiar, posibilitando una igualdad efectiva entre mujeres y hombres y una transformación de género dentro de la familia.

Por otro lado, la CV, reconoce en su Estatuto de autonomía, que tiene competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano, siempre respetando a la norma suprema, la CE. Fue por esto, por lo que tuvieron lugar diversas aprobaciones de leyes sobre derecho de familia, como fueron la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas en la Comunidad Valenciana, y por supuesto la nombrada Ley de Relaciones familiares 5/2011.

Aun con las ventajas de esta Ley, el TC la declara inconstitucional poniendo como argumento principal la falta de competencia de la CV para legislar en Derecho civil, desde ese momento los ciudadanos de la CV quedan desamparados de esta ley, la cual ha servido de modelo para muchas otras similares, pero es importante destacar que esta declaración de inconstitucionalidad no supone la vuelta a un modelo monoparental absoluto.

Es cierto, que la custodia compartida, tras la derogación de la LRF 5/2011, se considera una medida más aceptada incluso “deseable”, por lo que se percibe gran avance, tratándose en todo momento de que la decisión de uno u otro régimen no sean considerados como un premio o una derrota para los progenitores, si no el mayor beneficio para el menor.

Frente a esta situación, y la vuelta a la legislación del CC en este ámbito, la solución más rápida sería la creación de un pacto entre la Generalitat Valenciana y el Gobierno del Estado que tuviese como objetivo, una solución singular por la vía de la transferencia de la plena competencia en materia de Derecho Civil Valenciano o por el art. 150.2 de la CE.

Otra opción sería una reforma constitucional que pusiera fin a la diferencia de criterios entre territorios, aunque la realidad es que el pueblo valenciano, no parece ser una gran fuerza para exigir esta reforma.

En conclusión, nuestro sistema necesita una reforma y un cambio en la regulación del modelo de custodia compartida. Una regulación adaptada a la de las demás comunidades autónomas que se rigen por su propio código.

El método de custodia compartida, se considera el más beneficioso para el interés superior del menor, pues le permite tener una relación con ambos progenitores, aunque estos se encuentren separados, siempre y cuando la situación entre ellos sea la normal y no concurra ninguna circunstancia que sea anómala.

V. BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1131-1142.

BARCELÓ FERRER, I.: "La protección del menor en situación de riesgo en la Ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 688-699.

BLASCO GASCÓ, F. DE P. y MORERA VILLAR, B.: "La guarda y custodia compartida en la Ley de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Congreso IDADFE*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 169-190.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

OMS: *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, OPS, Washington, 2002.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "La monoparentalidad como nuevo modelo familiar: Acciones previstas en la legislación para la protección del menor", *Actualidad civil*, 2018, núm. 11, pp. 1-20.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "La monoparentalidad derivada de la violencia de género: análisis de la cuestión", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2019, núm. 16, pp. 14-28.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

REYES LÓPEZ, M. J.: "Panorama de las normas de derecho de familia en la Comunidad Valenciana", *Revista de Derecho civil valenciano*, 2012, núm. 12, pp. 1-35.

RODRÍGUEZ OTERO, L. M. y LARA HERNÁNDEZ, Y. M.: "La violencia intragénero en México: el contexto de Nuevo León", *Revista Sexología y Sociedad*, 2016, 22(2), pp. 119-130.

TARDÓN OLMOS, M.: "El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica", *La Ley. Derecho de familia*, 2016.

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A.: "La custodia compartida en supuestos de violencia familiar", *Blog SEPIN*, 2015.

VIDAL FERNÁNDEZ, F.: "Los nuevos aceleradores de la violencia remodeladas", en *Nuevos escenarios de violencia* (coord. por A. GARCÍA-MINA FREIRE), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008, pp. 17-47.

YUGUEROS GARCÍA, A. J.: "La protección de los menores víctimas de violencia de género en España", *Revista de ciencias sociales*, 2016, núm.70, pp. 38-52.



LA REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL ENTORNO EUROPEO*

REGULATION OF CHILD CUSTODY IN THE EUROPEAN CONTEXT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 698-727

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae"; IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores"; IIPP. Sofía De Salas Murillo/Mª Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de septiembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Los distintos países europeos recogen figuras y reglas diversas para la determinación del modo en el que se va a organizar el cuidado de los hijos menores tras la ruptura de una pareja. Este trabajo presenta las normas previstas por los ordenamientos jurídicos de España, Italia, Francia, Inglaterra, Bélgica, Alemania y la República Checa; así como el régimen legal previsto en cada una de ellas para los supuestos de falta de acuerdo entre los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado; matrimonio; separación; divorcio; guarda y custodia; menores.

ABSTRACT: *Different European countries contain diverse figures and rules to determine how childcare will be organized after a marital breakdown. This work presents the rules laid down by the legal systems of Spain, Italy, France, England, Belgium, Germany and the Czech Republic; as well as the proposed rules by each one in cases of the absence of agreement between the parents.*

KEY WORDS: *Comparative Law; marriage; separation; divorce; custody; children.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO ESPAÑOL.- III. DERECHO ITALIANO.- IV. DERECHO FRANCÉS.- V. DERECHO INGLÉS.- VI. DERECHO BELGA.- VII. DERECHO ALEMÁN.- VIII. DERECHO CHECO.

I. INTRODUCCIÓN.

La ruptura de una pareja genera importantes consecuencias, no sólo en el ámbito patrimonial sino también en el personal, lo que hace necesaria la intervención del Derecho para reorganizar las relaciones entre los miembros de la familia, que obviamente serán distintas de las existentes durante la situación de convivencia.

Cuando la pareja cuenta con hijos menores, una de las cuestiones más importantes consiste en determinar qué progenitor va a asumir la atención y cuidado directo de los mismos, un aspecto que los distintos países europeos han ordenado de una forma muy diversa. No en vano, las figuras previstas en los distintos ordenamientos distan mucho las unas de las otras, al igual que ocurre con el régimen legal supletorio que recogen.

El objeto este trabajo es presentar las normas que regulan la atribución del cuidado de los hijos menores tras la ruptura de pareja en el Derecho comparado europeo, con especial referencia a la situación existente en los Derechos español e italiano. Así mismo, se va a analizar el régimen legal previsto en cada una de ellas para los supuestos en los que los progenitores no llegan a un acuerdo acerca del cuidado de sus hijos menores tras la ruptura de la pareja.

Cabe advertir que me voy a referir sólo a las legislaciones europeas que he considerado más relevantes —bien por su cercanía o bien por las peculiaridades que recogen—.

II. DERECHO ESPAÑOL.

De acuerdo al artículo 154 del Código Civil español, la patria potestad comprende tres grandes ámbitos: velar por los hijos —lo que incluye tenerlos

• Javier Martínez Calvo

Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Jorge. Acreditado Profesor Ayudante Doctor. Dirección de correo electrónico: jjaviermartinezcalvo@gmail.com.

en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral—, representarlos y administrar sus bienes. La figura de la guarda y custodia se integra en el primero de los mencionados aspectos, es decir, en el derecho/deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

Cuando los progenitores viven juntos, la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados queda subsumida dentro del ejercicio cotidiano de la patria potestad y, por tanto, corresponderá conjuntamente a ambos progenitores. Pero cuando se rompe la convivencia de los padres o no ha habido convivencia, resulta difícil que los hijos convivan con ambos progenitores simultáneamente, siendo necesario confiar la compañía, atención y cuidado directo de los mismos a uno de ellos —o a ambos, pero de forma ordenada en el tiempo—. A ello responde la figura de la guarda y custodia.

En los supuestos de nulidad, separación o divorcio, ambos cónyuges mantendrán como regla general tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, con independencia de a cuál de ellos se otorgue la guarda y custodia del menor (ello salvo que excepcionalmente las partes hayan acordado o el juez haya decidido establecer el ejercicio individual en favor de uno de los progenitores —art. 92.4 CC—). Las únicas facultades que el progenitor no custodio tiene limitadas son: la relativa a tener a los menores en su compañía, que se reduce a los periodos de comunicación establecidos; y la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día, que, por razones prácticas, corresponderá al progenitor que se encuentre con el menor en cada momento.

Aunque el Código Civil español se refiere en numerosas ocasiones a la guarda y custodia, no recoge un concepto de la misma. Ha sido la doctrina la que ha elaborado una definición de esta figura, entendiendo que implica la convivencia diaria con el menor¹ y el cuidado directo de éste² —incluyendo aspectos tales como la alimentación, la educación y formación, la vigilancia y control, etc.—, así

1 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, p. 672; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, núm. 2, p. 4; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 144; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, p. 586; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, p. 25.

2 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C.: “La regulación de la custodia compartida”, cit., p. 144; LÓPEZ ROMERO, P.M.: “Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial”, *Economist & Jurist*, 2011, vol. 19, núm. 151, p. 38; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Guarda y custodia de los hijos”, cit., p. 25.

como la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia³. En cambio, las decisiones de mayor importancia deberán ser adoptadas conjuntamente por ambos progenitores, ya que el ejercicio de la patria potestad se mantiene compartido. Por tanto, son dos los aspectos que incluye la guarda y custodia: la convivencia con el menor y la adopción de las decisiones cotidianas o de menor importancia que exija su atención y cuidado. Decisiones que, no olvidemos, no corresponden en exclusiva al custodio, sino que serán adoptadas por el progenitor que esté en compañía del menor en cada momento.

Con carácter general, existen dos regímenes diferentes de guarda y custodia: exclusiva y compartida. Aunque hay autores que incluyen también la guarda y custodia partida o distributiva⁴, a mi modo de ver, resulta discutible que pueda considerarse una modalidad de guarda y custodia en sentido estricto. Téngase en cuenta que con esta denominación se suele hacer referencia a aquellos supuestos en los que, existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado preponderantemente a uno de los progenitores y el del resto al otro, de modo que los menores no conviven entre sí. Pues bien, en relación con cada hermano, aunque estén separados, la custodia será individual o compartida, por lo que parece que ello no constituye un modo de organizar la guarda y custodia —como ocurre la guarda y custodia exclusiva y con la compartida—, sino un criterio de organización.

En relación con la regulación de la guarda y custodia en el Código Civil, debe partirse de la existencia de una dualidad normativa, ya que encontramos previsiones al respecto tanto en sede de ruptura matrimonial como en sede de patria potestad.

En cuanto a las reglas previstas en sede de nulidad, separación y divorcio, se recogen en los artículo 90 —relativo al contenido mínimo del convenio regulador—, 91 —que recoge la obligación de que el juez se pronuncie sobre la guarda y custodia de los menores—, 92 —precepto fundamental en la materia que nos ocupa, pues es el que recoge las reglas para la atribución de la guarda y

3 Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007, p. 321; ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 2, p. 4; y SERRANO GARCÍA, J.A.: “Guarda y custodia de los hijos”, cit., p. 25.

4 Vid. a modo de ejemplo: CATALÁN FRIAS, M.J. (et. al.): “La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2007, vol. 17, p. 133; NAVAS NAVARRO, S.: “Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)”, *Revista de derecho de familia*, 2012, núm. 54, p. 52; ESCUDERO BERZAL, B.: “Custodia compartida: atribución vivienda familiar”, *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2013, núm. 6, p. 43; LIÑÁN GARCÍA, A.: “El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 32, p. 19; y CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014, p. 76.

custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores —, 94 —que regula el régimen de relación y comunicación entre los menores y el progenitor no custodio— y 103 —relativo a las medidas previas y provisionales—.

Como he anticipado, también habrá que tener en cuenta las reglas relativas a la patria potestad, en especial las previstas en los artículos 154 —que recoge, entre otras cuestiones, el contenido de la patria potestad—, 156 —relativo al ejercicio de la patria potestad—, 159 —que se refiere al cuidado de los hijos menores en los supuestos en los que sus padres no conviven juntos y al derecho del menor a ser oído— y 160 —que recoge el derecho de ambos progenitores a relacionarse con sus hijos menores, con clara referencia al principio de coparentalidad—.

Además, algunas Comunidades Autónomas han entrado a regular la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores en los supuestos de ruptura matrimonial de sus progenitores. En concreto, han promulgado sus propias normas en esta materia las Comunidades de Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, integrada actualmente en el Código de Derecho Foral de Aragón —Decreto Legislativo 1/2011—), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña), Navarra (Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, integrada actualmente en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra —a través de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo—), País Vasco (Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) y Valencia (Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven). No obstante, la Ley valenciana ha sido anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre⁵.

Cuando los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, éste será establecido por el juez conforme a lo establecido por la ley. A continuación, voy a referirme al régimen legal supletorio de atribución de la guarda y custodia, es decir, el que rige en defecto de acuerdo de las partes.

Al respecto, el Código Civil español recoge una clara preferencia por el régimen de custodia exclusiva. Aunque la ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio,

5 Vid. STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192). Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana, vid. ampliamente: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 111-162.

introdujo por primera vez en el Código Civil la figura de la custodia compartida, le atribuyó un carácter excepcional.

La opción de establecer la custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores está prevista en el punto octavo del artículo 92 del Código Civil, que comienza con la palabra “excepcionalmente”, lo cual es bastante descriptivo del carácter residual que el legislador parece haberle querido dar a esta posibilidad⁶. Pero, además, exige unos requisitos mucho más restrictivos para la custodia compartida que para la exclusiva. Así, se requiere (a) que exista petición de parte, (b) que concurra informe favorable del ministerio fiscal —aunque, como enseguida veremos, el inciso “favorable” ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre⁷— y (c) que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés del menor.

a) El primer requisito que exige el artículo 92.8 del Código Civil para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores es que dicho régimen haya sido solicitado por al menos una de las partes. De acuerdo con ello, tal y como ha puesto de manifiesto la mayor parte de la jurisprudencia⁸ y doctrina⁹, no cabe la posibilidad de que el juez establezca la custodia compartida de oficio¹⁰. En cuanto a la forma que debe adoptar la petición

6 Vid. TENA PIAZUELO, I.: “La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida”, en AA.VV.: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 62; y SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: “La custodia compartida como modelo preferente”, *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 4.

7 STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012 185).

8 Vid. STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185), STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909), STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), SAP Zaragoza 24 octubre 2005 (JUR 2005, 241134), SAP Barcelona 4 julio 2007 (JUR 2007, 276723), SAP Lleida 12 julio 2007 (JUR 2007, 292467), SAP Alicante 11 junio 2009 (JUR 2009, 370489), SAP Málaga 30 junio 2011 (JUR 2012, 45855) y SAP Murcia 24 mayo 2012 (Ar. JUR 2012, 232812).

9 Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, A.M.: “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)”, en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm. 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 226; LÓPEZ ORDINALES, J.J.: “Custodia compartida. Cuestiones procesales”, en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm. 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 280; TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, 2008, núm. 41, p. 66; TENA PIAZUELO, I.: “La ruptura de pareja con hijos”, cit., p. 63; ROMERO COLOMA, A.M.: “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica”, *La Ley*, 2010, tomo 5, núm. 7504, p. 1555; DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 91; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), Edisofer, 2016, 5ª ed., p. 183; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013”, *Economist & Jurist*, 2013, vol. 21, núm. 172, p. 53; y DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en España”, *VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: Reformas legislativas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Departamento de Derecho (en colaboración con el IBIDE), Valencia, 2015, p. 5.

10 Vid. MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)”, *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 4-5.

del régimen de custodia compartida, parece que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria —para el caso de que no se admita la pretensión principal—¹¹. Ahora bien, no resultará suficiente con que ambos progenitores hayan solicitado para sí la custodia exclusiva —así lo ha interpretado buena parte de la jurisprudencia¹² y doctrina¹³—.

b) Respecto al informe favorable del ministerio fiscal, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre¹⁴ declaró la inconstitucionalidad del inciso “favorable” previsto en el art. 92.8 CC, por lo que este ya no se configura como un requisito indispensable para acordar el régimen de custodia compartida. Para declarar su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se basó en que suponía una limitación de la potestad jurisdiccional —art. 117.3 CE—, y en que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24 CE—. Cabe advertir que lo anterior no quiere decir que el ministerio fiscal no intervenga en el proceso. De hecho, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los hijos menores, el juez debe recabar en todo caso informe del ministerio fiscal —art. 92.6 CC—. Lo que ocurre es que la inexistencia de informe favorable ya no resulta admisible como fundamento para negar la admisión del régimen de custodia compartida.

c) Por último, el artículo 92.8 del Código Civil exige como requisito para la custodia compartida que quede acreditado que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Por tanto, no es suficiente con que el régimen de custodia compartida sea el que más beneficia al interés superior del menor, sino que resulta necesario que sea la única forma en que dicho interés quede protegido. Así ha sido interpretado por jurisprudencia¹⁵ y doctrina¹⁶. A mi modo de ver, se trata de un requisito demasiado estricto, ya que obstaculiza enormemente la aplicación del régimen de custodia compartida. Además, plantea serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor. Piénsese,

11 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida”, cit., p. 704; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p. 437; y MARTÍNEZ CALVO, J.: “Determinación del régimen de guarda y custodia”, cit., p. 5.

12 Vid. STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909) —entre otras—.

13 Vid. TENA PIAZUELO, I.: “La ruptura de pareja con hijos”, cit., p. 63.

14 Vid. STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).

15 Vid. SAP Barcelona 8 enero 2007 (JUR 2007, 192980), SAP Badajoz 15 enero 2007 (JUR 2007, 81749), SAP Valencia 15 enero 2007 (JUR 2007, 235242), SAP Albacete 19 enero 2007 (JUR 2007, 88847), SAP Madrid 24 enero 2007 (JUR 2007, 177562), SAP A Coruña 24 enero 2007 (JUR 2007, 81326), SAP Madrid 15 febrero 2007 (JUR 2007, 152960), SAP Castellón 7 marzo 2007 (JUR 2007, 273649), SAP Valencia 15 marzo 2007 (JUR 2007, 273061), SAP Sevilla 27 abril 2007 (JUR 2008, 26460), SAP Las Palmas 23 noviembre 2007 (JUR 2008, 65497), SAP Valencia 7 octubre 2009 (JUR 2010, 72280) y SAP de Murcia 28 enero 2010 (JUR 2010, 158645) —entre otras—.

16 Vid. RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 del CC”, *Acciones e investigaciones sociales*, 2006, núm. extra I, p. 200; CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores*, cit., p. 364; DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos*, cit., p. 90; IVARS RUIZ, J.: “De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, núm. 796, p. 13; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, cit., p. 1325.

por ejemplo, en un supuesto en el que, pese a que el interés del menor quede protegido tanto por el régimen de custodia compartida como por el de custodia exclusiva, resulte mucho más conveniente el de custodia compartida. En este caso el juez se verá obligado a establecer el régimen de custodia exclusiva, es decir, deberá adoptar el régimen de guarda y custodia que menos beneficia al interés superior del menor, porque así se lo impone la ley.

Sin perjuicio de los restrictivos requisitos que prevé el Código Civil para adoptar el régimen de custodia compartida, lo cierto es que en los últimos años los tribunales están mostrándose cada vez más partidarios del establecimiento citado régimen. esultan especialmente reveladoras algunas de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, como la STS de 8 de octubre de 2009¹⁷, que inicia esta tendencia de superación de la excepcionalidad de la custodia compartida y, sobre todo, las STS de 7 de julio¹⁸ y de 22 de julio¹⁹ de 2011. En ellas, el Tribunal Supremo defiende que la expresión “excepcionalmente” con la que comienza el artículo 92.8 del Código Civil se refiere a la ausencia de acuerdo de los progenitores, no a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, o lo que es lo mismo, que la regla general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. Incluso llega a considerar que la guarda y custodia compartida debe ser la medida más normal y deseable.

Con ello, el Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley, yendo más allá del tenor literal de la misma y actuando como motor de cambio para una posible modificación legislativa.

Este proceso de avance de la custodia compartida hubiera concluido de prosperar la reforma que pretendía impulsar el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013. En dicho Anteproyecto, aun sin dotar al régimen de custodia compartida de un carácter decididamente preferente, se superaba su carácter excepcional, equiparándolo al régimen de custodia individual y dejando en manos del juez la decisión sobre qué modalidad de custodia es más conveniente en cada caso para el mejor interés del menor —art. 1.4 del Anteproyecto—. En cualquier caso, no llegó a ser aprobado, por lo que el sistema actual de preferencia por la custodia exclusiva permanece inmutable a la espera de una futura reforma.

En el ámbito de los derechos autonómicos encontramos dos Comunidades Autónomas que han establecido la guarda y custodia como régimen preferente en

¹⁷ Vid. STS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606).

¹⁸ Vid. STS 7 julio 2011 (RJ 2011, 5438).

¹⁹ Vid. STS 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676).

defecto de acuerdo entre las partes: Aragón —arts. 79.5, 80.2 y 80.5 y Disposición transitoria 6ª del Código del Derecho Foral de Aragón— y País Vasco —art. 9 Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores—. Además, también lo hacía la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven —art. 5.2—, que, como ya he señalado, ha sido anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre²⁰.

Cabe señalar que la existencia de dicha preferencia no implica que el régimen de guarda y custodia compartida se aplique de forma automática²¹, ya que las normas autonómicas que la han previsto no impiden la posibilidad de que se atribuya la guarda y custodia de los hijos exclusivamente a uno de los progenitores si es lo que más conviene al interés del menor²². Por tanto, nos encontramos ante una presunción “iuris tantum”, que cesará cuando exista prueba en contrario²³. Dicha prueba consistirá en acreditar que el régimen de custodia exclusiva o unilateral protege mejor el interés superior del menor.

Por ello, podemos afirmar que la principal consecuencia que implica la preferencia por la custodia compartida es que, en aquellas ocasiones en las que el interés del menor quede igualmente salvaguardado con el régimen de custodia compartida y con el de custodia exclusiva, el juez deberá decantarse por el primero²⁴.

Además, hay otras dos Comunidades Autónomas que han equiparado los regímenes de custodia compartida y exclusiva, sin establecer preferencia legal por ninguno de ellos: Cataluña —arts. 233-8.1 y 233-10.2 del Código Civil de Cataluña — y Navarra —Ley 71.1 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra—. Ello conlleva que el juez goce de libertad para establecer uno u otro régimen de guarda y custodia en función de lo que considere más conveniente para el interés superior del menor.

20 Vid. STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).

21 Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coords. M. CUENA CASAS, L.A. ÁNGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, p. 1458; y CALLIZO LÓPEZ, M.Á.: “Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2012, núm. 30, p. 20.

22 Vid. art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 9.6 de la Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.4 de la Ley valenciana 5/2011 (recientemente anulada por el TC).

23 Vid. en este sentido HERRERA DE LAS HERAS, R.: “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Civil*, 2011, núm. 10, p. 1145; y DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, núm. 731, p. 1629.

24 Vid. ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida”, cit., p. 11.

III. DERECHO ITALIANO.

Las dos figuras que utiliza el Derecho italiano para articular el modo en el que los progenitores van a atender a sus hijos tras la ruptura matrimonial son el “affidamento” y la “collocazione”²⁵:

El “affidamento” se recoge en los artículos 337 ter a 337 octies del Codice Civile y tiene como principal objeto regular el modo concreto en el que se va a ejercer la responsabilidad parental —“responsabilità genitoriale”— sobre los hijos una vez que tiene lugar la ruptura de pareja de sus progenitores²⁶. Aquí encontramos la primera diferencia con la guarda y custodia española, que, como hemos visto, con carácter general no afecta al ejercicio de la patria potestad, que sigue correspondiendo a ambos padres —art. 92.4 CC—.

Además, a diferencia de la guarda y custodia española, el “affidamento” no siempre comprende la determinación del progenitor que va a convivir con el menor —tal y como ha sido puesto de manifiesto de forma prácticamente unánime por jurisprudencia²⁷ y doctrina²⁸—. Sí la incluye en los supuestos en los que se atribuye a uno de los progenitores —“affidamento esclusivo”—, pero no en aquellos en los que se asigna conjuntamente a ambos —“affidamento condiviso”—, ya que en estos casos la determinación del progenitor que va a convivir junto al menor es objeto de una decisión ulterior. Prueba de ello es que el Codice Civile italiano, tras regular el “affidamento”, encarga al juez la tarea de determinar el tiempo y

25 Sobre el *affidamento* y la *collocazione* en el Derecho italiano, y sus diferencias con la guarda y custodia española, *vid. ampliamente*: MARTÍNEZ CALVO, J.: “El ‘affidamento’ y la ‘collocazione’ en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española”, *Revista de Derecho de Familia*, 2018, núm. 78, pp. 51-88.

26 *Vid. Trib. Bologna*, 24 aprile 2006; *Trib. Messina*, 18 luglio 2006; *Trib. Milano*, 6 ottobre 2006; *Trib. Viterbo*, 18 ottobre 2006; y *Trib. Firenze*, 13 dicembre 2006. *Vid. también*: LONGO, F.: “Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso”, *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. I, p. 8; FAVA, G.: “Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà”, *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc.12, p. 3; GRASSI, C.: “Potestà genitoriale e affidamento della prole”, *Giustizia Civile*, 2008, fasc.10, p. 5; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso e individuale”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 51 y 115; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)”, en AA.VV.: *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* (G.F. BASINI, G. BONILINI y M. CONFORTINI), Utet Giuridica, 2014, p. 1160.

27 *Vid. Trib. Salerno*, 30 giugno 2006; *Trib. Messina*, 18 luglio 2006; *Trib. Milano*, 6 ottobre 2006; *Trib. Viterbo*, 18 ottobre 2006; *Trib. Firenze*, 13 dicembre 2006; *Trib. Pisa*, 20 dicembre 2006; *Cass.*, 8 febbraio 2012; *Cass.*, 17 maggio 2012; y *Cass.*, 15 maggio 2013.

28 *Vid. CASONE, C.*: “Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli”, *Diritto & Giustizia*, 2005, fasc.8, p. 3; DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, p. 91; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”: L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, p. 221; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, *cit.*, p. 48 y 51; CUBEDDU, M.G.: “Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti”, *Rivista del notariato*, 2010, fasc.1, p. 6; IRTI, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010, p. 39; AULETTA, T.: “L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 6, p. 4; ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 10, p. 2; y BASINI, G.F., “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, *cit.*, p. 1148.

modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores —art. 337 ter.2—.

Resulta conveniente realizar con una breve mención a la evolución que ha experimentado la legislación italiana relativa al “affidamento”. Para ello, me detendré en tres importantes hitos: la Ley nº 898, de 1 de diciembre de 1970 —y, más en concreto, la modificación introducida en la misma a través de la Ley nº 74, de 6 de marzo de 1987—, la Ley nº 54, de 8 de febrero de 2006 y el Decreto Legislativo nº 154, de 28 de diciembre de 2013.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley nº 54 de 2006, la regulación italiana del “affidamento” se recogía en dos normas diferentes: por un lado, estaba el Codice Civile, que en su artículo 155.1 preveía únicamente el “affidamento esclusivo”²⁹; y, por otro la Ley nº 898, de 1 de diciembre de 1970 —conocida como Ley del divorcio—, que, tras la reforma introducida por la Ley nº 74, de 6 de marzo de 1987, establecía en su art. 6.2 la posibilidad de establecer también el “affidamento congiunto” y el “alternato”³⁰. Se discutía si esta última norma era aplicable también a los supuestos de separación, una posibilidad respecto a la que tanto la jurisprudencia³¹ como la doctrina mayoritarias³² se pronunciaron en sentido favorable.

Por tanto, durante este periodo coexistieron en el Derecho italiano tres posibles regímenes de “affidamento” de los hijos menores para los supuestos de crisis de pareja: “exclusivo”, “congiunto” y “alternato”.

El “affidamento esclusivo” se caracterizaba —y se sigue caracterizando— porque la responsabilidad parental era ejercida, con carácter general, por uno solo de los progenitores —el “affidatario”—³³. En este sentido, tanto el Codice Civile —art. 155.3— como la Ley del divorcio de 1970 —art. 6.4— atribuían en exclusiva al progenitor “affidatario” el ejercicio de la responsabilidad parental³⁴.

29 “Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati”.

30 “Ove il Tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato”.

31 Vid. Cass., 13 luglio 1987; Cass., 2 luglio 1990; Cass., 4 maggio 1991; y Cass., 13 dicembre 1995.

32 Vid. VAGLIO, S.: “Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio”, *Famiglia e Diritto*, 1995, núm. 3, p. 2; MORELLO DI GIOVANNI, D.: “Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi”, *Famiglia e Diritto*, 1997, fasc. 5, p. 1; FIORAVANTI, C.D.: “Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, 2002, fasc. 1, p. 4; FIGONE, A.: “L'affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione”, *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 4, p. 1; MERELLO, S.: “I rapporti personali tra genitori e figli”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, fasc. 3, p. 15; CASCONI, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 2; DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 11; ANSALDO, A.: “Il divorzio”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 177; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 187; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1152.

33 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 45.

34 “Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi”.

La ley no señalaba, sin embargo, en qué consistían el “affidamento congiunto” y el “alternato”, por lo que fue la doctrina la que configuró su contenido:

En cuanto al “affidamento congiunto”, se consideró que suponía el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, y, aunque tuvo una escasa aplicación práctica, es posible encontrar en la jurisprudencia algunos pronunciamientos que lo establecen³⁵.

Respecto al “affidamento alternato”, su nota más característica es que comportaba un reparto equitativo del tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores³⁶. En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental, la doctrina no terminaba de ponerse de acuerdo acerca de si en estos supuestos la ejercía en exclusiva el progenitor que tenía al menor en cada momento o debía establecerse un ejercicio conjunto³⁷. Tampoco estaba claro si eran los hijos los que debían ir rotando entre las viviendas de sus progenitores o si, por el contrario, éstos permanecían en la misma vivienda y los que rotaban eran los progenitores. Lo cierto es que la jurisprudencia tampoco terminó de aclarar todas estas cuestiones, ya que el “affidamento alternato” apenas llegó a aplicarse³⁸.

El 16 de marzo de 2006 entró en vigor la Ley n° 54, de 8 de febrero de 2006 y la regulación del “affidamento” pasó a estar recogida en los artículos 155 al 155 sexies del Codice Civile. Cabe señalar que la mencionada norma supuso una profunda reforma de la materia que nos ocupa: se prescindió del “affidamento congiunto” y del “alternato”, previendo únicamente dos modelos de “affidamento”: el “condiviso” —art. 155.2 del Codice Civile— y el “esclusivo” —art. 155 bis del Codice Civile—.

El “affidamento esclusivo” se configura en los mismos términos que antes de la reforma y, en cuanto al “affidamento condiviso”, guarda gran similitud con el “affidamento congiunto” que preveía la Ley del divorcio de 1970, hasta el punto de que la doctrina duda de que exista en realidad alguna diferencia entre uno y otro³⁹.

35 Vid. Trib. Min. Perugia, 1 marzo 1994; y Trib. Brindisi, 11 gennaio 2001.

36 Vid. MERELLO, S.: “I rapporti personali”, cit., p. 14; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 49; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 50; y ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 2.

37 Vid. CASCONI, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 5; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 49; y FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., pp. 61 y 86.

38 Uno de los pocos pronunciamientos en establecer el “affidamento alternato” fue la Sentencia del Tribunal de Roma de 12 de mayo de 1987, que dispuso que los hijos permanecieran en la misma vivienda y los padres fueran ocupando el que había sido el domicilio conyugal durante los periodos de convivencia con ellos.

39 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 141.

La reforma estuvo inspirada en el principio de “bigenitorialità”⁴⁰, que sustituyó al de “monogenitorialità”⁴¹ y que supone que ambos progenitores deben tener un contacto continuado con sus hijos menores y desempeñar un rol paritario en su educación, formación y cuidado⁴². A la vista de ello, el principio de “bigenitorialità” puede identificarse con nuestros principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental.

La normativa volvió a ser objeto de reforma a través del Decreto Legislativo nº 154, de 28 de diciembre de 2013 —con entrada en vigor el 7 de febrero de 2014—; aunque dicha reforma no supuso en realidad un gran cambio y, en líneas generales, se limitó a trasladar la regulación del “affidamento” a los artículos 337 ter a 337 octies del Codice Civile, dejando sin contenido los artículos 155 al 155 sexies.

La jurisprudencia y doctrina italianas vienen utilizando el término “collocazione”⁴³ —aunque en ocasiones se le han dado denominaciones diversas: “domiciliazione privilegiata”⁴⁴, “residenza principale”⁴⁵, etc.— para referirse a la cuestión de qué progenitor va a convivir con el menor tras la ruptura de la pareja.

Desde este punto de vista, la guarda y custodia española podría equipararse en cierto modo a la “collocazione”, en la medida en que permite determinar qué progenitor va a convivir en el día a día con el menor y, en principio, no afecta al ejercicio de la patria potestad, que salvo casos excepcionales se mantiene de forma conjunta en ambos progenitores —art. 92.4 CC—. No obstante, esto tampoco es del todo cierto, o al menos, supone una visión demasiado simplista de la guarda y custodia. Es inevitable que el cuidado directo del menor requiera la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia que, por razones de inmediatez, deberán ser tomadas por el progenitor que en cada momento se encuentre en compañía del menor. Por ende, cuando se debate sobre la guarda y custodia,

40 Vid. Trib. Bari, 13 settembre 2006. Vid. también: GRASSI, C.: “Potestà genitoriale”, cit., pp. 1 y 3; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 96; DOGLIOTTI, M.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 13; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1141.

41 Vid. ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 182.

42 Vid. DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 5; ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 182; IRTI, C.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 37; y ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 2.

43 Vid. Trib. Bologna, 26 aprile 2006; Trib. Bari, 13 settembre 2006, Cass., 10 ottobre 2008; Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; y Cass., 15 maggio 2013. Vid. también: VAGLIO, S.: “Affidamento dei figli”, cit., p. 1; MORELLO DI GIOVANNI, D.: “Affidamento congiunto”, cit., p. 2; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 116; BATÀ, A. y SPIRITO, A.: “Separazione dei coniugi e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. I, p. 1; ARCERI, A.: “Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità”, *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 7, p. 3; AULETTA, T.: “L’attuazione dei principi sull’affidamento dei figli”, cit., p. 9; BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1148; y DI LALLO, A.: “Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità”, *Diritto & Giustizia*, 2016, fasc.10, p. 4.

44 Vid. Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Pisa, 9 maggio 2007; y Trib. Messina, 25 settembre 2007.

45 Vid. Trib. Civitavecchia, 2 ottobre 2007. Vid. también: SACCHETTI, L.: “Dell’affidamento congiunto imposto”, *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 3, p. 4.

se están planteando dos cuestiones: quién va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado. Es por ello que podemos decir que, aunque la guarda y custodia española se identifica principalmente con la “collocazione” italiana, también mantiene algunos puntos de conexión con la figura del “affidamento”.

Como ya he anticipado, en los supuestos de “affidamento esclusivo”, la determinación del progenitor con el que va a convivir el menor no plantea mayores problemas, puesto que el “affidamento” incluirá también la “collocazione”, que, por tanto, corresponderá al progenitor “affidatario”.

El problema se plantea en aquellos supuestos en los que se acuerda el “affidamento condiviso”, pues será necesario determinar qué progenitor va a convivir con el menor, o lo que es lo mismo, el régimen de “collocazione”. A ello se refiere el artículo 337 ter.2 del Codice Civile, que señala que el juez debe determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores⁴⁶. Por ende, en el caso del “affidamento condiviso”, se distinguirá entre el progenitor “affidatario” conviviente con el menor —“collocatario”— y el progenitor “affidatario” que no convive con él —“no collocatario”—⁴⁷.

Antes de la reforma de 2006, la doctrina italiana ya venía considerando que el “affidamento congiunto” presentaba dos modalidades⁴⁸: el “affidamento congiunto con residenza privilegiata”, referido a aquellos supuestos en los que el menor residía de forma permanente con uno de los progenitores; y el “affidamento congiunto con residenza alternata”, en el que el menor alternaba su permanencia con uno u otro progenitor en los periodos de tiempo convenidos⁴⁹.

Con la reforma impulsada por la Ley n° 54 de 2006, la única referencia a la “collocazione” pasó a recogerse en el art. 155.2 del Codice Civile: “il giudice(...) determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”. Ya hemos visto que, tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo n° 154 de 2013, el nuevo artículo 337 ter.2 del Codice Civile recoge el mismo contenido que el antiguo artículo 155.2.

El hecho de que continúe sin estar prevista en el Derecho italiano la posibilidad de que el juez establezca una “collocazione” similar con ambos progenitores, no quiere decir que se excluya⁵⁰. A esta modalidad de “collocazione” se le suele

46 “il giudice(...) determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”.

47 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 222.

48 Ibidem, p. 55.

49 Ibidem, p. 56.

50 Ibidem, p. 226.

denominar “collocazione alternata”⁵¹, y, aunque su aplicación práctica ha sido escasa, es posible encontrar algún pronunciamiento que la adopta⁵².

En cuanto al régimen jurídico supletorio previsto en el ordenamiento italiano, en el caso del “affidamento”, en los supuestos en los que no existe acuerdo entre las partes, antes de la reforma del año 2006, la doctrina mayoritaria consideraba que de la ley italiana se desprendía una cierta preferencia por el “affidamento esclusivo”⁵³, ya que regulaba con minuciosidad esta modalidad de “affidamento” y sin embargo apenas decía nada del “congiunto” y del “alternato”. No obstante, también hay quien interpretaba que ninguna de las tres modalidades de “affidamento” tenía un carácter preferente sobre el resto⁵⁴. En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica se establecía el “affidamento esclusivo” en más del 90% de los casos⁵⁵ —y en favor de la madre en el 85% de ellos⁵⁶—. El principal argumento era que el “affidamento esclusivo” favorecía la estabilidad del menor⁵⁷.

Con la reforma de 2006, no sólo se introdujo en el Derecho italiano el denominado “affidamento condiviso”, sino que además se le dotó de carácter preferente —arts. 155.2 y 155 bis del Codice Civile, tras la redacción que les dio la Ley nº 54 de 2006—. Así ha sido interpretado de forma prácticamente unánime por jurisprudencia⁵⁸ y doctrina⁵⁹.

Actualmente —tras la reforma introducida por el Decreto Legislativo nº 154 de 2013— la preferencia por el “affidamento condiviso” se desprende de los artículos 337 ter.2 y 337 quater.1 del Codice Civile. El primero de ellos, aun sin utilizar la expresión “affidamento condiviso”, prevé que el juez valorará “prioritariamente” la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a ambos progenitores⁶⁰. Pese

51 Vid. BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1151.

52 Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

53 Vid. CASCONE, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 2; DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 61; y ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 177.

54 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., pp. 79, 83 y 138.

55 Vid. FIORAVANTI, C.D.: “Separazione personale”, cit., p. 4; CASCONE, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 3; y FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 81.

56 Vid. CASCONE, C.: “Affidamento alternato?”, cit., p. 3. Vid. también: VENCHIARUTTI, A.: “Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni”, *Famiglia e Diritto*, 1996, fasc. 3, pp. 1 y 2.

57 Vid. Cass., 16 luglio 1992; Cass., 17 febbraio 1995; y Cass., 22 giugno 1999 —entre otras—.

58 Vid. App. Roma, 9 maggio 2007; y Trib. Catania, 2 ottobre 2007.

59 Vid. DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 63; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 137; GRASSI, C.: “Potestà genitoriale”, cit., p. 1; FAVA, G.: “Quando l'affido condiviso non funziona”, cit., p. 1; IRTI, C.: *Affidamento condiviso*, cit., p. 16; VECCHI, A.: “Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione”, *Diritto e Giustizia*, 2010, fasc. 0, p. 1; ARCERI, A.: “Affidamento esclusivo”, cit., p. 2; ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 2; y BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1142.

60 “Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori”.

a que no se nombre expresamente, la doctrina ha considerado se está refiriendo al “affidamento condiviso”⁶¹.

En cuanto al artículo 337 quater.1, limita la posibilidad de establecer el “affidamento esclusivo” a aquellos supuestos en los que el juez motive que el “affidamento” al otro progenitor resulta contrario al interés del menor⁶². De acuerdo a ello, se ha considerado que actualmente el “affidamento esclusivo” tiene un carácter residual, de tal manera que solo ante la presencia de comportamientos o situaciones evidentemente dañosas para los hijos puede excluirse el “affidamento condiviso”⁶³.

A diferencia de lo que hemos visto para el caso del “affidamento”, el Codice Civile italiano no prevé el régimen jurídico supletorio aplicable a la “collocazione”, limitándose a señalar en su artículo 337 ter.2 que el juez debe establecer el tiempo y la modalidad de permanencia del menor con cada progenitor⁶⁴. Aunque lo habitual es que la “collocazione” se atribuya a uno sólo de los progenitores, ya hemos visto que resulta posible establecer un régimen de “collocazione alternata”. En todo caso, el juez cuenta con discrecionalidad para establecer el régimen que considere más adecuado a cada caso concreto.

IV. DERECHO FRANCÉS.

En cuanto a la legislación francesa, las reglas sobre la guarda y custodia de los hijos menores están previstas en el artículo 373.2.9 del Code Civil, que fue modificado por la Ley 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad⁶⁵. En dicha reforma se introdujo la figura de la guarda y custodia compartida, aunque se le dio la denominación de residencia alterna —“résidence alternée”—.

De acuerdo al mencionado precepto, en defecto de acuerdo entre las partes, no se otorga carácter preferente a ningún régimen de guarda custodia⁶⁶; o lo que

61 Vid. FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 185.

62 “Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”.

63 Vid. DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso*, cit., pp. 91 y 116; FEBBRAJO, T.: *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”*, cit., p. 190; ANSALDO, A.: “Il divorzio”, cit., p. 183; IRTI, C.: *Affidamento condiviso*, cit., pp. 23 y 30; y VECCHI, A.: “Conferma”, cit., p. 1.

64 “determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore”.

65 Impulsada por la entonces Ministra de la Familia y la Infancia, Segolène Royal —vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor”, *I curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*, 2009. (Trabajo de investigación), p. 7—.

66 “la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux”.

es lo mismo, se equiparan los regímenes de custodia compartida —"rèsidence alternée"— y exclusiva⁶⁷.

Además, el artículo 373.2.9 del Code Civil permite al juez establecer la custodia compartida provisionalmente a modo de prueba⁶⁸. Tras dicho periodo, éste deberá pronunciarse definitivamente sobre la guarda y custodia del menor⁶⁹. Del tenor literal del mencionado precepto podría extraerse incluso que, en caso de que el juez decida optar por el régimen de custodia compartida, tiene que fijarla obligatoriamente a modo de prueba durante un determinado periodo de tiempo⁷⁰. No obstante, la jurisprudencia ha superado el tenor literal de la ley y ha precisado que el juez puede optar por establecer directamente la custodia compartida, sin que se exija por tanto dicho periodo de prueba⁷¹.

V. DERECHO INGLÉS.

En el Derecho inglés, la atribución de la guarda y custodia de los menores se recoge en la Children Act 1989. En su Part. II, Section 8 (I) regula, por medio de las denominadas "orders", diversos aspectos relativos al menor. Las "orders" pueden ser de tres tipos: "a child arrangements order", a través de la cual se determina la persona con la que va a convivir el menor y el modo en el que se va a relacionar con otras personas—que podrá ser el progenitor que no convive con el menor, sus familiares o cualquier persona ligada al menor por un vínculo afectivo⁷²—; "a prohibited steps order", que supone una prohibición de adoptar una determinada decisión por parte de sus progenitores sin contar con el consentimiento del tribunal; y "a specific issue order", cuyo objetivo es solucionar cualquier controversia concreta que pueda surgir en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre un menor. A nosotros nos interesa la "child arrangements order".

Lo primero que llama la atención es que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en el que es obligatorio determinar el régimen de guarda y

67 Vid. VARELA PORTELA, M.J.: "¿Custodia compartida o interés del/la menor?", *XXIV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas: el retroceso de los derechos de las mujeres en el siglo XXI*, Salamanca, 2012, pp. 18 y 25.

68 "A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux".

69 "Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux".

70 Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2005, p. 31; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 400; y PICONTÓ NOVALES, T.: "Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, p. 302.

71 Vid. Cour de cassation, 14 février 2006.

72 Vid. ZAMBRANO, V.: "Affidamento condiviso ed esperienze europee", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 310.

custodia de los hijos menores —arts. 90.I a) y 91 CC—, en el Derecho inglés no se requiere la intervención de los tribunales para la asignación de la guarda y custodia, a menos que los padres soliciten del tribunal una “child arrangements order”⁷³. Por tanto, la autoridad judicial sólo intervendrá cuando resulte absolutamente imposible que los progenitores organicen por sí mismos la vida familiar tras la ruptura y uno de ellos solicite dicha intervención⁷⁴.

Respecto a la posibilidad de adoptar la custodia compartida, el juez cuenta con plena libertad para acordar que el menor viva con una sola persona o varias personas de forma alternativa, sin que exista preferencia legal por ninguno de los regímenes de guarda existentes⁷⁵.

VI. DERECHO BELGA.

En el Derecho belga, las reglas de atribución de la guarda y custodia se recogen en el artículo 374 del Code Civil. Dicho precepto fue modificado por la Ley de 18 de junio de 2006, introduciendo la custodia compartida. Ahora bien, la norma belga no utiliza la expresión custodia compartida, sino que habla de “résidence égalitaire” —residencia igualitaria— para referirse a esta figura.

El Derecho belga otorga carácter preferente al régimen de custodia compartida —“résidence égalitaire”—⁷⁶. Así se infiere del segundo párrafo del artículo 374 del Code Civile, que prevé que, en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, el juez debe optar preferentemente por el régimen de custodia compartida, salvo que resulte contrario al interés superior del menor⁷⁷. Además, ello queda reforzado por lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de 18 de junio de 2006, por la que se modificó el Code Civil belga: «contrariamente a la actual situación, ya no será el progenitor que solicite el “alojamiento igualitario” el que tendrá que demostrar la pertinencia del mismo, sino que será al progenitor que se opone a quien le corresponda demostrar que existe una contraindicación»⁷⁸. Por ende, se produce una inversión de la carga de la prueba, que se traslada a aquel que se oponga al alojamiento igualitario⁷⁹.

73 Vid. ZÚÑIGA, Á.: “La custodia compartida”, *Escritura pública*, 2012, núm. 78, p. 66.

74 Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida”, cit., p. 6.

75 Vid. VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., p. 25; y MORERA VILLAR, B.: *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia, 2014. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 06/04/2018), p.120.

76 Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C. (coord.): *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2006, p. 31; TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida”, cit., p. 679; VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., pp. 17 y 25; y ZÚÑIGA, A.: “La custodia”, cit., p. 66.

77 “A défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents”.

78 Traducción tomada de: PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C.: (coord.): *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 31.

79 Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C.: (coord.): *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 30.

VII. DERECHO ALEMÁN.

En cuanto al Derecho alemán, se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores tras la ruptura matrimonial en los parágrafos 1626 y 1671 del Bürgerliches Gesetzbuch —en adelante BGB—, pero no recoge una regulación específica de la guarda y custodia. Lo que hace es atribuir a uno de los progenitores —o a ambos— el ejercicio de la patria potestad en su conjunto⁸⁰. El ordenamiento alemán se limita a prever las reglas para la atribución del ejercicio de la patria potestad —§§ 1626 y ss. BGB — y no recoge una regulación específica de la guarda y custodia.

El párrafo primero del § 1626 atribuye a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad cuando los padres estén unidos en matrimonio⁸¹. Para el caso de que no sea así, el Bürgerliches Gesetzbuch prevé distintas reglas en función de si los progenitores han estado o no casados. En caso de que nunca lo hayan estado, el § 1626a(1) establece una serie de criterios específicos de atribución del ejercicio de la patria potestad⁸², en los que no me detendré por escapar a mi objeto de estudio. Por el contrario, pasaré directamente a los supuestos en los que los progenitores del menor, después de haber estado casados, han decidido poner fin a su matrimonio.

Las reglas de atribución del ejercicio de la patria potestad de los hijos en este último supuesto —es decir, cuando se produce la ruptura matrimonial de sus progenitores— están previstas en el § 1671 BGB, que establece un régimen bastante peculiar⁸³: en los supuestos de ruptura matrimonial, no habrá en principio

80 Vid. GODOY MORENO, A.: “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 320-321; DE TORRES PEREA, J.M.: Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, 2006, tomo LIX, fasc. II, pp. 687-688; LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida*, cit., p. 278; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida”, cit., p. 26.

81 “Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)”. La traducción al inglés es la siguiente: “The parents have the duty and the right to care for the minor child (parental custody). The parental custody includes the care for the person of the child (care for the person of the child) and the property of the child (care for the property of the child)” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

82 “Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, 1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), 2. wenn sie einander heiraten oder, 3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt”. La traducción al inglés es la siguiente: “where the parents, at the date of the birth of the child, are not married to one another, they have joint parental custody 1. if they declare that they wish to take on parental custody jointly (declarations of parental custody), 2. if they marry one another, or 3. if the family court transfers joint parental custody to them” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—. En caso de que no se dé ninguno de los anteriores supuestos, la patria potestad será ejercida en exclusiva por la madre —art. 1626⁹ (3): “Apart from this, the mother has parental custody”—.

83 “Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt(...)”. La traducción al inglés es la siguiente: “If parents live apart for a period that is not merely temporary, and if they have joint parental custody, each parent may apply for the family court to

pronunciamiento alguno acerca del ejercicio de la patria potestad, siendo la regla general el mantenimiento del ejercicio conjunto por parte de ambos progenitores. Sólo si alguno de ellos lo solicita, intervendrá la autoridad judicial atribuyendo a uno u otro el ejercicio de la patria potestad⁸⁴. Por tanto, la posibilidad de que se establezca el ejercicio exclusivo queda limitada a aquellos supuestos en los que alguno de los progenitores así lo solicite y el juez decida atender a sus pretensiones. Y es que, es posible que en defecto del mencionado acuerdo, uno de los progenitores acuda al juez solicitando que le atribuya el ejercicio exclusivo de la patria potestad pero éste no atienda a sus pretensiones, en cuyo caso estaría admitiendo tácitamente el mantenimiento del régimen compartido, aun sin acuerdo de los progenitores⁸⁵.

El carácter excepcional que ocupa actualmente el ejercicio exclusivo de la patria potestad en el ordenamiento jurídico alemán queda patente además si atendemos al § 1671 BGB, que sólo admite su adopción en dos supuestos⁸⁶: cuando el otro progenitor lo consienta y el menor no se oponga —si cuenta con más de catorce años—, o bien cuando el juez considere que el establecimiento de dicho régimen es más conveniente para el menor que el mantenimiento del régimen compartido. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán —Bundesverfassungsgericht— ha considerado que el ejercicio conjunto resulta contrario al interés del menor cuando no existe una buena relación entre las partes⁸⁷.

Obviamente, sin perjuicio de que se mantenga el ejercicio conjunto de la patria potestad, el hecho de que los progenitores no convivan exige que el progenitor con el que se encuentre el menor en cada momento ejerza en exclusiva algunas de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, en concreto las relativas a la adopción de decisiones cotidianas de escasa relevancia —§ 1687.1 BGB⁸⁸—.

transfer parental custody or part of parental custody to him alone” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

84 Vid. ZAMBRANO, V.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 294; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, cit., p. 1484.

85 DE TORRES PEREA, J.M.: “Tratamiento del interés del menor”, cit., p. 693; y ZAMBRANO, V.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 295.

86 “(...) Dem Antrag ist stattzugeben, soweit: 1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder, 2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht”. La traducción al inglés es la siguiente: “The application is to be granted to the extent that 1. the other parent consents, unless the child has reached the age of fourteen and objects to the transfer, or 2. it is to be expected that the termination of the joint parental custody and the transfer to the applicant is most conducive to the best interests of the child”— tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

87 Vid. BVerfG de 18 de diciembre de 2003.

88 “Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so ist bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ihr gegenseitiges Einvernehmen erforderlich. Der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, hat die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuwägenden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben(...)”. La traducción al inglés es la siguiente: “If parents

Finalmente, cabe referirse a la determinación del progenitor que va a convivir con el menor y asumir el cuidado diario de éste, es decir, lo que nosotros conocemos como guarda y custodia. Obviamente, cuando el ejercicio de la patria potestad se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores, comprenderá también la convivencia y cuidado diario del menor, por lo que estos casos no plantean mayores problemas. Respecto a los supuestos en los que se mantiene el ejercicio conjunto de la patria potestad, si los progenitores no llegan a un acuerdo acerca de con quién va a residir el menor, cualquiera de ellos podrá acudir al juez para que éste decida⁸⁹. Por tanto, el tratamiento que se da a esta cuestión es el mismo que se daría a cualquier otro desacuerdo que surja entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. El hecho de que el Derecho alemán no recoja expresamente la posibilidad de que el juez establezca una convivencia alternada con ambos progenitores —lo que conocemos como guarda y custodia compartida—, ha llevado a muchos autores a interpretar que es un régimen que sólo cabe en los supuestos de mutuo acuerdo⁹⁰.

VIII. DERECHO CHECO.

Por último, creo que resulta interesante hacer una breve referencia a la República Checa, pues fue el primer Estado europeo en introducir el régimen de guarda y custodia compartida. Recoge la cuestión de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en el Zákón o Rodině —Código de Familia—, aprobado mediante la Ley 94/1963 y que ha experimentado diversas modificaciones. La más importante fue la que tuvo lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley nº 91/1998, que introdujo el régimen de guarda y custodia compartida en el artículo 26 del Zákón o Rodině. Como he adelantado, la citada norma es considerada,

who have joint parental custody live apart not merely temporarily, then in the case of decisions in matters the arrangement of which is of substantial significance for the child their mutual agreement is necessary. The parent with whom the child, with the consent of the other parent or on the basis of a court decision, customarily resides has the authority to decide alone in matters of everyday life. Decisions in matters of everyday life are as a rule such as frequently occur and that have no effects that are difficult to alter on the development of the child” —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

89 Vid. ZAMBRANO, V.: “Affidamento condiviso”, cit., p. 296.

90 Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 7 y *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 28; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: “La custodia compartida”, cit., p. 6; DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Custodia compartida de los progenitores”, cit., p. 1625; VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., p. 25; y PÉREZ CONESA, C.: “Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 8, p. 80. En este sentido ha interpretado el Derecho alemán nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de Octubre de 2009 (RJ 2009, 4606), de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2329) y de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340): “(...)Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega) (...)”.

dentro del ámbito europeo, la legislación más antigua sobre la guarda y custodia compartida⁹¹.

El Zákon o Rodině —Código de familia— de la República Checa recoge en su artículo 26 las reglas para la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus progenitores. Resulta de especial interés lo dispuesto en su párrafo segundo, que admite la posibilidad de que el juez establezca un régimen de custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores⁹².

Cabe mencionar que hay quien del tenor literal del mencionado precepto interpreta que el Derecho checo dota a la custodia compartida de carácter preferente⁹³. No obstante, parece que lo que en realidad hace es facultar al juez para que pueda adoptar el referido régimen de guarda⁹⁴, sin establecer preferencia por el mismo. De acuerdo a ello, el juez tendría libertad para decantarse por uno u otro régimen de guarda y custodia en función de las circunstancias del caso.

91 Vid. MORERA VILLAR, B.: *Guarda y custodia*, cit., p.110.

92 “Jsou-li oba rodiče způsobilí dítě vychovávat a mají-li o výchovu zájem, může soud svěřit dítě do společné, popřípadě stálé výchovy obou rodičů, je-li to v zájmu dítěte a budou-li tak lépe zajišťovány jeho potřeby”. La traducción del mencionado precepto es la siguiente: “Si ambos padres son capaces y están interesados en cuidar al niño, la corte puede ponerlo bajo la custodia común o alterna de ambos padres si es compatible con el interés del niño y conduce a una mayor seguridad de sus necesidades” — traducción tomada de: PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 51—.

93 Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C. (coord.): *Estudio de derecho comparado*, cit., p. 51.

94 Vid. en este sentido: VARELA PORTELA, M.J.: “¿Custodia compartida”, cit., p. 25.

BIBLIOGRAFÍA.

ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 2.

ANSALDO, A.: “Il divorzio”, en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, pp. 173-188.

ARCERI, A.: “Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità”, *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 7, pp. 1-7.

ASTIGGIANO, F.: “Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 10, pp. 1-8.

AULETTA, T.: “L’attuazione dei principi sull’affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall’entrata in vigore della nuova disciplina”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, fasc. 6, pp. 1-16.

BASINI, G.F.: “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)”, en AA.VV.: *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* (G.F. BASINI, G. BONILINI y M. CONFORTINI), Utet Giuridica, 2014, pp. 1137-1173.

BATÀ, A. y SPIRITO, A.: “Separazione dei coniugi e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, 2012, fasc. 1, pp. 1-2.

CALLIZO LÓPEZ, M.A.: “Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/ la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2012, núm 30, pp. 19-33.

CASCONE, C.: “Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli”, *Diritto & Giustizia*, 2005, fasc.8, pp. 1-6.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.

CATALÁN FRÍAS, M.J. (et. al.): “La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2007, vol. 17, pp. 131-151.

CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014.

CUBEDDU, M.G.: "Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti", *Rivista del notariato*, 2010, fasc.I, pp. 1-10.

DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, núm. 731, pp. 1613-1645.

DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de Derecho Civil*, 2006, tomo LIX, fasc. II, pp. 675-742.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", *VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: Reformas legislativas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Departamento de Derecho (en colaboración con el IBIDE), Valencia, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 111-162.

DI LALLO, A.: "Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità", *Diritto & Giustizia*, 2016, fasc.10, p. 4.

DOGLIOTTI, M.: "Affidamento condiviso e individuale", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, pp. 47-68.

ESCUDERO BERZAL, B.: "Custodia compartida: atribución vivienda familiar", *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2013, núm. 6, pp. 37-56.

FAVA, G.: "Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà", *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc.12, pp. 1-6.

FEBBRAJO, T.: *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008.

FERRANDO, G.: "L'assegnazione della casa familiare", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, pp. 99-150.

FIGONE, A.: "L'affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione", *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 4, pp. 1-3.

FIORAVANTI, C.D.: "Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli", *Famiglia e Diritto*, 2002, fasc. 1, pp. 1-10.

GODOY MORENO, A.: "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 315-342.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E.L.: "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", *Curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*, 2009. (Trabajo de investigación).

GRASSI, C.: "Potestà genitoriale e affidamento della prole", *Giustizia Civile*, 2008, fasc.10, pp. 1-28.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, núm. 2.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

HERRERA DE LAS HERAS, R.: "Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, 2011, núm. 10, pp. 1131-1146.

IRTI, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010.

IVARS RUIZ, J.: "De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, núm. 796, pp. 11-13.

LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LIÑÁN GARCÍA, Á.: "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 32, pp. 1-38.

LONGO, F.: "Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso", *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 1, pp. 1-11.

LÓPEZ ORDINALES, J.J.: "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dirs. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm 147, pp. 249-311.

LÓPEZ ROMERO, P.M.: "Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial", *Economist & Jurist*, 2011, vol. 19, núm 151, pp. 36-43.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 1-25.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "El "affidamento" y la "collocazione" en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española", *Revista de Derecho de Familia*, 2018, núm. 78, pp. 51-88.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 133-176.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 187-222.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coords. M. CUENA CASAS, L.A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1439-1466.

MERELLO, S.: "I rapporti personali tra genitori e figli", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, fasc. 3, pp. 1-17.

MORELLO DI GIOVANNI, D.: "Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi", *Famiglia e Diritto*, 1997, fasc. 5, pp. 1-2.

MORERA VILLAR, B.: *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia, 2014. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 06/11/2018).

NAVAS NAVARRO, S.: "Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)", *Revista de derecho de familia*, 2012, núm. 54, pp. 23-55.

PÉREZ CONESA, C.: "Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 8, pp. 61-102.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, R.C. (coord.): *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2006.

PICONTÓ NOVALES, T.: "Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 299-321.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: "La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 del CC", *Acciones e investigaciones sociales*, 2006, núm. extra I, pp. 186-202.

ROMERO COLOMA, A.M.: "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *La Ley*, 2010, tomo 5, núm. 7504, pp. 1553-1560.

SACCHETTI, L.: "Dell'affidamento congiunto imposto", *Famiglia e Diritto*, 2003, fasc. 3, pp. 1-6.

SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-30.

SARAVIA GONZÁLEZ, A.M.: "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dirs. A.M. SARAVIA GONZÁLEZ y J.J. GARCÍA CRIADO), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, núm. 147, pp. 193-248.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA), Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 13-86.

TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, núm. 700, pp. 667-712.

TAMAYO HAYA, S.: "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de derecho de familia*, 2008, núm. 41, pp. 35-79.

TENA PIAZUELO, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en AA.VV.: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45-65.

VAGLIO, S.: "Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, núm. 3, pp. 1-7.

VARELA PORTELA, M.J.: "¿Custodia compartida o interés del/la menor?", XXIV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas: *el retroceso de los derechos de las mujeres en el siglo XXI*, Salamanca, 2012.

VECCHI, A.: "Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione", *Diritto e Giustizia*, 2010, fasc. 0, pp. 1-3.

VENCHIARUTTI, A.: "Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni", *Famiglia e Diritto*, 1996, fasc. 3, pp. 1-5.

ZAMBRANO, V.: "Affidamento condiviso ed esperienze europee", en AA.VV.: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* (coord. M. DOGLIOTTI), Lex Nova, Torino, 2008, p. 261-334.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2005, pp. 1-41.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013", *Economist & Jurist*, 2013, vol. 21, núm. 172, pp. 46-53.

ZÚÑIGA, A.: "La custodia compartida", *Escritura pública*, 2012, núm. 78, pp. 64-66.



EL DESPLAZAMIENTO EN EL RÉGIMEN DE
COMUNICACIÓN Y ESTANCIA

THE DISPLACEMENT IN THE VISITING ARRANGEMENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 728-745



Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 22 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente artículo tiene la finalidad de dar una breve visión de la reciente jurisprudencia en materia de gastos de traslado y obligación de entrega y recogida en el régimen de comunicación y estancia. Poniendo especial atención a aquellos casos en los que nos encontramos ante un desplazamiento de larga distancia, por la problemática que, evidentemente, genera.

PALABRAS CLAVE: Régimen de visitas, régimen de comunicación y estancia, gastos de traslado, obligación de recogida y entrega, desplazamiento de larga distancia.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to give a brief vision of the recent resolutions about the relocation expenses and the delivery and pick up in the visiting arrangement. Specially, this paper focuses on the long distance displacement, due to the problems it create.*

KEY WORDS: *Visiting arrangement; relocation expenses; delivery and pick up; long distance displacement.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y LOS GASTOS DE DESPLAZAMIENTO.- I. La doctrina del Tribunal Supremo.- 2. La jurisprudencia tras la STS 26 mayo 2014. Especial atención a los desplazamientos de larga distancia.- III. ESPECIALIDADES EN LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y RECOGIDA EN LOS TRASLADOS DE LARGA DISTANCIA.- IV. LA AFECTACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA A CAUSA DE LOS GRANDES DESPLAZAMIENTOS.-

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo versa sobre un análisis de las resoluciones jurisprudenciales más relevantes en materia de desplazamiento y gastos de traslado sobre el régimen de comunicación y estancia de los Tribunales españoles.

Como es de sobra conocido, el artículo 94 CC señala que: “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos, y tenerlos en su compañía...”. Por tanto, se configura como un derecho-deber de los progenitores a estar con sus hijos aunque no tengan atribuida la custodia y que cumple la función de cubrir las necesidades emocionales y educativas de los hijos, así como de mantener los lazos afectivos entre estos y sus progenitores¹. En ese sentido, más que contener un derecho de los progenitores, el precepto tiene la finalidad de proteger los intereses de los menores, sin que la quiebra del matrimonio y las rencillas que puedan existir entre los ex cónyuges sean motivo para obstaculizar el mencionado derecho. Siendo así que lo fundamental es el interés del menor, es igualmente posible “limitar o suspender [el régimen] si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Dicho esto, uno de los principales problemas prácticos que ha planteado la articulación del régimen de comunicación y visitas, ha sido establecer no solo

¹ Así, lo considera la doctrina mayoritaria, encabezada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 94 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. J. RAMS ALBESA y R.M. MORENO FLÓREZ), t. II, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 962; véase también, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 976; y ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2019, pp. 25-26.

como se ha de distribuir sino quién deber ser el encargado de llevar a término la entrega y recogida de los menores, además de quién ha de soportar los gastos que pueden producir los traslados, sobre todo cuando la distancia es considerable. Ya que a falta del deseable acuerdo entre las partes “el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho”, sin que haya ninguna norma que lo especifique con más concreción. Solamente existen criterios jurisprudenciales, entre los que destacan el siempre respeto al interés superior del menor² y el reparto equitativo de cargas.

II. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y LOS GASTOS DE DESPLAZAMIENTO.

Siguiendo lo anterior, una completa atribución de gastos y obligación de entrega al progenitor no custodio podemos considerarla a priori como contraria al interés del menor. Pues, si a causa de sus circunstancias personales, laborales o económicas no le resulta posible atender tales demandas, se estaría *de facto* restringiendo el complejo derecho-deber que es el régimen de comunicación y estancia, sin ningún motivo de gravedad para ello. Derecho que recordemos gira entorno al menor y no se corresponde con una especie de privilegio del progenitor no custodio. No obstante, esta forma de verlo no ha sido siempre observada, al menos, desde el punto de vista de la práctica jurisprudencial.

De hecho, tradicionalmente, el progenitor no custodio era el encargado de llevar a cabo la entrega de los menores y recogida de los mismos durante los períodos de visita, asumiendo íntegramente los gastos en los que pudiese incurrir. Sin perjuicio de algunas sentencias en las sí se reconocía un reparto de los gastos y las obligaciones de entrega, si bien la forma de compartir la carga se articulaba de diversas maneras. Por esta razón, era posible encontrar (y aún sigue siendo) sentencias en las que para encontrar el método más práctico de repartir el gasto se acudía a la pensión alimenticia, es decir, se tenía en cuenta para fijarla los costes en los que incurría el progenitor no custodio para poder ejercer el derecho de visita que tenía atribuido.

Uno de los mejores ejemplos de esa tendencia jurisprudencial es la SAP Ciudad Real 4 noviembre 2009³, en la cual se consideran los gastos que le suponen al

2 CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, BIB 2015/332, p. 4, pone de manifiesto la dificultad que puede entrañar delimitar qué debemos entender por interés superior del menor en el marco de estas relaciones familiares. Para acabar indicando que, desde su punto de vista: “La concreción en este caso se resuelve en una proposición diseñada en sentido negativo: el sistema no puede dificultar la relación del menor con cada uno de los progenitores. [...] Así que la proposición judicial más bien parece insistir en la idea de que el mecanismo que se conciba no deba dificultar –en negativo- o incluso, deba facilitar o procurar –en positivo-, la relación con el progenitor no custodio, es decir, aquel favorecido por el derecho de visitas.”

3 SAP Ciudad Real 4 noviembre 2009 (Tol 170185)

padre tener que desplazarse hasta La Coruña para reducir la pensión alimenticia que debe abonar. La cuestión era que la madre custodia se había trasladado a dicha provincia, con las complicaciones que ello conllevaba para el padre poder ejercer el derecho de visita. Por ese motivo, el padre solicitaba una serie de medidas entre las que estaban un aumento de los días de visita en puentes y festividades (ya que, por la distancia, en el período ordinario se reducían a un fin de semana al mes) y un reparto de los gastos. El tribunal finalmente accede a disminuir la pensión alimenticia de 400€ a 300€ al mes en atención a los gastos de desplazamiento, indicando que: “Tal vez hubiera sido más correcto establecer que en esos gastos también debe participar la demandada, ya que son una consecuencia de su propia decisión de traslado, fijando la cantidad en la que debe contribuir sin que ello afectara a la pensión alimenticia, pero lo cierto es que el resultado económico sería similar y tal vez esas distinciones provocarían una constante controversia entre los padres, nada deseable para el propio bienestar de las menores y el buen entendimiento de aquellos para superar las dificultades del alejamiento”.

Otras sentencias, en cambio, ya contemplaban un reparto directo de los gastos de desplazamiento como puede ser la SAP Valencia I abril 2009⁴, en la cual se dice que “los mismos deben ser abonados por mitad por los progenitores, toda vez que dicho gasto es de carácter necesario para el régimen de visitas que los hijos precisan, sin que quepa alegar que debe ser el progenitor no custodio el que venga a España y realice en dicho país las visitas toda vez que ello comportaría un gasto inasumible para el mismo, por lo que, en beneficio de los hijos, dichos gastos para cumplir el régimen de visitas, si los hijos son los que van a EE.UU., debe correr a cargo de ambos progenitores el importe de los billetes de los hijos”.

Finalmente, las hay incluso que reconocían la obligación de compartir la entrega y recogida de los hijos como la SAP Albacete II abril 2009⁵. En este caso, la apelante manifestaba que no se habían producido alteraciones sustanciales de las circunstancias desde que se decretó la separación (que atribuía la padre no custodio la obligación de desplazarse desde Albacete a la ciudad de Toledo para reintegrar a su hijo una vez cumplido el período de visitas), para que luego la sentencia de divorcio, accediendo a una pretensión reconventional, determinase que la madre también tuviese la obligación de recoger a su hijo en Albacete, tras cumplir las vistas, para retornarlo a su nuevo domicilio en Pozuelo de Alarcón. Dicho en otras palabras, la sentencia de divorcio de primera instancia establecía un reparto de la obligación de recogida y entrega, en la que el padre debía acudir a Pozuelo para iniciar el período de visitas, y después la madre desplazarse hasta a Albacete para reintegrarlo una vez finalizado dicho período. En la misma línea, la Audiencia convalidó la decisión del juzgado, justificando su decisión en los siguientes

4 SAP Valencia I abril 2009 (Tol 1784536)

5 SAP Albacete II abril 2008 (Tol 1624701)

argumentos: “La Sala no está de acuerdo con la recurrente, puesto que, aunque la diferencia en kilómetros entre Toledo y Pozuelo de Alarcón no es grande (la segunda localidad está a unos 40 km más alejada de Albacete), no puede decirse lo mismo de la diferencia en el tiempo necesario para viajar a uno y otro destino. Esos 40 km discurren por algunas de las carreteras más congestionadas de la Red española, sobre todos los viernes y los domingos por la tarde, que es cuando debe efectuarse la recogida y devolución del menor. Esa mayor necesidad de tiempo justifica que el esfuerzo necesario para cumplir el régimen de visitas se reparta entre ambos progenitores, tal y como se ha acordado en la resolución apelada.”

I. La doctrina del Tribunal Supremo.

Ante la falta de una postura unánime de la jurisprudencia, la STS 26 mayo 2014⁶, por vía de un recurso de casación por unificación de doctrina, estableció por vez primera cuál era la doctrina jurisprudencial que había que seguirse en esta materia.

El supuesto de hecho se correspondía, con una pareja de hecho que había roto su relación tras un período no muy largo de convivencia del cual había nacido un menor. Tras la ruptura, el padre se trasladó desde el domicilio familiar de Madrigueras (Albacete) a Casas Ibáñez (de la misma provincia), municipio que se encontraba a unos 32 km del otro. Asimismo, mientras el padre percibía una prestación pública por importe de 423 €, sin perjuicio de algún trabajo agrícola esporádico, la madre estaba desempleada y por ese motivo cobraba una prestación de unos 500 €.

La sentencia de primera instancia del Juzgado de la Roda, que estableció el régimen de visitas a seguir, consideró que hasta los tres años el sistema debía ser de dos visitas intersemanales por la tarde de 16h a 20h, y luego fines de semana alternos desde las 10h del sábado hasta las 20h del domingo. En cualquiera de los casos (visitas de días, visitas de fin de semana, estancias vacacionales), el padre recogería al hijo en el domicilio materno y la madre se encargaría de recogerlo en el domicilio paterno.

Dicho esto, el conflicto surgió cuando, recurrida la sentencia en apelación, se determinó que debido a que el padre residía en una localidad diferente debía ser el encargado tanto de recoger como de retornar al menor. Ante lo cual, la sentencia fue recurrida en casación y el padre afirmaba la vulneración de los principios de interés del menor y reparto equitativo de cargas. Pues cumplir lo mandado en la sentencia le supondría un desembolso económico importante que obstaculizaría

6 STS 26 mayo 2014 (ROJ 2609, 2014).

el régimen de visitas, dada la distancia ente ambos domicilios, a saber, recorrer alrededor de 1200 km al mes.

En definitiva, el Alto Tribunal considera establecer, como regla general, en defecto del deseable acuerdo entre las partes, que: “Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables”. Por tanto, el Supremo declara que en el caso planteado no se ha ponderado “expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas, por lo que ha de ser casada [...], a la vista de los escasos ingresos de los padres y del notable kilometraje que se ha de desarrollar pese a la escasa distancia entre los municipios, derivado ello del amplio régimen de visitas”. Así, el Tribunal falla que el padre deberá recoger al hijo en el domicilio materno, y luego la madre hacer lo propio en el domicilio paterno al término de las visitas.

Como bien apunta cierta doctrina⁷, el Tribunal Supremo no consigue delimitar con total exactitud los dos interrogantes clave que nos encontramos aquí: “quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores y quién es el progenitor; o si son los dos en qué medida, obligado a costear los gastos de desplazamiento generados por el ejercicio del derecho de visita”. Sobre todo, lo que respecta al reparto de los gastos. Desde mi punto de vista, esto se debe principalmente a que el Supremo se centra en dar una solución lo más justa posible que pueda aplicarse a la mayoría de los casos (que generalmente se podrá aplicar en aquellos casos donde los progenitores vivan relativamente cerca y disfruten de un nivel económico/laboral similar), pero confunde y entremezcla el reparto de cargas y la obligación de entrega como si ambos elementos fueran casi lo mismo.

De hecho, solo incide de forma accesorio en los gastos antes de desarrollar la doctrina que he extractado, cuando indica que: “es preciso un reparto de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad de horario

7 ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., pp. 163-164

laboral, etc.” A mayor abundamiento, también añade que: “es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación”. Como poco se podría decir que las anteriores manifestaciones del Tribunal Supremo son imprecisas, habida cuenta que dice mucho, pero al mismo tiempo no dice nada. Planteando un abanico de posibilidades y alternativas cuasi infinito y que, igualmente, no cohonestan muy bien con la doctrina anteriormente transcrita. Porque si seguimos criterios de compatibilidad horaria, capacidad económica y circunstancias personales/familiares, en no pocas ocasiones obtendremos como resultado que uno de los progenitores será el idóneo para transportar a los menores y otro para asumir el coste económico⁸.

De todos modos, la sentencia analizada lleva a cabo una positiva aproximación al problema jurídico, así como el establecimiento de unos criterios nada desdeñables que pueden servir perfectamente al operador jurídico para encontrar la respuesta más ajustada al caso concreto. Dado que, difícilmente puede proporcionar unas soluciones mucho mejores a un ámbito tan casuístico y conflictivo como son como son los procedimientos de separación y divorcio. En los que, como también pone de relieve el Tribunal, lo más adecuado es alcanzar un acuerdo entre las partes y no, una decisión impuesta por un tercero.

Terminaría señalando que, en mi opinión, lo más importante de la sentencia es la puesta en valor de los principios de reparto equitativo de cargas y el siempre presente interés del menor (entendido como la no obstrucción de la relación del mismo con el progenitor no custodio, a través de obstáculos como la completa atribución de los gastos de visita). Desterrando de la doctrina del Supremo la idea de que debe ser el progenitor no custodio quién debe hacerse íntegramente cargo del desplazamiento en el régimen de comunicación y visita con todo lo que acarrea, y planteamientos en la línea de la sentencia casada, en el sentido de justificar la atribución de la obligación de recogida y entrega al padre por haber cambiado de domicilio y, en consecuencia, de localidad de residencia. Más aún, cuando en las relaciones laborales actuales los traslados son comunes y, en ocasiones, innegociables.

2. La jurisprudencia tras la STS 26 mayo 2014. Especial atención a los desplazamientos de larga distancia.

Uno de los aspectos que más interés me ha despertado de la doctrina contenida en la sentencia del Supremo ha sido su inciso final, cuando apunta que: “Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias

⁸ En similares términos se pronuncia ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., pp. 164-165.

que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables". Lo que, en resumen, se puede traducir como que en aquellas situaciones en las que haya un desplazamiento de larga distancia, habremos de estar al caso concreto sin que sea posible establecer ningún tipo regla apriorística.

Sin embargo, entiendo que tanto los principios de interés del menor y reparto de cargas, como los criterios de capacidad económica, circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad de horario laboral, etc; que también menciona la sentencia, deberán ser observados a la hora de resolver.

Por todo ello, si bien la regla general contenida en la doctrina de la anterior sentencia se aplica en la mayoría de casos⁹, como indica el Supremo en un reciente pronunciamiento sobre un desplazamiento de larga distancia, "partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 de la Constitución, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.l.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser ajustada a las circunstancias concretas. No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos" (STS 16 de mayo de 2017)¹⁰.

A este respecto, es de destacar la SAP Lleida 24 octubre 2017¹¹, pues introduce en el reparto de gastos el criterio de capacidad económica. El supuesto es el siguiente: Tras la ruptura de la relación el padre abandona Lleida y pasa a vivir en Valencia, estableciéndose un sistema de comunicación y estancia un tanto peculiar consistente en una semana al mes con su padre y tres con su madre (ya que, dada su corta edad de dos años en el momento de la separación, no se considera perjudicial para su desarrollo personal y académico). No obstante, con el paso del tiempo se interpone demanda de modificación de medidas por el padre reclamando un sistema de custodia compartida, así como un reparto de los gastos de desplazamiento tal como se determina por la STS 26 mayo 2014, debido a que hasta el momento había estado asumiendo de forma íntegra la obligación de recogida y entrega con todos los costes.

El asunto llega hasta la segunda instancia, y por lo que se refiere a los gastos, la Audiencia concluye que: "ponderando los únicos datos de los que disponemos

9 Véase SSTs 31 marzo 2016 (Tol 5687832) y 19 julio 2017 (Tol 6213809). Es interesante la SAP Valencia (Sección 10ª) 593/2018, de julio, que en el marco de una situación en la que el menor vive con su madre en Alemania y el padre en Valencia, considera pertinente establecer un sistema por el cual la madre deberá remitir al padre con la antelación suficiente una propuesta de billetes de avión (para los traslados Alemania-España), y tras el pago del 50% por el padre, aquélla procederá de forma inmediata a su compra.

10 STS 16 mayo 2017 (Tol 6113452)

11 SAP Lleida 24 octubre 2017 (Tol 6476496)

sobre uno y otro progenitor consideramos que no puede aplicarse sin más la regla general que se deriva de la doctrina jurisprudencial expuesta, y que teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes lo más procedente y ajustado es que sea el padre quien siga efectuando los desplazamientos, tanto de recogida como de entrega, compartiendo ambos los gastos que se generen, con la debida justificación y en la proporción del 60% el padre y 40% la madre, con la que establecieron en el convenio atendiendo a los mayores ingresos de él a la hora de distribuir la contribución a ciertos gastos extraordinarios".

Siguiendo con otras sentencias que toman decisiones particulares para casos con circunstancias singulares creadas principalmente por la distancia geográfica, tenemos la SAP León 27 marzo 2015¹², que también pone el acento en la capacidad económica de los ex convivientes y además se sirve de la pensión alimenticia como instrumento para ajustar el esfuerzo económico del progenitor no custodio. La cuestión radicaba en que el padre no custodio residía en Estocolmo debido a su trabajo para la empresa "Hewlett-Packard Suecia S.A." de la que obtenía un considerable sueldo de alrededor 2.900 y 3.200 € mensuales al cambio. En cambio, la madre vivía en España (concretamente, en Ponferrada) y trabajaba como Policía Nacional con un salario de unos 1.550 € mensuales. Pues bien, la madre recurrió la sentencia de primera instancia por considerar que la pensión alimenticia era inadecuada (225€ al mes a cada uno de los dos hijos, 450€ en total) teniendo en cuenta los elevados ingresos del padre.

No obstante, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por ella, principalmente por dos razones: "La primera es que el Sr. Gerónimo reside en Estocolmo (Suecia), donde la vida, en términos generales, se nos antoja más cara que en la ciudad de Ponferrada, y la segunda, derivada de la anterior, que el citado para ejercer su derecho de visitas ha de realizar hasta ocho vuelos al año, Estocolmo-Madrid y Madrid- Estocolmo, con la necesidad de abonar hasta un total de 20 billetes (10 de ida y vuelta) mientras la edad de sus hijos le imponga la necesidad de acompañarlos en lo viajes, y aunque en justa compensación la ahora recurrente tenga que hacerse cargo de los traslados de los menores entre Ponferrada y Madrid, a la ida y entre Madrid y Ponferrada, a la vuelta, se nos antojan muy superiores los costes que ha de afrontar el primero, seguramente obligado a pernoctar en algún hotel en más de una ocasión y en todo caso durante la semana de los meses de octubre de cada año que también se le reconoce y que podrá pasar con los menores en Ponferrada. Considerando que una pensión como la cuestionada en cuanto a su cuantía tiende a equilibrar el esfuerzo económico que ambos han de hacer para procurar un adecuado nivel de vida a sus hijos y para facilitar las imprescindibles visitas y estancias del Sr. Gerónimo con los mismos, procede desestimar el primero de los motivos del recurso analizado y

12 SAP León 27 marzo 2015 (Tol 4841322)

dejar la referida pensión en los 450€ (225€ para cada hijo) que se acordaron en la resolución recurrida”.

Como se puede apreciar, la sentencia entiende que lo más adecuado habida cuenta de la diferencia de ingresos es que sea el padre quién abone los billetes de avión. Pero que, como justa compensación, la madre contribuya al esfuerzo económico del progenitor no custodio realizando los trayectos Ponferrada-Madrid, así como recibiendo una pensión alimenticia un tanto menor a la que se le podría exigir de acuerdo con su nivel económico.

Otra sentencia en la que también se presta atención a la pensión alimenticia como medio de compensar al progenitor no custodio es la STS 21 marzo 2018¹³, en la que se decide que “el interés de los menores hace aconsejable que sea el padre, como lo ha venido haciendo, el que se desplace en estos períodos, lo que además ha sido tenido en cuenta al mantener una pensión de alimentos moderada, dado el elevado gastos que le supone la ejecución del régimen de visitas (art. 90 a 93 del C. Civil)”. Es decir, se determina que sea el padre el que se encargue materialmente del traslado tanto en los períodos ordinarios como en los vacacionales, estableciendo solo un reparto de los gastos al 50% en los períodos vacacionales, pues para los períodos ordinarios ya se ha tenido en cuenta el esfuerzo económico realizado al mantener una pensión alimenticia más reducida de unos 120€ al mes por hijo.

Para finalizar este apartado, también considero de gran interés la reciente STS 16 mayo 2017, a la que ya he hecho referencia antes. Que no solo es de destacar desde el punto de vista de distribución del período de visitas, sino también desde el relativo al reparto de los gastos y uso del servicio de acompañamiento sobre el que me detendré en el siguiente punto. Por lo que respecta a los gastos, la sentencia parte de un supuesto en el que el padre tras la ruptura se traslada a Miami por circunstancias laborales pasando a obtener, en consecuencia, un alto nivel de ingresos, muy diferentes a los de su ex cónyuge custodia que reside en Mieres (Asturias). En primera instancia, se determina que sea el padre el que asuma de forma íntegra la obligación de recogida y retorno al domicilio materno, así como la totalidad de los gastos derivados de ellos (con la obligación de realizar las entregas personalmente), estableciéndose una pensión alimenticia de 600 €.

Recurrida en apelación, la Audiencia considera poco razonable la completa atribución de gastos al ex cónyuge no custodio, aunque disfrute de un mayor nivel económico (sobre el que el recurrente alega que solo dispone de su nómina y el coste de la vida en EE.UU. es elevado), pues estaría obstaculizando la relación del progenitor con su hija, siendo contrario tanto al principio de interés del menor,

13 STS 21 marzo 2018 (ROJ 1053, 2018)

como al reparto equitativo de cargas. De este modo, acepta las alegaciones del recurrente y permite que el progenitor no custodio pueda servirse del servicio de acompañamiento de las compañías aéreas para abaratar el coste de los desplazamientos (solo habría que pagar un billete), además de que la madre se encargue de la recogida y entrega Mieres/Madrid y Madrid/Mieres. Igualmente, asume el argumento de reducir la pensión alimenticia como consecuencia del esfuerzo económico de 600 € a 480€, pero los gastos extraordinarios se mantienen en una contribución del padre del 80%.

Dicho lo cual, si bien es recurrida en casación por la madre, el Supremo confirma la resolución de segunda instancia, pues “la sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los períodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita. Por tanto, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo de la recurrente, no es contraria a la doctrina de la sala la sentencia que, a la hora de fijar el régimen de visitas cuando el padre reside en el extranjero, valora el interés de la menor y la contribución personal y económica a los desplazamientos por parte de ambos progenitores de forma equitativa.”

III. ESPECIALIDADES EN LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y RECOGIDA EN LOS TRASLADOS DE LARGA DISTANCIA.

Entorno a los desplazamientos de larga distancia, no solo se ha planteado la pregunta de quién ha de asumir el elevado coste que los traslados suelen generar para poder cumplir con el régimen de comunicación y estancia o cómo se han de repartir las obligaciones de entrega y recogida. Sino también, si atendiendo a la edad del menor es adecuado que viaje solo para reducir el gasto o incluso si dada la frecuencia de las visitas y la distancia existente es pertinente que se desplace el menor, por ejemplo, si se trata de un bebé.

Sobre este extremo, en primer lugar, volvería a hacer mención a la sentencia justo antes descrita sobre el desplazamiento a Miami (STS 16 mayo 2017). Que como hemos podido observar no ve ningún impedimento a que una menor de 7 años viaje sola, eso sí, contratando el servicio de acompañamiento que la

mayoría de aerolíneas oferta¹⁴. Pero no ha sido ella la única en establecerlo, la SAP Coruña 22 diciembre 2016¹⁵, ya consideró acertado que durante los períodos vacacionales el menor, de 10 años de edad, pudiese viajar mediante el servicio de acompañamiento de las compañías aéreas, pues sus progenitores (médicos de profesión), estaban destinados en lugares muy alejados, a saber, la madre en Valencia y el padre en Tenerife.

A mayor abundamiento, lo expuesto no solo se aplica a las situaciones en las que es necesario tomar un vuelo, la jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los viajes en tren, señalando que: “los dos hijos menores podrán desplazarse una vez al mes a Madrid, lugar de residencia del padre, a través del servicio de acompañamiento de menores que tiene RENFE debiendo la madre llevar a los hijos a la estación de tren y siendo los mismos recogidos por el padre en la estación de Madrid, comprometiéndose el padre a proporcionar a la madre la información de horarios para dicho desplazamiento con al menos una semana de antelación y corriendo con los gastos de dicho desplazamiento”¹⁶.

En cuanto a si es adecuado que el menor pueda viajar atendiendo a su corta edad, pondría de relieve la SAP Cáceres 5 junio 2017¹⁷, que en el marco de un procedimiento en el cual el padre no custodio residía en Cáceres y la madre custodia en Salamanca, indica que si consideramos “que el menor cuenta con tan solo dos años de edad, y por tanto, en nada beneficia (mas bien perjudica) a su interés y bienestar que un día a la semana (el domingo) tanto en automóvil, como en otro medio de transporte, hubiera de viajar aproximadamente 254 kilómetros (ida y vuelta desde su residencia –Salamanca- a DIRECCION000 y desde DIRECCION000 a su residencia); y, en segundo lugar, debe ponderarse que se trata de una visita semanal que se desarrolla en un solo día, no en un fin de semana; luego es razonable, en beneficio del hijo menor, que sea el padre quien, en esas visitas semanales, se traslade a la ciudad de Salamanca todos los domingos a visitar a su hijo”. Por el contrario, para los períodos vacacionales la Audiencia si considera adecuado que se siga el sistema habitual, es decir, que el padre acuda a por el menor al Punto de Encuentro Familiar de Salamanca en el inicio del período de visitas, y luego la madre lo recoja en el Punto de Encuentro Familiar de Cáceres a la finalización del período.

14 El Supremo no duda en indicar que: “no puede estimarse que la edad de la niña, 7 años, cuando se lleve a cabo el primer traslado al domicilio de su padre, suponga un obstáculo para el uso de este servicio ofertado con normalidad por todas la compañías aéreas que permite facilitar esa estancia de menores con ambos progenitores cuando estos residen en países distantes entre sí como es el caso”.

15 SAP Coruña 22 diciembre 2016 (Tol 5927464)

16 SAP Cádiz 17 noviembre 2016 (Tol 5951115)

17 SAP Cáceres 5 junio 2017 (Tol 6203682)

Adviértase que la anterior sentencia no se pronuncia sobre el reparto de gastos, entendiéndose que cada progenitor correrá con los propios de cada uno de sus desplazamientos. Sin embargo, dicha resolución rebaja la cuantía de la pensión alimenticia de 225 € a 190€ debido al esfuerzo económico que el padre tendrá que asumir para poder acudir a Salamanca todos los domingos, pues en la sentencia recurrida la madre si colaboraba en las entregas semanales.

En relación con alguna otra circunstancia que debamos tener en cuenta, no hay que olvidarse de la posibilidad de que se reconozca un derecho de visita a los abuelos (dentro del derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados), elemento que vendría a complicar aún más si cabe el sistema de comunicación y estancia de los menores. No obstante, como señala parte de la doctrina, “en un entorno de desarrollo ordinario de la familia, en el que abuelos y nietos mantienen una relación (más o menos estrecha), no se puede entender que exista entre ellos un derecho a relacionarse cuya efectividad pueda reclamarse”¹⁸. Lógicamente, esto se debe a que en el trascurso de las visitas los respectivos abuelos, normalmente verán a sus nietos y podrán estar con ellos. Puesto que la solicitud de este derecho tendrá sentido cuando exista un “elemento perturbador”¹⁹, como puede ser la inexistencia o grave deterioro de las relaciones del progenitor en cuestión con sus propios padres, o la muerte de uno de los progenitores y la negativa del otro a permitir las comunicaciones y visitas de sus ex suegros.

IV. LA AFECTACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA A CAUSA DE LOS GRANDES DESPLAZAMIENTOS.

Por último, aunque no es propiamente objeto de este trabajo, creo conveniente hacer brevemente mención a un tercer elemento que también se ve afectado por la distancia entre domicilios a la hora de hacer efectivo el régimen de comunicación y estancia. A saber, la distribución y frecuencia de las visitas.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del artículo, la distancia dificulta en muchas ocasiones, desde el punto de vista económico, el ejercicio de las visitas, pero también impide, en no pocas veces, que pueda seguirse el sistema normal o habitual de fines de semana alternos e incluso aquellos en los que se admite una o dos visitas intersemanales sin pernocta. De esta forma, en las sentencias analizadas hemos podido encontrar un sistema de visitas de un solo fin de semana al mes

18 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 206.

19 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho”, cit., p. 206.

con preferencia de puentes y festivos²⁰. Igualmente, estas opciones se suelen compensar con la íntegra atribución de la Semana Santa al progenitor no custodio y el disfrute de un mayor número de días durante las vacaciones de verano²¹.

No obstante, también es posible encontrar supuestos en los que la jurisprudencia no ha tenido en consideración dichas circunstancias excepcionales como la SAP Palencia, 30 abril 2016²², en la cual, a pesar de que al padre solo se le permite estar en compañía del menor una vez al mes sin ninguna indicación sobre puentes y festivos, se le pretende reequilibrar únicamente con la totalidad de la Semana Santa, que en la práctica solo son unos pocos días. Algo que no tendría ninguna justificación y, como apunta la doctrina²³, implicaría someter al progenitor no custodio a un régimen restrictivo sin motivos de peso para ello.

De todos modos, igualmente sucede que dada la enorme lejanía ni siquiera sea posible articular una visita mensual, y, por consiguiente, se compense atribuyendo la cuasi totalidad del descanso estival. Es el caso, por ejemplo, de la ya descrita SAP León 27 marzo 2015, en la que el progenitor no custodio residente en Estocolmo tiene atribuido un régimen de visitas de la mitad de las vacaciones de Navidad, toda la Semana Santa y las vacaciones escolares desde su inicio hasta el 20 de agosto. En términos similares, la comentada STS 16 mayo 2017 (Caso Miami) determina que el progenitor no custodio disfrutará de la mitad de las vacaciones de Navidad y respecto a las de verano, se establece que podrá tener a la menor durante un mes y tres semanas.

Sobre este último párrafo, desde mi punto de vista, señalaría que hay que extremar la precaución con las soluciones que parten de una atribución de las vacaciones de verano como remedio a los desplazamientos de larga distancia. Pues considero que la asociación de un progenitor a los períodos de ocio y otro a los de trabajo puede ser muy perjudicial para el desarrollo y maduración del menor. Por tanto, opino que hay que garantizar, al menos, que el progenitor custodio pase dos semanas en compañía del menor durante las vacaciones escolares, flexibilizando al máximo si hace falta el resto de visitas del año. No creo que sea muy apropiado llegar a conclusiones como la de la SAP Barcelona, 14 abril 2015²⁴, que atribuye al progenitor no custodio un régimen en el cual el menor estará con él desde el 10 de julio hasta el 5 de septiembre de cada año. Habida cuenta que, ciertamente, son esas fechas el verdadero núcleo de las vacaciones escolares y, además, es dicho

20 En aquellos casos en los que la distancia es considerable, pero no llega a ser extrema, se suele optar por esta distribución. Véanse las ya comentadas STS 21 marzo 2018, SAP Valencia 18 julio 2018 y SAP Lleida 24 octubre 2017 (en la que finalmente se opta por un fin de semana la mes, por lo poco apropiado de la semana completa con el progenitor no custodio).

21 ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., p. 226

22 SAP Palencia 30 abril 2016 (Tol 5832452)

23 ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., p. 226

24 SAP Barcelona 14 abril 2015 (Tol 5170952)

período (sobre todo el mes de agosto) el momento del año que seguramente más tiempo va a poder pasar el menor en compañía de sus progenitores.

BIBLIOGRAFÍA.

CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, BIB 2015/332.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 CC” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2019.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 94 CC” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. J. RAMS ALBESA Y R.M. MORENO FLÓREZ), t. II, vol. Iº, Bosch, Barcelona, 2000.



LA CONFLICTIVIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DEL
RÉGIMEN DE VISITAS POR EL PROGENITOR CUSTODIO Y
SU PERSECUCIÓN PENAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR
DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA
QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL

*PUNISHMENT OF PARENTAL AGREEMENT IMPEDIMENT BY
THE CARING PARENT AFTER THE CONSTITUTIONAL LAW 1/2015
ON 30TH MARCH GOING INTO EFFECT*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 746-761



Miriam PACHO
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es tratar de delimitar la viabilidad de la jurisdicción civil ante aquellas situaciones en que el progenitor custodio interfiere obstaculizando la relación paterno filial de manera persistente y reiterada en el tiempo, así como las posibles carencias e incongruencias de nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la despenalización de las anteriores conductas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

PALABRAS CLAVE: Reforma legislativa; despenalización; desobediencia; hijos menores; obstrucción.

ABSTRACT: *The aim of this work is to define the feasibility of Civil Jurisdiction in those situations where the caring parent obstacles the parental relationship through common conducts such as co-parent devaluation or parental agreement impediment, after those behaviors having been unpunished as a consequence of enabling the Constitutional Law 1/2015 on 30th March.*

KEY WORDS: *Legislative reform; unpunishment; disobedience; children; obstruction.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPUESTA DE LA VÍA CIVIL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.- III. LA RESPUESTA DE LA VÍA PENAL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- 1. El delito de desobediencia.- 2. El delito de sustracción de menores.- 3. El delito de abandono de familia.- 4. El impago de pensiones del artículo 227 CP. ¿Qué sucede con el “principio de intervención mínima”?.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El incremento del número de divorcios contenciosos con hijos menores en Europa es una realidad social. La trascendencia sociológica del problema requiere de un adecuado marco jurídico que ofrezca una respuesta real, eficaz y óptima a este tipo de conflictos, en atención a los bienes jurídicos dirimidos en los mismos y que demandan una especial protección.

Las rupturas conyugales no siempre resultan amistosas y la gestión de una situación de crisis habitualmente es complicada, máxime en contextos con hijos menores en los que se produce un reajuste emocional del núcleo familiar en su conjunto. En consecuencia, y a falta de acuerdo entre los progenitores, es el órgano judicial el encargado de establecer las medidas que regularán las relaciones de la nueva situación familiar, y especialmente de los padres para con sus hijos. La imposición por un tercero ajeno a los verdaderos problemas y necesidades de los sujetos generalmente es el inicio de un sinfín de conflictos futuros. Y es que no se puede pretender que, en un ambiente hostil en que se ha impuesto a las partes una solución carente de diálogo bajo el punto de vista adversarial, exista un compromiso con el resultado.

Los cónyuges no sienten suyas las medidas acordadas, lo que implica una dificultad inherente para el cumplimiento y desencadena, en consecuencia, conflictos de manera reiterada en el tiempo, lo que genera un ambiente de desgaste y frustración crónico. “Con la sentencia comienza el auténtico pleito”¹.

MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C., y GONZÁLEZ CORCHUELO, C.: “Mediación familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de mediación*, 2009, núm. 3, pp. 6-15.

La conflictividad en el cumplimiento del régimen de visitas es tan habitual que son muy pocos los progenitores que ven normalizada su situación una vez finalizado el procedimiento judicial de divorcio contencioso. Como acertadamente señalan ciertos autores², “las sentencias se incumplen y no pasa nada. En los divorcios, los impagos de alimentos son perseguidos de manera penal pero el régimen de visitas es una cuestión civil. La gente lo incumple porque no tiene consecuencias penales”.

La derogación del Libro III del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo la desaparición de la infracción penal constitutiva de falta y, con ello, se dejaron de derivar al Derecho Penal aspectos que encontraban resolución en la Jurisdicción civil.

En concreto, se derogaron los arts. 618.2³ y 622⁴ del Código, que castigaban los incumplimientos de las medidas reguladoras de divorcio establecidas en resolución judicial y, más concretamente, las infracciones en el régimen de custodia de los hijos menores. El legislador no encontraba motivación alguna en el hecho de que padres y niños tuvieran que acudir al Juzgado de Instrucción o a las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para resolver controversias que traían causa de una imposibilidad para la resolución amistosa de conflictos derivados de la crisis familiar, del modo de reorganizar sus vidas o de consensuar entre ex cónyuges acuerdos para ejecutar las medidas establecidas, considerando además que criminalizar estas conductas no resolvía el problema. Y para aquellas situaciones de “extrema gravedad” aún quedaba vigente el delito de desobediencia del art. 556 en orden al cumplimiento de las obligaciones familiares.

El objeto del presente trabajo es tratar de delimitar la viabilidad de la jurisdicción civil ante aquellas situaciones en que el progenitor custodio interfiere obstaculizando la relación paterno filial, desvalorizando su figura de manera persistente y reiterada en el tiempo e impidiendo de manera deliberada el cumplimiento del derecho reconocido por resolución judicial al progenitor no custodio, así como las posibles carencias e incongruencias de nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la despenalización de las anteriores conductas, para las que únicamente se encuentra respuesta por la vía del ya citado art. 556 CP.

2 PRADO, L.: “Abogados a odiar a uno de sus padres”. 20 Minutos, núm. 4.315, 2019, p. 12.

El art. 618.2 CP castigaba al que “incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito”, con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

El art. 622 CP penaba la conducta de “los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia, que infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa”, castigándolos con una pena de multa de uno a dos meses.

II. LA RESPUESTA DE LA VÍA CIVIL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.

Pese a que nuestro Código Civil refleja en diversos preceptos el ámbito de la obligación relativa al régimen de visitas en su conjunto, el texto guarda silencio respecto de las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento por parte del progenitor custodio.

La articulación en dos direcciones que del mismo se efectúa, en atención a quién se trate (si el padre custodio o el no custodio), muestra ampliamente las obligaciones de ambos, que han de proteger el interés superior del menor reconocido en el art. 39.2⁵ CE.

Para encontrar respuesta en la vía civil a los citados incumplimientos hemos de acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 776 recoge la fórmula de la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas como vía eficaz y acorde con la subsidiariedad de la Jurisdicción penal⁶. Dicho precepto posibilita al progenitor no custodio que se ve privado de manera injustificada de su derecho de visitas a solicitar del juzgador la ejecución de las mismas bajo apercibimiento de multas coercitivas impuestas a quien incumple la resolución judicial⁷, permitiendo incluso la modificación del régimen en caso de reiteración en el incumplimiento⁸. A tal efecto, la falta de previsión legal sobre qué ha de entenderse por “incumplimiento reiterado” genera en la práctica innumerables problemas de interpretación. Parece que podría encajar todo incumplimiento que haya sucedido en más de una ocasión. Sin embargo, y como indicábamos, la delimitación plantea serias dudas ante situaciones en que el progenitor custodio efectúa incumplimientos que no denotan gravedad, tales como retrasos en las entregas que no revisten un carácter habitual o continuado en el tiempo, para los que habríamos de atender a las circunstancias específicas de cada caso concreto⁹.

El art. 39.2 CE recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”.

Según se desprende del Preámbulo de la LO 1/2015, “la reducción del número de faltas viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

El apartado 2º del art. 776 regula los incumplimientos de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, en las que no procede la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado 3º del art. 709, y para las que prevé el mantenimiento de “multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

Para modificar las medidas paterno filiales hemos de acudir a la previsión del art. 775 LEC, que permite modificar las medidas definitivas siempre y cuando se haya producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

Como recoge MARTÍNEZ CALVO, J.: “Posibles consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio”, *Tribuna*, IDIBE, 21 mayo 2019, “cabe entender que el juez tenga en cuenta diversos aspectos, como la reiteración, la gravedad del incumplimiento, la causa objetiva de dicho incumplimiento, si se trata de un incumplimiento total –por ejemplo, el progenitor custodio no entrega al menor para que se desarrollen las visitas- o parcial –retrasos en las entregas, llevarlas a cabo en otro lugar distinto del establecido, etc. –o si es el propio menor el que se niega a relacionarse con el progenitor

Como decíamos, la ejecución forzosa parece ser la vía más adecuada para dar solución a las situaciones indicadas¹⁰. Pero, en la práctica, y lejos de solventar de manera rápida y eficaz los conflictos derivados del incumplimiento, el progenitor no custodio que se ve desprovisto de su derecho de relacionarse con sus hijos suele encontrar importantes trabas que impiden que el litigio se resuelva de la manera esperada.

El primer problema es la lentitud de los tiempos judiciales. No olvidemos que, cuando el cónyuge interpone la demanda ejecutiva, viene soportando largos periodos de incumplimientos reiterados, generalmente destinados a apartarle de sus hijos y, en los casos más graves, dichos incumplimientos son totales. Es muy probable que el sujeto afectado haya estado sin ver a los menores mucho tiempo. Y que, una vez dictado el Auto despachando ejecución, el ejecutado intente alargar al máximo el procedimiento judicial oponiéndose y solicitando la convocatoria de vista, y utilizando cuantos recursos sean posibles¹¹, tiempo en que las visitas suelen continuar obstaculizándose o en suspenso.

El segundo problema es el carácter limitado del pronunciamiento de la ejecución. El tribunal únicamente puede dictar orden general de ejecución sobre los pronunciamientos existentes en el fallo del título ejecutivo y sin modificar el mismo, por lo que no resulta posible que ordene el cumplimiento del régimen de visitas estableciendo, a tal fin, que se lleve a cabo a través de los denominados “puntos de encuentro”, ni tampoco bajo el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹² o por medio de cualquier otra vía de aseguramiento del resultado pretendido. Lo habitual en aquellos casos en que la solicitud de cumplimiento forzoso va acompañada de tales previsiones por el ejecutante es que las mismas sean inadmitidas, debiendo instar a tal efecto el oportuno

no custodio”. <https://idibe.org/tribuna/posibles-consecuencias-del-incumplimiento-del-regimen-visitas-parte-del-progenitor-custodio/>

Se plantea la duda de si podríamos acudir al art. 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a fin de que el tribunal adopte medidas de carácter urgente para la protección de los menores. Existen pronunciamientos contradictorios al respecto, pero la SAP Madrid 28 de enero 2019 (EDJ 2019/570596), previó esta posibilidad al amparo del citado artículo, en consonancia con el 158 CC, para la adopción de medidas cautelares urgentes que permitieran remover cuantos obstáculos venían haciendo ineficaz el cumplimiento del régimen de visitas acordado judicialmente, para lo que se reclamaba que los intercambios de la menor se realizaran a través de un punto de encuentro y se impusieran multas coercitivas a la madre cada vez que incumpliera.

Pese a que las causas de oposición son tasadas (en virtud de lo dispuesto en el art. 556.I LEC), es muy habitual que la parte ejecutada intente alargar el procedimiento en la medida de lo posible, manteniéndose en su negativa de cumplir con el régimen de visitas mientras dure y contraviniendo, en consecuencia, el apartado 2 del citado artículo, que indica que la oposición a la ejecución no suspenderá el curso de la misma.

Incorporamos las reflexiones de ZARRALUQUI, L. [et al]: *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002, p.63., que compartimos en su totalidad, al considerar “surrealista, patética y kafkiana la imagen de los niños de corta edad, sometidos por sus padres (que en teoría son los que más les quieren), a la tortura psicológica de tener que ver reducido y manipulado su derecho infantil a disfrutar de la presencia de uno u otro, a una obligada presencia en un Juzgado de Guardia, Comisaría o Cuartelillo de la Guardia Civil”.

procedimiento de modificación de medidas a fin de que el futuro pronunciamiento sobre las mismas prevea tales posibilidades.

Por tanto, es posible que pese a existir orden general de ejecución, las visitas continúen sin producirse debido a la negativa y total impedimento del progenitor custodio. En estos casos, ¿ha servido de algo el procedimiento de ejecución si el padre no custodio continúa sin tener en su compañía a sus hijos? ¿Resulta en la práctica suficiente una orden judicial para hacer efectivo dicho régimen de visitas? ¿Es una multa pecuniaria bastante aliciente para que el progenitor custodio cumpla con sus obligaciones¹³? Y, lo más preocupante de todo, ¿cómo compensamos al progenitor no custodio todo este tiempo de incertidumbre y sufrimiento si es imposible que pueda recuperar el tiempo perdido¹⁴ en momentos clave de la vida y desarrollo de sus hijos¹⁵?

Todas estas preguntas no encuentran respuesta en la vía civil, por lo que no se garantiza la tutela del derecho perturbado, pese a que el legislador pretenda hacernos creer lo contrario¹⁶ en el Preámbulo de la citada LO 1/2015, al señalar que “la supresión de las infracciones constitutivas de falta introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto”.

III. LA RESPUESTA DE LA VÍA PENAL AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

La reforma del Código Penal del año 2015 trajo consigo, como indicábamos, la derogación de las antiguas faltas y, con ellas, de la persecución del incumplimiento del régimen de visitas u obligaciones familiares (art. 618.2 CP), y de la infracción del régimen de custodia (art. 622 CP). Se castigaba tanto las conductas de ínfima gravedad, como también aquellas otras que, sin llegar a ser constitutivas del delito de desobediencia, encajaban dentro del tipo de ambos preceptos.

Sin embargo, y teniendo en consideración que el orden penal siempre ha de ser un mecanismo subsidiario al que recurrir una vez agotada la vía civil, la

Esta medida queda vacía de contenido en caso de progenitores insolventes, o aquellos con ingresos reducidos.

La STS 9 julio 2002 n° 720/2002 (EDJ 2002/27754), recuerda que “el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar”.

Téngase en cuenta la STS 30 junio 2009 (CENDOJ 28079110012009100501) que condenó por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC a la madre incumplidora a indemnizar al padre por el daño moral sufrido a consecuencia de la privación, de forma unilateral e injustificada, del ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.

HERRANZ GONZÁLEZ, A.: “Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3-3, pp. 104-119., efectúa un clarificador análisis de la repercusión que ha tenido la modificación legislativa en torno a los incumplimientos de medidas paterno filiales.

despenalización de las citadas conductas ha dejado vacío el camino para todos aquellos incumplimientos que no revistan un carácter reiterado, contumaz, persistente, tenaz, perseverante, constante, firme, permanente y duradero. Tan sólo cuando se trate de un verdadero impedimento deliberado del derecho que contenga los anteriores caracteres podremos incurrir en el tipo del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial¹⁷.

I. El delito de desobediencia.

El apartado I del art. 556 CP establece una pena de prisión de “tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses” a aquellos que resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Parece que los elementos del tipo no dejan lugar a dudas, por lo que para incurrir en el mismo únicamente debe existir un incumplimiento de una orden judicial. Nada más lejos de la realidad.

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal¹⁸ ha señalado como elementos que deben integrar la conducta desobediente los siguientes: a) el carácter determinante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva; b) su conocimiento, real y positivo, por el obligado; c) la existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia en caso de incumplimiento¹⁹; d) la negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad; y e) en todo caso, debe alcanzar una especial gravedad²⁰.

Se requiere unos añadidos, en consecuencia, para la consumación del delito. En primera instancia, la existencia de una orden judicial conocida por el sujeto activo y que se vea incumplida mediante su actitud deliberada. En segundo término, y pese a que el tipo legal del delito de desobediencia no incluye que el mandato se haya de hacer bajo apercibimiento específico de poder incurrir en la citada

Así lo recoge la SAP A Coruña 24 mayo 2017 (EDJ 2017/121274).

Véase la STS 10 diciembre 2004 (EDJ 2004/197316).

Como recoge la SAP Barcelona 22 de diciembre de 2017 (EDJ 2017/331267), “existe una antigua discrepancia doctrinal sobre si uno de los requisitos del delito de desobediencia es que se haya advertido expresamente de la posibilidad de incurrir en tal delito”. En este sentido, la STS más reciente (STS 22 marzo 2017, EDJ 2017/19444), efectúa una brillante interpretación al respecto, indicando que “es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular, el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto insito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias de su incumplimiento”.

La conducta ha de ser de carácter grave, de conformidad con lo exigido por la jurisprudencia para integrar dicho delito. En este sentido, entre muchas otras, la STS 20 enero 2010 (EDJ 2010/2484).

actuación delictiva, la jurisprudencia viene exigiendo tal presupuesto para verificar el elemento subjetivo, el dolo. Esto es, resulta preciso que “para la comisión del delito de desobediencia haya un mandato persistente y reiterado de modo que frente a él quede de manifiesto una actitud de oposición tenaz y obstinada, que es lo que constituye la esencia de esta infracción penal, unido a la existencia de un dolo específico de escarnecer el principio de autoridad” (SAP Córdoba 3 enero 2007²¹). Y, en tercer lugar, ha de revestir el carácter de “grave”. ¿Qué ha de entenderse por grave? ¿Es necesario que concurren todos los caracteres anteriormente expresados—reiteración, persistencia, tenacidad, perseverancia, constancia, firmeza, permanencia e insistencia— al mismo tiempo? ¿O es posible que la coexistencia de algunos de ellos haga de la conducta una actuación delictiva? Nuevamente, y a falta de previsión legal, debemos analizar cada caso concreto a fin de llenar el vacío jurídico de la norma²².

2. El delito de sustracción de menores.

Regulado en el art. 225 bis CP, el delito de sustracción de menores condena al que “dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados”, indicando en su apartado segundo qué ha de entenderse por sustracción.

Mucha duda crea en torno a si el incumplimiento del régimen de visitas y la consecuente separación deliberada del progenitor no custodio podría encajar en la tipificación del citado artículo.

Siguiendo la línea jurisprudencial²³, el delito de sustracción de menores “protege el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de los padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias, que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir; y no podemos dejar desapercibido el hecho de que la propia LO 9/2002 dice en su Exposición de Motivos que lo que se pretende con la introducción de este tipo penal es dar respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor; lo que ha llevado a entender en muchas ocasiones que el sujeto activo del tipo penal sólo puede ser el cónyuge no

SAP Córdoba 3 enero 2007 (EDJ 2007/59954).

A diferencia de lo que ocurre con el impago de pensión de alimentos del art. 227 CP, que sí tiene previsto cuántos incumplimientos han de darse para que la conducta pueda subsumirse en el tipo.

Véase, por clarificador, el AAP León 1 marzo 2019 (EDJ 2019/565481).

custodio". En consonancia con esta limitación, parece que la gravedad de las penas previstas para este delito, que incluyen incluso la privación de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, requiere que el elemento subjetivo sea la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia, y con el objetivo de pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando así al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento²⁴. Parece, por tanto, que la separación antijurídica del niño del progenitor no custodio mediante la obstaculización o incumplimiento total del régimen de visitas no podría constituir un delito de sustracción de menores.

3. El delito de abandono de familia.

La tipificación de la conducta de quien "dejare de cumplir con los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge" se encuentra regulada en el art. 226 CP. La aplicación del mismo es directa en aquellos casos en que el sujeto que ejerce la patria potestad incumple con sus deberes de asistencia para con sus hijos, quienes serán el sujeto pasivo de la acción, no circunscribiéndose ésta exclusivamente a lo estrictamente material o económico, sino a todos y cada uno de los deberes asistenciales, como la educación y formación integral o la unidad de domicilio²⁵.

Para lo que aquí interesa, y en atención a la naturaleza del delito de abandono de familia, debemos analizar si los incumplimientos del régimen de visitas podrían tener cabida dentro del tipo penal. Siguiendo la línea de la citada STS 12 julio 2011²⁶ ni los incumplimientos de los regímenes de visitas ni tampoco los impagos de pensiones se refieren al delito del art. 226, ya que éste hace referencia a una "desatención dolosa de ciertos deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad". Esta tipología delictiva únicamente sanciona a quien dejare de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, como es el de atención, asistencia y cuidado de los hijos, siendo toda acción consistente en dejar abandonado a un menor infractora de los deberes de cuidado y protección propias de la patria potestad, pero no todo incumplimiento de los citados deberes implica una situación penalmente típica de abandono²⁷.

Véase el AAP Salamanca 27 marzo 2018 (EDJ 2018/87244).

MAGRO SERVET, V.: "Persecución penal del régimen de visitas", *Revista Derecho de Familia*, junio 2019.

STS 12 julio 2011 (EDJ 2011/147044).

Véase la STS 27 mayo 2009(EDJ 2009/120236).

Parece que la respuesta jurisprudencial es clara, pese a lo difuso de la norma, carácter propio de las normas penales en blanco o preceptos punitivos incompletos, que no insertan en su redacción parte de sus elementos típicos, por lo que han de verse completados con contenido de preceptos extrapenales que esclarezcan lo que debe entenderse, en este caso, por “deberes de asistencia inherentes a la patria potestad”.

4. El impago de pensiones del artículo 227 CP. ¿Qué sucede con el “principio de intervención mínima”?

Conforme venimos señalando, la despenalización de las conductas menos graves de incumplimientos de deberes familiares encontraba justificación en la necesaria coherencia del sistema sancionador en su conjunto, considerando que la corrección de estas infracciones era más adecuada en el Derecho de Familia, y más concretamente a través del art. 776 LEC. El legislador justifica así que el Estado sólo puede recurrir al Derecho Penal cuando un medio más leve no pueda asegurar el éxito suficiente, estando la pena a disposición tan sólo en última ratio, debiendo optar siempre por aquellas posibilidades de regulación válidas y menos drásticas, excluyendo en la medida de lo posible el empleo de sanciones jurídico-penales²⁸.

Sin embargo, el art. 227 CP tipifica como delito la actuación de quien “dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, etc...”. ¿Acaso no encuentra el impago de alimentos respuesta por la vía civil mediante la ejecución del ya citado art. 776 LEC?

La respuesta es afirmativa. Concretamente, el apartado 1º del citado artículo prevé el cumplimiento forzoso de las citadas obligaciones pecuniarias a través del embargo de los bienes que constituyan su patrimonio. Pero, además de lo anterior, penaliza la infracción por medio de la imposición de multas coercitivas, al igual que en caso del apartado 2º para el incumplimiento de los regímenes de visitas. ¿Qué diferencia atisba el legislador entre ambas conductas para vaciar de contenido penal las obstaculizaciones o impedimentos en las visitas y, sin embargo, mantener la tipificación en caso de impagos de obligaciones de carácter económico?

Como indicábamos, la previsión que ofrece la vía penal para el incumplimiento del régimen de visitas vía art. 556 requiere que la conducta revista determinados caracteres, de conformidad con lo anteriormente expuesto, que justifiquen que

Véase el AAP Madrid 20 julio 2017 (EDJ 2017/182928).

la jurisdicción civil no responde al problema. Consecuentemente, si extrapolamos este concepto y la teoría del legislador al ámbito de las obligaciones pecuniarias, parece lógico pensar que la respuesta penal al impago de pensiones únicamente habría de darse únicamente en aquellas situaciones de extrema gravedad y que no encuentren solución adecuada en la vía civil por medio de la ejecución forzosa, en aplicación del principio de intervención mínima, ya que de lo contrario carecería de sentido la justificación otorgada por el legislador para la despenalización de los citados incumplimientos de los deberes de guarda y custodia, al aseverar que la supresión de las citadas infracciones introduce coherencia en nuestro sistema jurídico. Pero este esquema presenta importantes escollos:

1º) El primero es que se produce una desigualdad manifiesta entre dos obligaciones familiares: el deber de prestar alimentos y el derecho de los hijos de relacionarse con ambos progenitores, ambos inherentes al principio de protección del interés superior del menor.

2º) No existe una pauta definida sobre qué ha de considerarse incumplimiento reiterado, grave, persistente, tenaz, perseverante, firme y constante. De lo contrario, la delimitación temporal en el impago de pensiones es clara en nuestro Código Penal.

3º) La necesidad de que exista un requerimiento previo al sujeto infractor para consumir el delito de desobediencia del art. 556 supone una barrera añadida al ya difícil acceso a la vía penal por el incumplimiento de los regímenes de visitas, que se añade al agotamiento previo de la jurisdicción civil.

4º) A diferencia de lo que sucede con el régimen de visitas, el impago de la pensión de alimentos encuentra doble respuesta²⁹ (vía civil y penal) a elección de progenitor custodio, quien podrá decidir cualquiera de los dos caminos. Por tanto, no responde a la finalidad del legislador en aplicación del principio de intervención mínima.

5º) Por último, la tutela de los derechos del progenitor no custodio no ha de entenderse garantizada en comparativa con los del custodio, para quien resulta más sencillo salir impune de sus infracciones.

En el momento en que el obligado a prestar alimentos incumpliera dos meses consecutivos, o cuatro no consecutivos, se abriría la vía penal para el progenitor custodio. Por tanto, la única limitación para el acceso la encontraría en caso de que tan sólo existiera impago en una mensualidad, ya que a partir de entonces la conducta quedaría subsumida en el tipo del art. 227 CP.

IV. CONCLUSIONES.

I. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha dejado vacío de contenido las infracciones de los regímenes de visitas mediante la total despenalización de los incumplimientos leves en esta materia. La supresión de las mismas pretende (pero no consigue) introducir coherencia a nuestro sistema sancionador en su conjunto obedeciendo al carácter subsidiario del Derecho Penal, cuyo objetivo es tutelar cualificadamente los bienes jurídicos en aquellos casos en que la utilización de otros procedimientos resulte insuficiente para solventar el conflicto.

II. La reforma legislativa no responde adecuadamente a las complejas situaciones existentes en la práctica. Si bien desde el punto de vista jurídico opera en consonancia con el principio de intervención mínima, cuya función se extiende únicamente a las intolerables agresiones contra bienes jurídicos esenciales, en la práctica presenta importantes problemas de aplicación, lo que dificulta la pretendida protección de los mismos.

III. La necesidad de agotar previamente la vía civil mediante el cauce de la ejecución forzosa de resoluciones judiciales, así como del procedimiento de modificación de medidas paterno filiales, dilata injustificada y deliberadamente el derecho del progenitor no custodio de relacionarse con sus hijos en aquellas situaciones en que los incumplimientos son reiterados y totales. En la mayoría de los casos, los menores se encuentran privados de la compañía de uno de los progenitores largas temporadas, lo que provoca un inevitable desapego en momentos determinantes de su evolución y desarrollo. Se contraviene, pues, el principio de protección del interés superior del menor.

IV. Si bien es cierto que la Ley de Jurisdicción Voluntaria prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares urgentes al amparo del art. 158 CC a efectos de remover los obstáculos que hagan ineficaz el cumplimiento del régimen de visitas acordado judicialmente, parece que en la actualidad los tribunales se muestran bastante reacios a la utilización de esta vía, considerando que este precepto tiene cabida en aquellos supuestos en los que el carácter de urgencia justifique la adopción de las mismas, instando al perjudicado que acuda bien al procedimiento de modificación de medidas bien a la ejecución de sentencia a fin de obtener el amparo requerido.

V. La única vía existente tras la reforma del año 2015 para la persecución penal del incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor custodio es la del art. 556, para cuya consumación han de concurrir determinados requisitos que, en conjunto, sean susceptibles de ser considerados un delito de desobediencia a la autoridad judicial. La dificultad es añadida si tenemos en cuenta que la citada

tipificación constituye una "norma penal en blanco", lo que determina su carácter, de por sí, difuso, y la necesidad de complemento extrapenal que fije si la conducta puede subsumirse en el tipo.

VI. A diferencia de los incumplimientos del régimen de visitas, la reforma introducida por la citada LO 1/2015 mantiene intacta la tipificación de los impagos de las prestaciones alimenticias, lo que produce una inevitable sensación de fraude o, al menos, de insatisfacción ante la disparidad comparativa entre ambas obligaciones familiares si tenemos en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias también encuentra respuesta en la vía civil por medio de la ejecución de alimentos, igualmente con previsión sancionadora mediante multas coercitivas para el caso de ser necesario.

BIBLIOGRAFÍA

HERRANZ GONZÁLEZ, A.: "Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3-3, pp. 104-119.

MAGRO SERVET, V.: "Persecución penal del régimen de visitas", *Revista Derecho de Familia*, junio 2019.

MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C., y GONZÁLEZ CORCHUELO, C.: "Mediación familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica", *Revista de mediación*, 2009, núm.3, pp. 6-15.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Posibles consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio", *Tribuna*, IDIBE, 21 mayo 2019. <https://idibe.org/tribuna/posibles-consecuencias-del-incumplimiento-del-regimen-visitas-parte-del-progenitor-custodio/>

PRADO, L.: "Abogados a odiar a uno de sus padres", *20 Minutos*, núm. 4.315, 2019, p. 12.

ZARRALUQUI, L. [et al]: *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002, p.63.



IL DIRITTO DEL MINORE A RICEVERE AMORE

THE CHILD'S RIGHT TO RECEIVE LOVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 762-777



Rosita
LIFRIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Il presente saggio si propone di analizzare il diritto del minore a ricevere l'amore dei suoi genitori e dei nonni.

Nello specifico , punto di partenza, dell'analisi è la legge n.219 del 2012, che ha introdotto lo statuto dei diritti del figlio. Tra questi assume ruolo centrale il diritto del figlio all'assistenza morale da parte dei suoi genitori ; il diritto del figlio minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Si tratta di diritti fondamentali e indispensabili, per la serena ed equilibrata crescita del minore. Essi si traducono nel rispetto del principio del the best interest of the child.

PALABRAS CLAVE: Minore; amore.

ABSTRACT: *This essay aims to analyze the child's right to receive the love of his parents and grandparents.*

Specifically, the starting point, of the analysis is the law n.219 of 2012, which introduced the statute of the rights of the child. Among these, the right of the child to moral assistance from his parents assumes a central role; the right of the minor child to maintain significant relationships with the ascendants and relatives of each parental branch. These are fundamental and indispensable rights, for the serene and balanced growth of the child.

They translate in compliance with the principle of the best interest of the child.

KEY WORDS: *Child; love.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL DIRITTO DEL MINORE A RICEVERE L'AMORE DEI SUOI GENITORI.- I. Il risarcimento del danno per privazione affettiva nel panorama della giurisprudenza italiana.- III. IL DIRITTO DEL MINORE ALL'AMORE DEI NONNI.- I. Applicazioni giurisprudenziali.- IV. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Successivamente alla Riforma del 1975, al fine di eliminare, nell'ordinamento giuridico italiano, la residuale discriminazione tra figli naturali e figli legittimi, è stata approvata, dal Parlamento, la legge n. 219 del 2012¹. Le disposizioni di attuazione della presente legge sono state emanate dal Governo con il d. lgs.n. 154 del 28 dicembre 2013. Tuttavia la Riforma della Filiazione, in primo luogo, ha proclamato il principio di unicità dello stato di figlio che trova esplicito fondamento nel nuovo articolo 315 cod. civ.². Quest'ultimo afferma che: "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".³

Ratio della norma è la creazione di uno stato unico, attraverso l'abolizione di qualsivoglia discriminazione tra figli naturali e figli legittimi⁴, perché la legge conosce solo figli⁵. Una parificazione, questa, necessaria e coordinata con quanto stabilito dalla disciplina del diritto interno e del diritto internazionale.

Come infatti l'art. 30 Cost., pur riconoscendo il valore importante della famiglia legittima, assicura tutela anche ai figli nati fuori dal matrimonio. Nello specifico l'art. 30 Cost. al 3 comma, stabilisce che: "la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio, ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri

1 Sulla Riforma della filiazione del 2012 BIANCA, C.M.: *Diritto civile* 2.1, 6ª ed., Milano, 2017, p. 362, rileva che: "La legge ha riformato il diritto della filiazione enunciandone i principi in una serie di norme di pronta entrata in vigore (1º gennaio 2013) e delegando il Governo a modificare e integrare le disposizioni vigenti per formare una disciplina organica e coerente con i nuovi fondamenti della materia".

Si riporta l'art. 315 cod. civ., precedente alla legge 10 dicembre n. 219 del 2012, rubricato: "Doveri del figlio verso i genitori" alla luce del quale: "Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia".

3 Al riguardo BIANCA, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012", *Giust. civ.*, Giuffrè, Milano, 2013, n. 5º-6º, pp.205-222.

4 Sul punto si veda FERRANTI, D.: "Superamento della discriminazione formale a carico dei figli nati fuori dal matrimonio", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014, p. I ss.

5 BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv.dir.civ.*, 2013, num. 1º, p. I ss.

della famiglia legittima". Ciò in quanto, dai rapporti familiari derivano diritti propri della persona umana, fondamentali per la sua formazione e sviluppo.

In ossequio la disciplina internazionale⁶ sottolinea espressamente il divieto di ogni forma di discriminazione. Il riferimento va così, all'art.14 CEDU, secondo cui: "il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato, senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

In secondo luogo, occorre dire, che con la legge del 10 dicembre 2012, n. 219 è stato introdotto lo statuto dei diritti del figlio, ex art. 315 bis cod.civ. Siffatto statuto elenca i diritti del figlio quali diritti della personalità: il diritto di essere educato, mantenuto, istruito, assistito moralmente dai genitori, il diritto di crescere in famiglia e di essere ascoltato. Trattasi di diritti volti a tutelare interessi essenziali della persona durante la sua crescita e formazione⁷.

II. IL DIRITTO DEL MINORE A RICEVERE L'AMORE DEI SUOI GENITORI.

Tra i diritti enunciati con la Riforma della Filiazione, e di cui al sopracitato art. 315 bis cod. civ.⁸, assume ruolo centrale il diritto del figlio all'assistenza morale. La legge sulla Filiazione ha inteso sancire il diritto del figlio ad essere amato dai suoi genitori. Pur essendo stata proposta ma non accolta (in sede di approvazione della legge delega) l'espressione letterale "diritto del figlio di essere amato dai genitori" (sostituita con quella dell'assistenza morale), assistere moralmente il proprio figlio altro non significa che averne cura amorevole⁹. Così in un ordinamento che storicamente ha mostrato scarsa attenzione ai fatti di sentimento, il diritto all'amore dei genitori è un diritto fondamentale del minore¹⁰. Con la configurabilità in capo al figlio minore di un diritto all'amore, nell'ambiente familiare, si è data rilevanza giuridica ai sentimenti. Nello specifico quando il sentimento diventa valore sociale ed è giudicato socialmente rilevante allora risulta essere meritevole di tutela. Così l'ordinamento giuridico italiano ritiene meritevole di tutela il rapporto di amore tra

6 Cfr. Art 8 Carta europea dei diritti dell'uomo; Art.21 Carta di Nizza.

7 Vid. BIANCA, C.M.: *Diritto civile* 2.1, cit., p. 364: "Si tratta di diritti fondamentali di solidarietà che tutelano l'interesse essenziale dell'essere umano a ricevere l'aiuto e la guida necessari per la sua formazione".

8 Sull'art 315 bis cod. civ. MAURANO, R: *Le controversie in materia di filiazione*, Cedam, Milano, 2010, p. 15. osserva: "L'obiettivo perseguito è il riconoscimento di un unico status filiationis, fondato sui due aspetti della verità biologica e dell'assunzione della responsabilità rispetto al figlio, aspetti entrambi necessariamente presenti nel fondare la ratio della disciplina".

9 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 367.

10 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 368.

il figlio minore e il genitore sotto forma di diritto soggettivo del primo ad essere amato dal secondo¹¹.

Si nota bene come l'interesse del minore, a ricevere affetto dai genitori, si oggettivizza in un valore rilevante per l'ordinamento giuridico, differenziandosi così, dall'interesse all'affetto nelle relazioni tra adulti, che resta giuridicamente irrilevante¹². Il perché di ciò risiede nell'idea di fondo secondo cui è interesse primario del minore, "ricevere quella carica affettiva, di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione"¹³.

Oggi il diritto all'amore è espressamente riconosciuto dall'art. 6, 2 comma della legge 4 maggio 1983, n. 184¹⁴. L'art. 6, 2 comma della legge sull'adozione evidenzia quale presupposto indefettibile per l'adozione l'idoneità affettiva degli adottanti, affermando che: "i coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare". L'idoneità affettiva si traduce quindi nell'idoneità ad adottare: è necessario che gli adottanti debbano poter trasmettere all'adottato l'affetto necessario, quale dato sostanziale di cui si nutre ogni rapporto genitore- figlio. L'idoneità affettiva è elemento fondamentale, nella valutazione del giudice per quanto concerne l'adozione, ma non solo. Infatti, anche nel disciplinare la misura temporanea dell'affidamento familiare, la legge 1983 n. 184 all'art. 2, 1 comma sottolinea espressamente l'importanza delle relazioni affettive per il minore. Cosicché il minore, temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante interventi di sostegno e aiuto, è affidato ad una famiglia (in cui vi siano altri minori) o ad una persona singola, che sia in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno.

Proseguendo, vi è poi l'art. 8 della legge 1983, n. 184 che individua nella carenza affettiva e quindi nell'inidoneità affettiva della famiglia d'origine, il presupposto della situazione di abbandono del minore¹⁵. Sul punto la Suprema Corte di

11 FORNARO, P.: "Il diritto all'amore dei figli", *www.diritto.it*, 1 agosto 2017.

12 Vid. SPAZIANI, P.: Il diritto del figlio all'assistenza morale e all'amore nell'elaborazione dottrinale", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., p. 1 ss.

13 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 368: "Tra gli interessi essenziali del minore si pone infatti in primo piano l'interesse a ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione".

14 BIANCA, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia*, 2012, fasc. 2, pp. 239-240: "Che il figlio debba essere assistito moralmente si può desumere solo dalla legge sull'adozione. Neppure la legge sull'adozione, tuttavia, menziona il diritto all'assistenza morale, limitandosi essa ad indicare la mancanza di tale assistenza come circostanza qualificante la situazione di abbandono. Il disegno di legge proclama invece espressamente l'assistenza morale come diritto del figlio, riconoscendo nella cura affettiva dei genitori il bene di cui il minore ha un bisogno primario per la sua crescita armoniosa".

15 Sul punto MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "L'idoneità "in concreto "di cui al secondo comma", in *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 2010, p. 45 osserva: "Giunge così a maturazione, nel linguaggio legislativo, la consapevolezza che l'idoneità o la carenza affettiva dei genitori costituisce l'elemento prevalente delle due opposte realtà familiari oggetto della presente legge: lo stato di abbandono (relativo) del minore e l'idoneità ad adottare".

Cassazione¹⁶ ha precisato che l'esigenza è quella di evitare che al minore manchi il minimo delle cure e dell'affetto, complessivamente inteso come indispensabile per una crescita normale ed equilibrata. Anche il solo abbandono morale, può dunque pregiudicare detta esigenza. Non è importante il modello di attenzione che un genitore esprime nei confronti dei figli, e che può essere diverso a seconda della cultura, del ceto sociale di appartenenza, ma è importante che tale modello affettivo, risponda alle effettive necessità del minore. Al contrario, qualora vi sia una carenza affettiva, dei genitori verso i figli, non solo viene meno il concetto stesso di famiglia, intesa come principale formazione sociale in cui l'uomo svolge la sua personalità (ex art. 2 Cost.), ma può derivarne una compromissione insanabile alla crescita del minore.

1. Il risarcimento del danno per privazione affettiva nel panorama della giurisprudenza italiana.

La carenza affettiva, del genitore nei confronti del proprio figlio, costituisce atto illecito che lede i diritti fondamentali della persona umana, inerenti alla qualità di figlio. Sul punto è intervenuta la giurisprudenza precisando che si tratta di illecito endofamiliare: privazione del rapporto genitoriale¹⁷. Il genitore, manifestando il proprio disinteresse affettivo nei confronti del figlio minore, arreca un danno all'identità di quest'ultimo, che deve essere risarcito¹⁸. A chiarire ciò è stata dapprima la Cassazione con la sentenza n. 7713 del 2000. Il caso riguarda, la richiesta di risarcimento danni, concernenti il profilo affettivo ed economico, avanzata da un figlio nei confronti del proprio padre naturale. La Suprema Corte ha specificato che nel caso di specie è da ammettersi non solo il risarcimento dei danni patrimoniali ma anche dei danni che ostacolano potenzialmente le attività dirette a perseguire lo sviluppo della persona umana.

Interessante è anche la vicenda affrontata dal Tribunale di Cassino nel 2016¹⁹.

L'attrice è una donna che, nell'interesse della figlia minore, conviene in giudizio il padre naturale della stessa. La donna chiede il risarcimento dei danni subiti dalla minore per l'abbandono, non solo materiale ma anche morale, imputabile al padre. Quest'ultimo si è sempre disinteressato della figlia e non ha mai mostrato interesse nell'instaurare un legame affettivo con la minore. Nel risolvere la controversia il Tribunale di Cassino ha affermato che l'assenza della figura paterna nella crescita della figlia minore, integra "un fatto generatore di responsabilità aquiliana" c.d.

¹⁶ Cfr. Cass. 21 giugno 1988, n. 4220.

¹⁷ MAZZOLA, M.A.: *Il danno da privazione genitoriale*, Key editore, Milano, 2018.

¹⁸ Vid. commento di CIMINO, G.: "Il danno da privazione della figura genitoriale", www.studiolegalecimino.eu, 13 settembre 2019.

¹⁹ Cfr. Trib.Cassino, 15 giugno 2016, n. 832.

endofamiliare. Pertanto è da ammettersi il risarcimento del danno non patrimoniale, da liquidarsi in via equitativa.

In linea di continuità si è posta anche la pronuncia del Tribunale di Milano n. 2938 del 2017.

La madre di un ragazzo disabile, nonché sua amministratrice di sostegno, cita in giudizio il padre di quest'ultimo, chiedendo il risarcimento del danno derivante dalla totale assenza del padre nella vita del figlio. Tale assenza, il Tribunale di Milano, ha specificato che rappresenta un illecito civile, da ricondursi nella previsione di cui all'art.2043 cod. civ. Trattasi di danno da privazione della figura paterna, da liquidarsi in via equitativa e sulla base di quanto stabilito dalle Tabelle dell'Osservatorio per la Giustizia Civile del Tribunale di Milano in tema di liquidazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Ne deriva quindi che, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la violazione degli obblighi di assistenza morale, di cura, di educazione da parte del genitore nei confronti del figlio dà luogo ad illeciti endofamiliari con il conseguente risarcimento del danno qualora siano arrecati pregiudizi allo sviluppo della persona umana.

III. IL DIRITTO DEL MINORE ALL'AMORE DEI NONNI .

Al fine di garantire al minore la crescita in un ambiente familiare sereno e armonioso, non può non menzionarsi l'art. 337 ter cod. civ. Tale articolo è intitolato "Provvedimenti riguardo ai figli" e al I comma stabilisce che: "il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Dalla lettura del I comma dell'art.337 ter cod. civ., può subito individuarsi l'oggetto del diritto in esame, ossia il mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale²⁰. Con il termine ascendenti ci si riferisce ai nonni, la cui presenza nella vita dei nipoti è di primaria importanza. Come infatti, l'interesse del minore, a relazionarsi con i nonni, era stato già sottolineato nel testo dell'art. 155 cod. civ., anteriore al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. L'articolo in esame prima di essere modificato prevedeva che nel caso di separazione personale dei genitori il figlio minore aveva diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

20 Cfr. CARRANO, R.: "L'oggetto del diritto: i 'rapporti significativi' con gli ascendenti alla luce della Riforma e della Costituzione", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., p. 162 ss.

Da un'interpretazione letterale del vecchio testo dell'art. 155 cod. civ. e dell'art. 337 ter cod. civ., si evince però come il diritto in esame, vige solo con riguardo ai nipoti. Pur rappresentando i nonni, per i nipoti minori, un punto di equilibrio nella crescita di questi ultimi (li aiutano a superare ostacoli, momenti familiari di crisi) la loro posizione resta incerta. Nello specifico non viene chiarito il dubbio circa l'esistenza di un diritto di visita dei nonni²¹ autonomamente tutelabile in caso di separazione o divorzio dei genitori del minore. A riguardo, è necessario allora fare riferimento ad un'altra norma del codice civile, vale a dire all'art. 317 bis cod. civ. che prevede al I comma il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

Al 2 comma specifica che all'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto, può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore, affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore²².

L'art. 317 bis cod. civ. riconosce quindi l'importanza nel nucleo familiare della figura dei nonni e il loro diritto. Dovendo precisarsi però, che tale diritto è subordinato, strumentale a quello dei nipoti: gli ascendenti facendo valere il loro diritto, fanno valere di conseguenza il diritto dei nipoti, che così è maggiormente tutelato²³.

In altre parole l'art. 317 bis, 2 comma cod. civ. ammette sì, una tutela del diritto di visita degli ascendenti, ma al contempo questa forma di tutela incontra un limite: l'esclusivo interesse del minore. La Suprema Corte Di Cassazione²⁴ ha infatti precisato che la legge riconosce il ruolo fondamentale dei nonni per la crescita del minore, prevedendone un limite solo laddove sia in contrasto con il preminente interesse di quest'ultimo. In linea di continuità, con quanto fissato dall'ordinamento giuridico italiano, si pone anche l'ordinamento tedesco. I

21 Vid. SALITO, G.: "Il diritto di visita dei nonni e degli altri parenti", in *Il Diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011, p.455.

22 Cass. 25 settembre 1998, n. 9606: "Il genitore, nel corretto esercizio della potestà sul figlio minore, non può senza plausibile ragione in relazione al preminente interesse del minore medesimo, vietargli ogni rapporto con i parenti più stretti, quali i nonni, tenuto conto del potenziale danno a lui derivante dall'ostacolo a relazioni affettive che sono conformi a principi etici del nostro ordinamento, ove mantenute in termini di frequenza e di durata, tali da non compromettere la funzione educativa del genitore stesso; pertanto a fronte di un siffatto comportamento, deve riconoscersi a detti nonni la facoltà di ricorrere al giudice, ai sensi degli art. 333 e 336 cod. civ. per conseguire un provvedimento che assicuri loro un rapporto con il nipote, sia pure nei limiti sopra specificati e sempre che non vengano dedotte e provate serie circostanze che sconsiglino il rapporto medesimo".

23 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 368.

24 Cass. 19 gennaio 2015, n. 725. La Suprema Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso di una nonna materna, la quale chiedeva il ricongiungimento con la nipote. La Cassazione ha ritenuto corretta la decisione dei giudici di merito fondata sul principio, secondo cui, il rapporto di frequentazione tra la minore e la nonna, nonché la ricorrente, aveva un effetto negativo per gli interessi della minore.

Il codice civile tedesco²⁵ considera rilevante la figura dei nonni, i quali hanno diritto a relazionarsi con i nipoti, ma solo se serve al benessere psicofisico del minore. Anche nell'ordinamento giuridico francese, l'art. 371-4 Code civil dispone che il bambino ha diritto di mantenere relazioni personali con i propri antenati. L'interesse del bambino può però essere di impedimento all'esercizio di tale diritto, quando la relazione nonni-nipoti risulta essere contraria all'interesse superiore del minore stesso.

Orbene ciò che si evince sia dall'ordinamento italiano, da quello tedesco, da quello francese è la positivizzazione del diritto ad una relazione affettiva tra nonni e nipoti.

Può, senza ombra di dubbio, affermarsi che tale rapporto affettivo ha avuto un pieno riconoscimento legislativo. Cosicché, ad esempio, il giudice italiano, chiamato ad adottare provvedimenti riguardanti la vita di un bambino, in caso di contrasti familiari, oltre a regolamentare le modalità, i tempi, che il piccolo deve trascorrere con i genitori, non può non tener conto della richiesta degli altri componenti di ciascun ramo genitoriale (i nonni) se la mancata continuità del rapporto affettivo nonni-nipoti risulta essere effettivamente pregiudizievole per il minore.

Il diritto all'amore dei nonni, si esplica quindi anche attraverso il diritto di visita acquista un contenuto autonomo e indipendente rispetto al rapporto genitoriale e si configura come diritto della personalità del minore²⁶.

I . Applicazioni giurisprudenziali.

Fin dal passato, la giurisprudenza italiana, sia di merito che di legittimità, ha posto l'attenzione sulla regolamentazione delle relazioni tra minori e ascendenti.

Prima dell'introduzione dell'art. 317 bis cod. civ. l'orientamento giurisprudenziale prevalente negava l'esistenza di un diritto di visita dei nonni, poiché tale diritto non era riconosciuto da nessuna norma giuridica. Ciò posto le pretese dei nonni ad intrattenere rapporti personali con i loro nipoti, si sostanziavano in un interesse morale e affettivo. Dinanzi a siffatto interesse non corrispondeva il diritto di intervenire in giudizio, ove era in gioco l'interesse del minore²⁷.

Un esempio a tal proposito, è dato dalla decisione della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2009 n. 22081. La Suprema Corte ha precisato che i nonni (pur essendo il loro interesse attuale e concreto) non sono legittimati ad intervenire nel

25 § 1685 BGB.

26 Vid. BIANCA, M.: "Il diritto del minore all'amore dei nonni", in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. I, Univ. Catania, Giuffrè, 2006, p.117 ss.

27 NOCERA, A.: "Il diritto di visita dei nonni: la giurisprudenza più recente", www.ilquotidianogiuridico.it, 27 marzo 2019.

giudizio di separazione tra i coniugi, quando uno dei coniugi impedisce il rapporto affettivo tra ascendenti e nipoti²⁸.

Si evince come la posizione degli ascendenti veniva qualificata sotto forma di interesse legittimo al fine di garantire tutela al loro diritto di visita che, in assenza di apposita disposizione normativa, era sottoposto a scelte discrezionali, tenuto conto dell'interesse del minore²⁹.

Orbene l'interesse legittimo dei nonni e di tutti gli altri parenti trovava pieno riconoscimento solo quando coincideva con l'interesse del minore a mantenere la continuità affettiva con gli ascendenti e quando la frequentazione con gli stessi non arrecava un danno al minore³⁰.

Con l'introduzione dell'art. 317 bis cod. civ., in capo ai nonni si è individuato un vero e proprio diritto soggettivo, che si traduce nel mantenimento dei rapporti significativi con i nipoti, potendo i primi, reclamare il loro diritto di visita, se ostacolato dai genitori nel caso di conflitti familiari.

A fronte di ciò l'orientamento della giurisprudenza è mutato. Partendo dal presupposto che le relazioni nonni-nipoti, non possono avere carattere residuale, ma costituiscono vincoli che affondano le loro radici nella tradizione familiare³¹ e pur ammettendo che il titolare dell'interesse giuridicamente protetto è sempre il minore, si è riconosciuta la posizione soggettiva, meritevole di tutela degli ascendenti³². Questi ultimi, se il loro diritto viene impedito, possono agire in giudizio e spetta al giudice, adottare i provvedimenti più idonei nell'interesse superiore del minore.

Sul punto significativa è la sentenza della Cassazione n. 752 del 19 gennaio 2015 che ha specificato come il diritto di visita dei nonni è strumentale alla piena realizzazione del minore; deve essere quindi valutato in base alla situazione specifica³³.

28 Cfr. in senso conforme Cass. 27 dicembre 2011, n. 28902; Cass. 11 agosto 2011, n. 17191.

29 Cfr. BIANCA, M.: "Il diritto". cit., p. 117 ss.

30 Cfr. Trib. Min. Aquila, 13-2-1998. Nella sentenza si afferma che: "potendo i nonni vantare un mero interesse legittimo e non un diritto soggettivo perfetto di frequentazione dei nipoti, le visite degli avi sono consentite solo ove il loro interesse a mantenere i contatti con i nipoti minorenni coincida con l'interesse di questi ultimi, e sempreché dette visite contribuiscano a favorire un pieno ed armonico sviluppo della personalità dei minori".

31 Cfr. Cass. 25 settembre 1998, n. 9606.

32 Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5097.

33 Vid. commento di LUME, F.: "Il rapporto fra nonni e minore e la sua tutela giurisdizionale", www.questionegiustizia.it, 17 febbraio 2015; Vid. commento di MAZZOTTA, V.: "Non esiste un incondizionato diritto di visita dei nonni", www.personaedanno.it, 22 gennaio 2015.

Il caso riguarda una bambina di otto anni, rimasta orfana di madre. La nonna materna agisce in giudizio per vedere riconosciuto il suo diritto di incontrare la nipote; diritto osteggiato dal padre della minore. Il Tribunale per i minorenni procede nell'ascoltare la bambina, la quale manifesta la volontà di non voler vedere la nonna materna perché le ricorda l'iter doloroso della malattia della madre. Decisione della bambina, pienamente assecondata dal padre.

Il Tribunale per i minorenni rigetta la domanda della nonna e la decisione viene confermata anche dalla Corte di Appello.

Segue il ricorso della nonna in Cassazione. La Cassazione, in linea di continuità con quanto deciso nel giudizio di primo e di secondo grado, ha affermato che il diritto dei minori a conservare rapporti significativi con gli scendenti non attribuisce un autonomo diritto di visita a questi, ma ne costituisce elemento di indagine e di valutazione del giudice, nella scelta dei provvedimenti da adottare per assicurare una sana ed equilibrata crescita del minore. Nel caso di specie, l'interesse della minore, ad una crescita armoniosa, esclude, attesa la volontà della bambina, gli incontri con la nonna materna.

Il giorno successivo alla sopracitata decisione giurisprudenziale, e quindi il 20 gennaio 2015, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha emesso un'importante sentenza sulla vexata quaestio del diritto di visita dei nonni.

A ricorrere in giudizio sono i nonni paterni di una bambina perché, a seguito della separazione dei genitori e della richiesta della madre di dichiarare la decadenza della potestà genitoriale dell'ex coniuge, sono costretti ad interrompere il rapporto con la minore.

Il Tribunale nell'ottobre del 2002 affida ai nonni materni la bambina; la madre può vedere liberamente la figlia mentre il padre può farle visita solo sulla base di quanto deciso dai servizi sociali. Il motivo di ciò risiede nel fatto che il padre è stato denunciato dalla direttrice della scuola della bambina per abusi sessuali nei confronti della stessa.

Nel febbraio del 2003, la Procura della Repubblica, esprime parere favorevole all'esercizio del diritto di visita dei nonni paterni, previo un percorso di sostegno psicologico, nonché preparatorio agli incontri nonni paterni- nipote. Tuttavia, nessun incontro si svolge mai. Successivamente, la psicologa che ha in cura la minore, chiede al Tribunale di sospendere qualsiasi possibilità di incontro perché la bambina si mostra angosciata e paurosa dinanzi alla possibilità di incontrare i nonni paterni. La bambina associa la figura dei nonni paterni al padre e quindi alle sofferenze procurategli dallo stesso.

Così il Tribunale per i minorenni autorizza la sospensione di tali incontri. I ricorrenti propongono ricorso alla Corte di Appello, che respinge il reclamo. A questo punto i nonni paterni adiscono la Corte EDU per il seguente motivo: i giudici nazionali nel negare il loro diritto di visita non solo non hanno tenuto in considerazione il preminente interesse del minore ma hanno pregiudicato anche il loro diritto alla vita familiare.

La Corte Europea, dopo aver indagato e valutato sulla relazione affettiva in questione nonni- nipote, condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU in quanto: "le autorità nazionali non si sono impegnate in maniera adeguata e sufficiente per mantenere il legame familiare tra i ricorrenti e la nipote e che hanno violato il diritto degli interessati al rispetto della loro vita familiare sancito dall'articolo 8 della Convenzione"³⁴.

Ratio della decisione è che l'articolo 8 CEDU ha lo scopo di premunire l'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, potendo essere adottate dallo Stato misure specifiche appropriate anche nel caso di conflitto che oppone i due genitori; misure idonee a riunire genitore e figlio. Lo stesso vale anche nelle relazioni tra il minore e i nonni³⁵. Ne deriva così una parificazione tra il diritto dei genitori e quello degli ascendenti. Il principio improntato sul rispetto della vita familiare, secondo i giudici di Strasburgo, deve comprendere la possibilità di assicurare ai nonni una relazione stabile con i loro nipoti³⁶.

In linea con quanto stabilito nel caso *Manuello e Nevi c. Italia* è la decisione della Corte di Appello di Venezia, Sez.M inorenni del 2 dicembre 2015 nell'accogliere il reclamo dei nonni, che a causa di contrasti tra i genitori e le famiglie della coppia, hanno interrotto i rapporti con i nipoti.

La Corte ha consentito ai nonni di vedere i nipoti, valorizzando i nonni come portatori di quel bagaglio di esperienza e culturale, necessario alla formazione del minore. Altresì la presenza dei nonni nella vita dei nipoti risulta necessaria per consentire ai minori di conoscere le proprie origini. Nel caso di specie, ne consegue che è compito dei genitori accantonare le diatribe che dividono la

34 Causa *Manuello e Nevi c. Italia* 20 gennaio 2015, ricorso n. 107/10.

35 Sul punto *PITRONE, A.*: "L'articolo 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo tutela il diritto di visita dei nonni", *www.rivistaoidu.net*, n. 1°, 2015, p.215 s.s., osserva che: "La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella recente sentenza *Manuello e Nevi c. Italia*, ha ribadito come l'articolo 8 della CEDU abbia anzitutto lo scopo di proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri nella sua vita privata e familiare, ma implica anche la nascita di obblighi positivi in capo allo Stato inerenti al rispetto effettivo della vita privata, che si traducono nella predisposizione di un arsenale giuridico adeguato a garantire i diritti legittimi degli interessati, al fine peraltro di adottare, nell'ambito dei rapporti familiari, le misure necessarie a tutelare il rapporto tra genitori e figli, anche in caso di conflitto nella coppia".

36 Cfr. *BERGAMINI, E.*: "La corte di giustizia e il diritto di visita dei nonni: sentenza *Valcheva c. Babanarakisb*", *rivistaeurojus.it*, 2 luglio 2018.

famiglia, e favorire i contatti nonni-nipoti minorenni, in virtù del primario interesse dei figli minorenni ad una crescita serena ed equilibrata.

Più di recente, nel 2018, sull'importanza del mantenimento del legame significativo nonni-nipoti, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che nella nozione diritto di visita (contenuta nel regolamento n. 2201/2003) deve essere compreso anche il diritto di visita dei nonni nei confronti dei nipoti (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, sentenza 31 maggio 2018 n° C-335/17)³⁷. Si ribadisce ulteriormente come, al fine di evitare misure confliggenti con l'interesse del minore, il giudice può statuire sui diritti di visita, riconoscendo ai nonni la frequentazione stabile e continuativa con i loro nipoti minorenni.

Orbene questa rassegna giurisprudenziale evidenzia che, finalmente, sia nel diritto interno che internazionale, si riconosce ai nonni un'importanza che a livello sociale, è da sempre stata nota³⁸. Il diritto di questi però non è assoluto ma è da considerarsi sempre in funzione dell'interesse superiore del minore (Cassazione civile Ordinanza n. 15328/18).

IV. CONCLUSIONI.

In definitiva, il principio cardine, sul quale del resto è improntata l'intera Riforma della Filiazione, è il *the best interest of the child*³⁹. Un principio espressamente sancito nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo all'art. 3, par. 1, secondo cui: "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"; dall'art 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per cui l'interesse superiore del minore è da considerarsi preminente in tutti gli atti riguardanti i minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private.

Un principio, che nel codice civile italiano, si traduce nel rispetto di quanto stabilito dal sopracitato articolo 315 bis cod. civ.; di quanto previsto dall'art. 155 cod. civ.; nel mantenere, il minore, un sano rapporto con entrambi i genitori e legami significativi con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale, ex artt. 317 bis cod. civ. e 337 ter cod. civ.

37 VASSALLO, G.: "Diritto di visita dei genitori va esteso anche ai nonni", *www.altalex.com*, 25 giugno 2018.

38 LADDOMANDA, M.: "L'importanza dei nonni nella giurisprudenza italiana ed europea", *www.diritto.it*, 17 giugno 2016.

39 Sul principio del *the best interest of the child* si vedano gli atti del convegno *The best interest of the child* in corso di pubblicazione (a cura di M. BIANCA), Sapienza, Roma, 20-22 settembre 2018; DI LORENZO, N.: "Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari", *www.cde.unict.it*.

La disciplina codicistica, in ossequio con la giurisprudenza⁴⁰ fissa e definisce i criteri della dimensione affettiva e dell'educazione come bisogni necessari per il benessere del minore⁴¹.

Bisogni di cui non possono non tenerne conto in primo luogo i genitori e gli ascendenti perché l'intenzione del legislatore è tutelare, all'interno della famiglia, il minore verso una crescita psicofisica equilibrata e serena. In una società come quella attuale, in cui la famiglia parentale ha lasciato spazio alla famiglia nucleare e alla famiglia fondata sul matrimonio, ex art. 29 Cost., si affiancano nuovi modelli familiari, il minore è titolare di diritto soggettivi che l'ordinamento deve promuovere⁴².

In secondo luogo i giudici competenti (attraverso l'ascolto⁴³, la comparizione dei coniugi) devono accertarsi che i provvedimenti che intendono adottare siano idonei a soddisfare l'interesse superiore del minore, evitando la configurazione di ulteriori danni a bambini, già privi di un ambiente familiare sereno in cui poter crescere.

Il principio del *the best interest of the child* è la stella polare che illumina tutto il diritto di famiglia. Così il minore ha diritto di ricevere amore dai genitori e dai nonni perché: "il minore senza l'affetto dei genitori è come una pianta senz'acqua"⁴⁴ al contempo, come ci insegna Alex Haley: "nessuno può fare per i bambini ciò che fanno i nonni. I nonni cospargono la polvere di stelle sulla vita dei bambini"

40 Cass. 16 febbraio 2002, n. 2303.

41 Sul punto si veda COFFARI, G.A.: "L'interesse superiore del fanciullo: da significativo a significato", *www.studiocoffari.it*, 22 febbraio 2017.

42 Così testualmente BIANCA, M.: "Il diritto", cit., p. 141.

43 Sull'ascolto del minore BIANCA, C.M.: "Il diritto del minore all'ascolto", *Nuove leggi civ.comm.*, 2013, n. 3°, p. 546 ss.
CAVALLO, M.: *Le mille facce dell'ascolto del minore*, Armando editore, Roma, 2012.

44 BIANCA, C.M.: "La posizione giuridica del minore in Italia e in Europa", *Convegno tenutosi al Senato*, il 31 marzo 2017, cita le parole di un Presidente del Tribunale dei minori: "Nella mia esperienza posso dire che un bambino che vive senza l'amore dei suoi genitori è come una pianta senza acqua".

BIBLIOGRAFIA

BERGAMINI, E.: "La corte di giustizia e il diritto di visita dei nonni: sentenza Valcheva c. Babanarakisb", *eurojus.it.*, 2 luglio 2018.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.l., 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017.

BIANCA, C.M.: "Il diritto del minore all'ascolto", *Nuove leggi civ.comm.*, n. 3°, 2013.

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv.dir.civ.*, n. 1°, 2013.

BIANCA, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia*, fasc. 2, 2012.

BIANCA, M.: "Il diritto del minore all'amore dei nonni", in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Univ.Catania, 2006.

BIANCA, M.: "Luguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n.219 del 2012", *Giust.civ.*, n. 5°-6°, 2013.

CARRANO, R.: "L'oggetto del diritto: i 'rapporti significativi' con gli ascendenti alla luce della Riforma e della Costituzione", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

CAVALLO, M.: *Le mille facce dell'ascolto del minore*, Armando editore, Roma, 2012.

CIMINO, G.: "Il danno da privazione della figura genitoriale", *www.studiolegalecimino.eu*, 13 settembre 2019.

COFFARI, G.A.: "L'interesse superiore del fanciullo: da significante a significato", *www.studiocoffari.it*, 22 febbraio 2017.

DI LORENZO, N.: "Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari", *www.cde.unict.it*.

FERRANTI, D.: "Superamento della discriminazione formale a carico dei figli nati fuori del matrimonio", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

FORNARO, P.: "Il diritto all'amore dei figli", *www.diritto.it*, 1 agosto 2017.

LADDOMANDA, M.: "L'importanza dei nonni nella giurisprudenza italiana ed europea", *www.diritto.it*, 17 giugno 2016.

LUME, F.: "Il rapporto fra nonni e minore e la sua tutela giurisdizionale", www.questionegiustizia.it, 17 febbraio 2015.

MAURANO, R.: *Le controversie in materia di filiazione*, Cedam, Milano, 2010.

MAZZOLA, M.A.: *Il danno da privazione genitoriale*, Key editore, Milano, 2018.

MAZZOTTA, V.: "Non esiste un incondizionato diritto di visita dei nonni", www.personaedanno.it, 22 gennaio 2015.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "L'idoneità 'in concreto' di cui al secondo comma", in *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 2010.

NOCERA, A.: "Il diritto di visita dei nonni: la giurisprudenza più recente", www.ilquotidianogiuridico.it, 27 marzo 2019.

PITRONE, A.: "L'articolo 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo tutela il diritto di visita dei nonni", www.rivistaoidu.net, 2015.

SALITO, G.: "Il diritto di visita dei nonni e degli altri parenti", in *Il Diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011.

SPAZIANI, P.: "Il diritto del figlio all'assistenza morale e all'amore nell'elaborazione dottrinale", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

VASSALLO, G.: "Diritto di visita dei genitori va esteso anche ai nonni", www.altalex.com, 25 giugno 2018.

LA LEGÍTIMA FORMAL COMO LÍMITE O MEDIO DE PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR*

THE FORMAL LEGITIMATE AS A LIMIT OR MEANS OF PROTECTION OF THE TESTATOR'S WILL

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 778-795



Sara ZUBERO
QUINTANILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto valorar si la denominada legítima formal supone un límite o constituye un mecanismo de protección a la autonomía privada del testador. A tal efecto, es preciso estudiar la regulación de la preterición en sus dos modalidades, intencional y no intencional, para determinar su conexión con la salvaguarda de la legítima material, así como ponderar si la solución jurídica ha de ser la misma cuando la falta de mención de un heredero forzoso en el testamento se encuentre fundada en la voluntad del causante o derive de un error u olvido en el momento de su elaboración. Las consecuencias de la preterición difieren en los ordenamientos que regulan una legítima individual, o por cuotas, como ocurre en el Código Civil español y una legítima colectiva, donde tiene mayor cabida la autonomía de la voluntad del causante, como es el caso del Código del Derecho Foral de Aragón.

PALABRAS CLAVE: Legítima formal; legítima material; heredero forzoso; preterición; testamento.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to assess whether the so-called formal legitimate supposes a limit or constitutes a protection mechanism for the confidential own will of the testator. To this end, it is necessary to study the regulation of preterition in its two modalities, intentional and unintentional, to determine its connection with the safeguarding of the material legitimate, as well as weighing whether the legal solution must be the same when the lack of mention of an imposed heir in the will is based on the will of the deceased or derives from an error or forgetfulness at the time of its drafting. The consequences of preterition (this overlooking) differ in the ordinances that regulate an individual legitimate, or by quotas, as in the Spanish Civil Code, and a collective legitimate, where the confidential will of the deceased has greater capacity, as is in the case of the Code of Regional Law of Aragón.*

KEY WORDS: *Formal legitimate; material legitimate; imposed heir; preterition (overlooking); testament (will).*

SUMARIO.- I. LA LEGÍTIMA FORMAL Y MATERIAL EN EL DERECHO COMÚN.- II. LA REGULACIÓN DE LA PRETERICIÓN EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.- III. CONCLUSIONES.

I. LA LEGÍTIMA FORMAL Y MATERIAL EN EL DERECHO COMÚN.

En el ordenamiento jurídico español no se contempla de forma expresa la diferencia terminológica entre legítima formal y material. Con todo, se conoce como legítima formal a la mención en el testamento de todas aquellas personas que sean legitimarios del causante¹, mientras que se entiende como legítima material al conjunto de bienes del patrimonio del testador de los que no puede disponer debido a que, por ley, han de quedar en poder de los herederos forzosos². En este sentido, de acuerdo con el art. 807 CC, se consideran herederos forzosos del causante los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes y el viudo o viuda en la forma y medida establecidas en la norma.

Cabe señalar que la legítima de los hijos y descendientes constituye las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. No obstante, los progenitores podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La parte que resta es de libre disposición³.

La delimitación de ambos conceptos, legítima material y formal, ha de ponerse en relación con la figura de la preterición, toda vez que es en el momento del fallecimiento del causante cuando debe procederse al reparto de la herencia, respetando la legítima material, y a la valoración de las consecuencias de la no mención de un heredero forzoso en el testamento, determinando el carácter intencional o no intencional de la preterición al tiempo de su otorgamiento⁴.

1 LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente", *Anuario de derecho civil*, 1968, vol. 21, núm. 13, p. 513.

2 Art. 806 del CC.

3 Art. 808 CC.

4 En la misma línea, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004, pp. 176-178.

A estos efectos, los legitimarios que no figurasen en el testamento podrían reclamar su derecho a legítima. En este sentido, cabe estimar en qué medida la preterición sirve como medio de protección de la legítima material o, por el contrario, trata de garantizar la decisión consciente y reflexiva del testador.

Debido a que la mención de los legitimarios en el testamento no es un deber impuesto en el Código Civil, la doctrina ha valorado el carácter formal o atributivo de la preterición⁵, a fin de determinar si es consecuencia de un requisito de forma, cual es la no mención suficiente del legítimo en el testamento⁶, o resulta de la no obtención de atribución patrimonial, *inter vivos* o *mortis causa*, por el legítimo, exista o no mención testamentaria⁷. La interpretación de la calificación de la preterición en uno u otro sentido es relevante a los efectos de los derechos que pueden ser reconocidos al preterido y la afección de estos al resto de beneficiarios del causante.

En todo caso, tomando en consideración el tradicional carácter formal de la preterición, cabría entender que esta se produce siempre que un legítimo, en dicho concepto, no hubiera recibido nada del causante, bien sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y que además no hubiera sido citado en el testamento⁸. Mención esta última que debería ser entendida como cualquier referencia de la que pueda desprenderse que aquel fue tenido en cuenta por el causante al momento de formalizar el testamento⁹.

5 Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J.: "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles", en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, fascículo I, pp. 27-39, LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A.: *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 397-401.

6 DE PABLO CONTRERAS, P.: "La preterición y desheredación. Las donaciones inoficiosas", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (coord. por M.A. Pérez Álvarez), Colex, Madrid, 2013, p. 333, señala que hay preterición si no hay mención en testamento, con independencia de que haya podido haber, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, atribución patrimonial en favor del legítimo no mencionado.

7 Siguiendo a TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", en AA.VV.: *Tratado de derecho de sucesiones Tomo II* (dir. por M.C. Gete-Alonso y Calera), Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 1876, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T.F. Torres García), Atelier, Barcelona, 2012, p. 61, aunque el art. 814 CC regula la preterición como la omisión de un legítimo en el testamento, no debe acogerse un concepto escrito de preterición y, por tanto, debe considerarse que esta no existe cuando el legítimo, aunque no haya sido mencionado en el testamento, ha recibido en vida del causante donaciones por cuenta de su legítima. Ello incluso aunque no se aluda a las mismas en las disposiciones testamentarias.

8 Cabe matizar que la preterición se entiende de forma clara cuando no haya existido intención por parte del testador, ya que en caso de preterición intencional puede quedar identificada, en sus efectos, con las desheredaciones injustas. Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I.: *El testamento viciado*, cit. p. 141; Cfr. TORRES GARCÍA T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO A.: "La legítima en el Código Civil (I)", cit., p. 1876, TORRES GARCÍA T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO A.: "La legítima en el Código Civil (I)", cit., p. 62. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de derecho civil. Sucesiones*, Bercal, Madrid, 2015, p. 217, advierte que en caso de que exista mención testamentaria, pero no haya existido atribución, disposición gratuita *inter vivos*, o no correspondiera nada *abintestato*, se considera que existe desheredación, aplicando las disposiciones del art. 851 CC.

9 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de derecho civil*, cit., p. 217, ALBADALEJO M., *Curso de derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 396.

Con la reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹⁰, se prevén en el art. 814¹¹ dos supuestos de preterición, intencional y no intencional¹². Estos se establecen, respectivamente, en función de que la no mención se atribuya a la decisión consciente del testador o devenga de su desconocimiento al momento del fallecimiento. La regulación que de la preterición hace el art. 814 plantea un doble tratamiento de aquella; el que deriva de la intencional, aplicable a cualquier legitimario (hijos, descendientes, ascendientes y cónyuge), y el que resulta de la no intencional, aplicable solo a hijos o descendientes¹³.

En el primer supuesto, la exigencia de no perjudicar a la legítima permite ejercitar al legitimario no tenido en cuenta la acción de reducción que afectará a la institución de herederos, antes que la de los legados, mejoras y demás disposiciones¹⁴. Ello a salvo de reglas especiales que atienden a la voluntad del testador, protegida en el art. 675 CC, cuál sería el caso de haberse igualado cuantitativamente a los hijos no preteridos por distintos conceptos, unos como herederos otros como legatarios, en cuyo supuesto la reducción sería por igual a todos ellos. En cualquier caso, cabe señalar que no existiría preterición siempre que los legitimarios, como tales, hubieran recibido alguna atribución patrimonial por cualquier título, a cuenta de la legítima. Este hecho solo otorgaría el derecho al complemento previsto en el art. 815 si no hubiese sido cubierta íntegramente¹⁵.

10 El propósito principal de esta ley fue adaptar las previsiones del Código Civil a la Constitución española de 1978. Mediante la reforma, los hijos e hijas no matrimoniales fueron equiparados en derechos a los que sí tuviesen ese origen. Vid. MORETÓN SANZ, M.F.: "Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722, pp. 2894 y ss.

11 Art. 814 Código Civil: "La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos. A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador".

12 Como señalan LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., pp. 402-403, el Código Civil de 1989 no distinguía en el art. 814 ambas clases de preterición. Fue la reforma de 1981 la que adaptó dicho precepto a las orientaciones más recientes de la doctrina distinguiendo, por sus efectos, la preterición intencional de la no intencional. Sobre las posibles razones para justificar la regulación de la preterición no intencional, vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento viciado*, cit., pp.137-165.

13 De acuerdo con TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", 2011, cit., p. 1877, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", 2012, cit., p. 62, es indiferente la intencionalidad o no de la preterición de los ascendientes y del cónyuge, ya que siempre recibe el tratamiento de la preterición intencional de los legitimarios.

14 Como señala VATTIER FUENDALIZA, C.: "Comentario al artículo 814 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 933, los efectos de este tipo de preterición son sustancialmente iguales a los de la desheredación injusta.

15 Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario al artículo 815 del CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 933, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", 2011, cit., p. 1876, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", 2012, cit., p. 61.

Asimismo, es preciso señalar que la salvaguarda que de la legítima hace el art. 814 debe entenderse referida, respecto de hijos y descendientes, a la llamada legítima estricta y no a la amplia, que integra el tercio de mejora, pues solo la primera, por ley, debe ser objeto de reparto igualitario entre los herederos forzosos. Esta previsión, seguida por cualificada doctrina¹⁶, parece la más razonable en cuanto permite mantener las disposiciones testamentarias conforme a la voluntad del testador, salvo en lo que perjudica a la legítima estricta que, por imperativo legal, queda excluida de la voluntad del causante. En todo caso, dentro de la legítima estricta, podría ser adecuado integrar el tercio de mejora, o la parte del mismo, que el testador no empleó para mejorar a uno o varios de sus legitimarios¹⁷.

A este respecto, la Propuesta de Modernización del Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil, prevé en su art. 467-20, apartado segundo, que:

“Si la preterición afecta a uno o varios descendientes y es intencional, la cuota individual de cada uno se calcula exclusivamente sobre el cuarto de legítima estricta¹⁸. Si es errónea o no intencional, se computa sobre la totalidad de la legítima...”.

En el segundo supuesto, la exigencia de dejar a salvo las legítimas se articula mediante una interpretación de la voluntad del testador. A tal fin, el art. 814 establece un régimen que se concreta en las previsiones siguientes: 1. Si los preteridos son todos los hijos o descendientes procederá la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial; 2. Si los preteridos son solo algunos de los hijos o descendientes procederá la anulación de la institución de herederos, pero valdrán las mandas o mejoras ordenadas por cualquier título en tanto no lesionen la legítima; 3. Si el favorecido con la institución de heredero es el cónyuge solo se anulará la misma cuando se perjudique a las legítimas.

De este modo, en la preterición no intencional, la ley parece que tiende más a salvaguardar la voluntad del causante¹⁹. En este sentido, se puede considerar

16 Vid. TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2011, cit., p. 1878, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2012, cit., p. 63. Sobre una interpretación contraria a la legítima estricta vid. MIGUEL GONZÁLEZ, J.M.: “Notas sobre la voluntad del testador”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2002, núm. 6, pp. 162-164. Autor que se apoya en la propia literalidad del art. 814 CC cuando se refiere, tras la reducción de la institución de heredero, a la de los legados y mejoras.

17 En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 403.

18 La propuesta mantiene una legítima de cuotas y la consideración como legitimarios a los hijos, y por representación a sus descendientes; a los progenitores y demás ascendientes; y al viudo o viuda no separado legalmente o de hecho, si bien se reducen las cuantías de la legítima. En esta línea, se fija la de los descendientes en la mitad del caudal hereditario, que se reduce a un tercio si es uno solo, y se habilita al causante para que la mitad de la legítima (una cuarta parte del caudal) sirva de mejora a favor de uno o alguno de los hijos o descendientes.

19 En el mismo sentido, VIVAS-TESÓN, I.: “Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos”, *Revista*

que el testador, de haber conocido la existencia de legitimarios, habría realizado disposiciones en su favor²⁰. Por consiguiente, parece razonable entender que en los supuestos en que se produjera una atribución patrimonial del causante a un legitimario en un concepto diferente, debido al desconocimiento de dicha condición, existiría preterición.

A estos efectos, la previsión del art. 814 *in fine* del CC, relativa a la preferencia de la autonomía de la voluntad del testador a salvo de las legítimas, no debería entenderse como un respaldo a la voluntad errónea o no consciente del causante²¹. Con todo, es preciso advertir que la voluntad real del testador, que necesariamente ha de derivar del contenido del propio testamento o elementos extrínsecos al mismo, puede quedar protegida a través del correspondiente procedimiento judicial²².

De la regulación que hace el Código Civil de la preterición y pese a que la ubicación del precepto legal es la sección 5ª del capítulo II del título III del libro III, dedicada a la legítima, no parece que podamos inferir que estemos ante una institución de defensa estricta de la legítima material. En este sentido, es de interés traer a colación la STS 10 febrero 2014²³, cuando en el apartado cuarto de su fundamento de derecho segundo dice:

“...debe señalarse que la interpretación rectora del art. 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (*voluntas testatoris*) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: “A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador” y confirma sistemáticamente el citado

crítica de derecho inmobiliario, 2014, núm. 742, pp. 682-683. Como señalan TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2011, cit., p. 1879, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2012, cit., p. 63, esa intención de mantener la voluntad del testador lleva, conforme a la regla general de los arts. 675 y 763 del Código Civil, a admitir un criterio amplio de los medios de prueba que acrediten esa voluntad.

20 Sobre la protección de la voluntad presunta del testador, *cfr.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El testamento viciado*, cit., p. 151 y ss.

21 Para MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: “Notas sobre la voluntad”, cit., pp. 168-169, en los supuestos de preterición no intencionada entra en juego la hipotética voluntad del testador, pues entender que su voluntad, cuando no ha previsto la existencia del hijo, ha regulado la sucesión conforme a su consciente voluntad respecto del preterido es indefendible. Para el autor, la preterición importa tanto más cuanto menor sea la cuantía de la legítima. En opinión de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El testamento viciado*, cit., p. 162, al contemplar la preterición no intencional desde la protección de la voluntad del testador, con la regulación del art. 814.2 CC el testador puede prever consecuencias distintas a las reguladas en el CC gracias a lo dispuesto en el art. 814.5, siempre que mantenga al preterido no intencional en sus derechos legitimarios.

22 *Cfr.* PARRA LUCÁN, M.A.: “Nulidad y revocación del testamento unipersonal (especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)”, en *Actas de los XXIV Encuentros del foro de derecho aragonés*, 2014, pp. 144-145.

23 STS 10 febrero 2014 (Roj: STS 5773/2014).

apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de “las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título”.

En todo caso, la consideración precedente no está exenta de matizaciones. Así, en la preterición intencional, su desvinculación con una estricta defensa de la legítima material se puede apreciar en tanto que su protección puede sustanciarse a través de las acciones que protegen las lesiones en aquella. En este sentido, los beneficios de la preterición no parecen añadir mayor protección a los derechos del legitimario.

Respecto a la preterición no intencional, la regulación legal, junto a no ser una estricta defensa de la legítima material, parece que va más allá de una mera protección de la voluntad testamentaria. Ello en cuanto interpreta la voluntad del testador a través de los efectos que el art. 814 otorga a este tipo de preterición. Afirmación esta última que lo es sin perjuicio de la consideración, como norma dispositiva, de la previsión del art. 814.2, que una parte de la doctrina defiende en su interpretación conjunta con el apartado quinto de dicho precepto²⁴.

Junto a lo expuesto, cabe indicar la posible concurrencia de los dos tipos de preterición regulados en el Código Civil. Ello ocurrirá en el supuesto en que unos legitimarios sean preteridos intencionalmente y otros con carácter no intencional. En estos casos, denominados como preterición mixta por la doctrina, se busca igualmente la protección de la voluntad del testador. A tal fin, y habida cuenta que en el Código Civil no existe una acción colectiva de preterición, el legitimario preterido intencionalmente solo podría pedir la reducción de la institución de heredero antes que la de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, si la acción la ejerce un legitimario preterido no intencionalmente, siendo un hijo o descendiente del causante, la anulación de la institución de heredero afectaría a todos los demás²⁵.

Por último, el art. 814 prevé, en su párrafo tercero, un supuesto al que no alcanzan los efectos de la preterición cuando dice que los descendientes de descendientes no preteridos representarán a estos en la herencia del ascendiente y, en consecuencia, no serán considerados preteridos. De este modo, de la norma se infiere que sin su regulación los descendientes del premuerto no mencionados serían considerados preteridos. Como señala una parte de la doctrina, si el testador mencionó a los descendientes de ulterior grado, ya no se encontrarían

²⁴ Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El testamento viciado*, cit., pp. 161-165.

²⁵ Cfr. TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2011, cit., p. 1881, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2012, cit., p. 65.

en la condición de preteridos, por lo que dejaría de ser de aplicación lo dispuesto en el art. 814.3 CC²⁶.

En todo caso, es de interés concretar el alcance de la representación que el precepto atribuye a los descendientes del no preterido en el sentido de si se refiere solo a su legítima o a la totalidad de su atribución patrimonial. Parece razonable reconocer, a fin de velar por la voluntad real del testador, que el derecho de aquel se refiera a la atribución patrimonial del no preterido sin incorporar la mejora específica que el testador hizo en favor del descendiente premuerto²⁷.

II. LA REGULACIÓN DE LA PRETERICIÓN EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

Al contrario de lo que ocurre en el Código Civil, la Compilación aragonesa contemplaba expresamente el término legítima formal²⁸, como una forma de proteger no solo a unos concretos descendientes no mencionados en el testamento sino también como garantía de una voluntad consciente del testador²⁹. Sin embargo, dicha terminología se eliminó en las reformas legales posteriores. Esta circunstancia se justificó en el no cumplimiento de la función sistematizadora y de auxilio a la interpretación que de ella se esperaba, de conformidad con lo dispuesto en el preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA.

Con todo, y como ocurre en el Derecho común, la no mención de los legitimarios provoca que opere la preterición, cuya regulación actual en el CDFA se contiene en los arts. 503 a 508³⁰. El primero de los preceptos citados³¹ combina dos criterios

26 Sobre preterición y representación, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 75 y ss.

27 TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2011, cit., p. 1882, TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, 2012, cit., p. 66.

28 El art. 120 de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón, señalaba respecto a la “legítima formal” que: “Uno. Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya. Dos. No equivale a dicha mención, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos”.

29 *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Preterición e injusta desheredación”, cit., p. 525, LACRUZ BERDEJO, J.L.: “La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. T. II*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 278.

30 Cabe señalar, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Preterición e injusta desheredación”, cit., p. 515, que la preterición en Aragón presenta una diferencia fundamental con la regulada en el Código Civil, toda vez que en el derecho aragonés falta la legítima material individual. El autor advierte que, en el Código Civil, la preterición constituye una infracción de pretensiones sustanciales propias del preterido, mientras que en Aragón no es una infracción material de un derecho de aquel, que cuando existe supone un fenómeno accesorio.

31 Art. 503 CDFA: “1. Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia. 2. No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación

en la regulación de la preterición, uno formal, consistente en la falta de mención, y otro material, concretado en la ausencia de atribución. Con respecto a la falta de mención, es preciso señalar que, en el CDFA, de conformidad con lo dispuesto en el art. 503, parece que no existen dudas sobre la no existencia de preterición en caso de que el causante hubiese favorecido en vida a los legitimarios preferentes. En todo caso, la regulación que se hace de la preterición, como desarrollaremos en el presente trabajo, persigue que los legitimarios de grado preferente no sean excluidos de la herencia si esa no ha sido la voluntad del causante, debido al desconocimiento de su existencia o de su condición.

La legislación foral, al contrario que el Código Civil, clarifica qué se entiende por mención suficiente. En este sentido, el art. 504.I CDFA considera que la hay a través de cualquier cita referida al legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento, habilitando incluso la mención implícita que avale que el testador tuvo en mente a todos los legitimarios. Ello respalda esa garantía de la voluntad del disponente a la que se ha hecho referencia al comienzo del presente epígrafe. De igual modo, el apartado segundo del precepto entiende por mención suficiente cualquier atribución simbólica. Todo lo anterior sin perjuicio de las matizaciones que para hijos póstumos o cuasi póstumos se contemplan en el apartado tercero del precepto legal. Con todo, como ya hemos adelantado, y dijimos en el seno de la regulación del Código Civil, parecería razonable entender que no hay preterición si el descendiente preferente ha recibido liberalidades en la condición de legitimario. En caso contrario, no habría habido manifestación de voluntad del causante, respecto de aquel, que permitiese entender cumplimentada la exigencia legal de mención suficiente³².

Igual que ocurre en Derecho común, la norma foral, en sus arts. 505³³ y 506³⁴, regula la preterición intencional y la no intencional, respectivamente.

de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido”.

- 32 En opinión de CERECEDA MARQUÍNEZ, J.: “Ley de sucesiones, Título VI, De la legítima”, RDCA, 1999-I°, pp. 118-119, en la preterición no intencional deben concurrir los requisitos de la definición general de preterición. De este modo, el autor afirma que no se produciría en aquellos casos en aquellos legitimarios de grado preferente hubiesen sido favorecidos en vida del causante o en su sucesión legal. Con todo, siguiendo a SERRANO GARCÍA, J.A., “La Legítima en Aragón”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo II* (dir. por M.C. Gete-Alonso y Calera), Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 2006., podría defenderse razonablemente que las liberalidades a los descendientes no han de excluir la preterición cuando el disponente, en el acto *mortis causa*, desconocía la supervivencia del legitimario, o no le constaba su existencia o su condición de legitimario. Ello porque, en un caso, el causante no tiene la posibilidad de favorecer en más al donatario y, en el otro, no pudo manifestar su voluntad sobre él. El autor advierte que, en estos supuestos, podía haberse corregido el sistema y haber dicho que, pese a la existencia de liberalidades, existe preterición no intencional, pero la Ley de sucesiones no ha hecho excepciones.
- 33 Art. 505 CDFA: “1. Es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal. 2. La preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario”.
- 34 Art. 506 CDFA: “Es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”.

En la primera, el preterido solo tiene derecho a reclamar la legítima colectiva³⁵ frente a terceros siempre que exista una lesión de esta, tal como prevé el art. 507 CDFA. Con todo, esta aparente defensa de la legítima material no deriva propiamente de la preterición, sino de la condición de legitimario de grado preferente, en virtud de lo dispuesto en el art. 494 CDFA³⁶. La preterición intencional es la regla general, al tratarse de una presunción legal conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del art. 505. Además, es una presunción *iuris tantum* por lo que admite prueba en contrario, que corresponderá demostrarla a quien alegue la no intencionalidad. Por último, cabe resaltar que en el CDFA desaparece la distinción de la Compilación entre preterición total y singular, por resultar en su regulación irrelevante, toda vez que en ambos casos las consecuencias son las mismas, reclamar, según dijimos, frente a terceros, la parte de legítima colectiva que le pudiera corresponder al legitimario cuando hubiera lesión de la misma³⁷.

En la segunda, el legitimario preterido tiene derecho, salvo previsión expresa del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al legitimario menos favorecido, según dispone el art. 508.I CDFA. El precepto admite el pago en metálico del resto de legitimarios por las reducciones que sufran. Asimismo, de la regulación del CDFA deriva que no participan en el pago ni terceros ni legitimarios distintos de herederos y legatarios, por lo que la reducción solo es sufrida por legitimarios sucesores *mortis causa*, pero no por donatarios³⁸. Por último, hay que señalar que en la preterición no

35 El Código del Derecho foral de Aragón regula una legítima de carácter colectivo cuyos beneficiarios, o legitimarios, son solamente los descendientes del causante, con independencia del grado. Ello sin que suponga reconocer un derecho colectivo al conjunto de legitimarios que, por carecer de personalidad jurídica, no son titulares de derechos como tal conjunto. La titularidad corresponde a los individuos que conforman el grupo. Esta naturaleza colectiva otorga al causante plena libertad para disponer de la legítima en favor de cualquiera de ellos excluyendo a los demás.

36 Art. 494 CDFA. Lesión de la legítima: "1. No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes la cuantía de la legítima colectiva, podrán reducirse las liberalidades hechas en favor de no descendientes en la forma regulada a continuación. 2. Salvo que la voluntad del disponente sea otra, el derecho a obtener la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal. 3. La renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás".

37 Vid. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: "Significado de la peterición desde la perspectiva del Derecho tradicional y contemporáneo aragonés. La preterición y la institución recíproca de herederos", *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, noviembre, 2000, p. 49. Siguiendo a SERRANO GARCIA, J.A.: "La Legítima en Aragón", *Revista de derecho civil aragonés*, 2010, núm. 16, pp. 115; SERRANO GARCIA, J.A.: "La legítima en Aragón", 2011, cit., p. 2010, la preterición intencional, tanto si es singular como total, carece de sanción y el preterido o preteridos nada pueden reclamar por ello. El derecho a reclamar la fracción de legítima que pudiera corresponder, al existir lesión cuantitativa de la misma, es un derecho que también tendría el interesado en caso de no haber sido preterido.

38 De acuerdo con PARRA LUCÁN, M.A., BARRIO GALLARDO, A.: "La legítima en el derecho aragonés", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T.F. Torres García), Atelier, Barcelona., 2012, p. 397, la solución legal parece coherente con un sistema como el aragonés donde la colación de liberalidades no es por ministerio de ley (art. 362 CDFA) y donde las donaciones, cuando hay lesión de legítima colectiva, resultan reducibles en último lugar (art. 495). En contra, MOREU BALLONGA, J.L. (ponente), BRUN ARAGUES, J.J., y RUFAS DE BENITO, I. (colaboradores): "El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones", *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 362, que opina que la solución

intencional sí se distingue, en cuanto a sus efectos, la preterición parcial de la referida a todos los legitimarios preferentes o al único de ellos. En este último caso, procede la delación legal de todo el caudal relicto, de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del art. 508 CDFA, lo que provoca, como en el Código Civil, la ineficacia de las previsiones patrimoniales del testamento y se produce la apertura de la sucesión legal³⁹. El propio artículo advierte que dicha previsión procederá siempre que no hubiera sido designado heredero o legatario otro descendiente, puesto que en el derecho aragonés es posible atribuir toda la legítima a un descendiente de segunda generación⁴⁰.

De las previsiones del CDFA respecto a la preterición y pese a que, como ocurre en el Código Civil, su regulación se encuentra en el Título VI del Libro III dedicado a las legítimas, podemos afirmar, sin renunciar a la existencia de una cierta conexión entre preterición y legítima material, que el carácter colectivo que se otorga a la legítima en Aragón avala potenciar el aspecto de defensa de la voluntad del testador que inspira a esa institución, confirmando el mayor grado de libertad dispositiva que en Aragón se reconoce al testador⁴¹.

De este modo, el preterido de forma intencional tendrá, en todo caso, derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros siempre que haya existido lesión de esta. Es decir, únicamente cuando exista lesión en la legítima quedará afectada la voluntad del testador debiéndose entregar al preterido, así como también a los legitimarios preferentes no preteridos, la parte de legítima lesionada. Con todo, en línea con lo dispuesto en el Código Civil, esta previsión no otorga una protección adicional a la salvaguarda de la legítima material, que se apoya en las acciones

adoptada por la Ley de Sucesiones (que se reproduce en el CDFA), cuando se refiere al caudal relicto, tiene el inconveniente de hacer depender la cuantía, e incluso la existencia de la cuota legal del legitimario preferente preterido no intencionalmente, al dato aleatorio, o incluso arbitrario, de que la legítima se haya distribuido por vía de *donatum* o por vía de *relictum*. Asimismo, señala que se hace depender, de ese dato aleatorio o arbitrario, sobre qué legitimarios recae la carga que cubre la cuota del preterido no intencional.

- 39 Para SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: "La legítima", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (dir. por J. Delgado Echeverría), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 633-634, la solución legal no responde a la tutela de la legítima material ni tampoco a suplir la voluntad hipotética de un testador medio, sino a la injustificada idea de que el causante habría beneficiado al preterido con todo el caudal, lo que contraviene la voluntad del testador cuando no era su deseo disponer de todo el caudal en beneficio del legitimario preterido. Como señalan PARRA LUCÁN, M.A., BARRIO GALLARDO, A.: "La legítima en el derecho aragonés", cit., p. 399, en la preterición no intencional total el legislador podría haber operado de forma diferente, decretando que no procedía la apertura de la sucesión legal a fin de mantener las atribuciones a expensas de que los perjudicados reclamasen su legítima frente a terceros. Es decir, no anular la institución de heredero a favor de un extraño, sino posibilitar que los preteridos reclamaran la mitad del caudal computable a efectos de legítima.
- 40 De acuerdo con PARRA LUCÁN, M.A., BARRIO GALLARDO, A.: "La legítima en el derecho aragonés", cit., p. 399, la única hipótesis es que el sucesor, a título universal o particular, sea un legitimario mediato y no de grado preferente. Así, cuando se instituya heredero al nieto creyendo erróneamente que su padre había fallecido.
- 41 Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.A., BARRIO GALLARDO, A.: "La legítima en el derecho aragonés", cit., p. 390, el carácter colectivo y la libre distribución de la legítima que se recoge en el art. 486 CDFA justifica que la regulación aragonesa esté más cerca de los sistemas de libre testamentificación, donde la preterición, más que servir a una protección del legitimario olvidado, tiene por finalidad garantizar que la decisión del testador ha sido consciente y meditada, que es espontánea y libre, como corresponde a cualquier declaración de voluntad.

que la protegen. Ello en tanto que la legítima es una previsión legal que debe ser respetada siempre por el testador, salvo en los supuestos de desheredación por causa legal o por concurrir causa de indignidad⁴².

Cuando el preterido lo sea de forma no intencional, la regulación legal sobrepasa la defensa de la legítima, así como, en determinados casos, la protección de la libertad volitiva del causante, llegando incluso a suplantar la decisión del testador por las previsiones legales. Por un lado, tratándose de una preterición parcial, se protege la hipotética voluntad del testador que, presumiblemente, hubiera dejado una porción de legítima al preterido de saber que era un descendiente legitimario preferente. Porción que se concreta en una parte del caudal relicto igual a la que correspondería al legitimario menos beneficiado. Asimismo, se mantiene la voluntad del causante sobre las disposiciones hechas en favor de terceros siempre que no haya lesión de la legítima colectiva. Por otro lado, tratándose de una preterición total, se procederá a la apertura de la sucesión legal. Esta solución, aunque en principio parece pretender, como en el caso anterior, defender la hipotética voluntad del causante, al haberse formado mediante error o desconocimiento, podría ir más allá de lo que hubiese sido el deseo testador. Ello en cuanto se excede de la atribución de la legítima colectiva en favor del preterido.

Por último, cabe señalar que, de forma semejante a las previsiones del Código Civil, se excluyen los efectos de la preterición sobre quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente no preterido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 503.2 CDFA⁴³. Con todo, debemos recordar que en la legislación aragonesa únicamente pueden ser preteridos los legitimarios preferentes, por lo que los descendientes de ulterior grado, que no han sido mencionados en testamento o que no hayan recibido atribuciones, si no han adquirido la condición de legitimarios de grado preferente no serán considerados preteridos.

A todos los efectos, de las previsiones del Código Civil español y del CDFA, podemos inferir que la preterición se regula en atención a salvaguardar la voluntad del disponente más que a la protección de una legítima material que, por imponerla la ley, queda excluida de aquella voluntad. Esta finalidad no solo se aprecia en la preterición intencional, sino que opera con mayor alcance en la preterición no intencional, donde las normas que la regulan pretenden evitar que opere una voluntad viciada por la existencia de error o desconocimiento. En este

42 Vid. arts. 509 y ss. CDFA en cuanto a la desheredación legal y 328 para la indignidad.

43 Para MOREU BALLONGA, J.L. (ponente): "El sistema legitimario en la ley aragonesa", cit., p. 376, el injusto resultado del art. 188.2 de la Ley de Sucesiones de Aragón, hoy reproducido por el art. 503.2 CDFA, es que menciones para excluir, pensadas para el descendiente de primer grado como propias de pretericiones intencionales, que respecto de él hubieran sido irrelevantes, pueden ser relevantes respecto de descendientes de segundo grado, ahora como menciones arbitrarias que excluyen injustamente la cuota legal de los que de no existir la regla especial del artículo hubieran podido ser preteridos no intencionales.

contexto, la preterición no intencional de descendientes alcanza mayor relevancia en ordenamientos que, como el derecho aragonés, conceden al causante amplia libertad para disponer de la legítima. Ello por ser esta de naturaleza colectiva y no individual como la que se reconoce en el Código Civil.

III. CONCLUSIONES.

Primera. La mención de los legitimarios en el testamento, conocida como legítima formal, no constituye un deber de obligado cumplimiento del testador. Sin embargo, la falta de mención de los legitimarios en aquel conlleva la preterición. Por consiguiente, puede afirmarse que la legítima formal, más allá de servir como mecanismo de protección de la legítima material, que tiene sus propios medios de defensa, puede actuar como medio de salvaguarda de la voluntad consciente del causante.

Segunda. La ubicación de la preterición dentro de la regulación de las legítimas, en el Código Civil y en el CDFA, no justifica por sí sola la interpretación de la preterición como un instituto al exclusivo servicio de la defensa de la legítima material. Afirmación que, debido a la regulación más o menos flexible del sistema de legítimas, comprobamos se refuerza en ámbitos legales como el representado por el Derecho foral de Aragón, que opta por regular una legítima colectiva, frente a derechos, como el común, defensores de una legítima individual o por cuotas.

Tercera. Dentro de la regulación de la preterición, tanto en el Código Civil como en el CDFA, se distingue entre una preterición intencional y una preterición no intencional, en función de la voluntad consciente o no del disponente a la hora de omitir a los legitimarios en el testamento. En ambos ordenamientos, la preterición intencional no produce otros efectos que la habilitación para los legitimarios preteridos de ejercer las acciones que les correspondan en defensa de la legítima dañada.

La preterición no intencional, sí produce efectos importantes vinculados a una no consciente declaración de voluntad. Dependiendo del supuesto, el legislador no solo ha tratado de proteger la legítima material y la autonomía de la voluntad del causante por medio de una interpretación presunta de su voluntad, sino que ha ido más allá de la misma anulándola en favor de las disposiciones legales. En este sentido, en caso de preterición total, y con independencia de encontrarnos en sistemas de legítima individual o colectiva, el contenido patrimonial del testamento se anula y se abre, para su distribución, la sucesión legal. Por el contrario, en caso de preterición parcial, la afección lo es a la institución de herederos con reducción de sus cuotas a fin de salvaguardar la legítima dañada. Ello con un alcance general

a esa institución en el derecho común, mientras que en el CDFA la afección lo es solo a los herederos legitimarios beneficiados.

Cuarta. En todo caso, aun no siendo la finalidad de la preterición la defensa de la legítima material, sino la protección de la voluntad del testador, y reconociendo la mayor relevancia de la preterición en ordenamientos que regulan más amplia libertad del causante en la disposición de la legítima entre sus descendientes, la desaparición del régimen de legítimas vaciaría de contenido a la legítima formal y provocaría el decaimiento de la institución de la preterición por innecesaria.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M.: *Curso de derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2015.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: "Significado de la petición desde la perspectiva del Derecho tradicional y contemporáneo aragonés. La preterición y la institución recíproca de herederos", *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, noviembre, 2000.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de derecho civil. Sucesiones*, Bercal, Madrid, 2015.

CERECEDA MARQUÍNEZ, J.: "Ley de sucesiones, Título VI, De la legítima", *Revista de Derecho civil Aragonés (RDCA)*, 1999-Iº.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), BAYOD LÓPEZ, M.C., SERRANO GARCÍA, J.A. (coords.): *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, 2015.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "La preterición y desheredación. Las donaciones inoficiosas", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (coord. por M.A. Pérez Álvarez), Colex, Madrid, 2013.

DOMÍNGUEZ LUELMO A.: "Comentario al artículo 815 del CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente", *Anuario de derecho civil*, vol. 21, núm. 13, 1968.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa", *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. T. II*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A.: *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002.

MORETÓN SANZ, M.F.: "Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010.

MOREU BALLONGA, J.L. (ponente), BRUN ARAGUES, J.J., y RUFAS DE BENITO, I. (colaboradores), "El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones", *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006.

PARRA LUCÁN, M.A. (ponente): "Nulidad y revocación del testamento unipersonal (especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)", en *XXIV Encuentros del foro de derecho aragonés*, 2014.

PARRA LUCÁN, M.A., BARRIO GALLARDO, A.: "La legítima en el derecho aragonés", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T.F. Torres García), Atelier, Barcelona, 2012.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: "La legítima", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (dir. por J. Delgado Echeverría), El Justicia de Aragón, 2012.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "La Legítima en Aragón", *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 16, 2010.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "La Legítima en Aragón", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo II* (dir. por M.C. Gete-Alonso y Calera), Thomson Reuters, Navarra, 2011.

TORRES GARCÍA, T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo II* (dir. por M.C. Gete-Alonso y Calera), Thomson Reuters, Navarra, 2011.

TORRES GARCÍA T.F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T.F. Torres García), Atelier, Barcelona, 2012.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles", en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I, 1967.

VATTIER FUENDALIZA, C.: "Comentario al artículo 814 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

VIVAS-TESÓN, I.: "Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 742, 2014.

FORTALECIMIENTO DE LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE
VIUDO: ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

*STRENGTHENING THE POSITION OF THE SURVIVING SPOUSE:
ARTICLE 831 OF THE SPANISH CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 796-817



María Patricia VIVES VELO DE ANTELO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: La presente comunicación tiene por objeto el análisis del art. 831 del Código Civil español que, entre otros fines, responde a la demanda de fortalecimiento de la posición del cónyuge supérstite al convertirle en un auténtico gestor del patrimonio familiar. El carácter excepcional de esta institución en relación con varios artículos del Código Civil ha supuesto un profundo cambio en el régimen sucesorio de derecho común, incidiendo en aspectos como la intangibilidad cualitativa de la legítima, el carácter personalísimo del testamento o la partición de la herencia. Por ello queda justificada la importancia de un estudio que, desde una perspectiva práctica, analice las posibilidades de aplicación y utilización de la fiducia sucesoria, y proponga fórmulas testamentarias que logren la finalidad perseguida por la norma, a la vez que resuelvan los problemas que puedan derivarse de su redacción literal.

PALABRAS CLAVE: Cónyuge viudo; art. 831 del Código Civil español; fiducia sucesoria; libertad de testar; protección patrimonial del discapacitado.

ABSTRACT: *The aim of this study is the analysis of the article 831 of the Spanish Civil Code, which, among other purposes, responds to the testator's desire of strengthening the position of the surviving spouse, by turning him into an administrator of the family heritage. The exceptional nature of this institution in relation to several articles of the Spanish Civil Code has meant a profound change in its inheritance laws, affecting aspects such as the qualitative intangibility of the forced heirship, the personal and non-delegable nature of the will or the inheritance's partition. These considerations justify the importance of a research work that, from a practical view, analyzes the possibilities of application and use of this institution, and proposes testamentary formulas that can achieve the purpose pursued by the law as well as solve the problems that may arise from its literal meaning.*

KEY WORDS: *Surviving spouse; article 831 of Spanish Civil Code; trust disposition; freedom of testation; patrimonial protection of the disabled.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAMBIO EN LAS RELACIONES FAMILIARES.- III. FINALIDAD DEL ARTÍCULO 831 CC.- IV. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA FIGURA.- V. FACULTADES DEL FIDUCIARIO.- 1. Facultades de mejora.- 2. Facultades de distribución y adjudicación de bienes.- 3. Liquidación de la sociedad de gananciales.- 4. Facultades de administración.- VI. EQUIPARACIÓN A LAS PAREJAS DE HECHO.- VII. FÓRMULAS TESTAMENTARIAS.- VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

No son extraños a la práctica notarial casos en que un cónyuge quiera proteger al otro dejándole todo su patrimonio, máxime si están casados en régimen de gananciales, el patrimonio es pequeño y es el resultado de un esfuerzo en común a lo largo de toda una vida. No debería ser difícil entregárselo al superviviente después de la muerte y, sin embargo, la ley lo impide, dejando la mayor parte de la propiedad a los hijos, incluso en circunstancias de abandono emocional de los padres. Por casos como el consignado cada vez son más los notarios¹ y académicos² que reclaman una reforma del sistema de legítimas español, por entender que se trata de un régimen obsoleto que no se adapta a las necesidades sociales actuales. Lo cierto es que los cambios económicos, sociales y demográficos de las últimas décadas y, fundamentalmente, el profundo cambio experimentado en los últimos tiempos por el derecho de familia, no se han visto acompañados de una reforma, cada vez más necesaria, del derecho sucesorio.

El presente trabajo trata de analizar esquemáticamente las posibilidades que lleva aparejada la fiducia sucesoria regulada en el art. 831 del Código Civil español, figura aún bastante desconocida y poco utilizada que, frente a las

1 MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad de testar: Una reforma necesaria", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), vol. I (Derecho de la persona, familia y sucesiones), editorial La Ley, 2012, pp. 641-690; MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La subsistencia de la legítima. Un caso de pereza legislativa", blog <https://hayderecho.expansion.com>, febrero 2017; GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar* (dir. F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUREN URRIZA; coord. J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Madrid, 2019, pp.61-73. Conclusión 10ª del Congreso Notarial celebrado con ocasión del 150 aniversario de la Ley del Notariado, en marzo de 2011: "10ª. Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal."

2 Vid. obra colectiva de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A., Madrid, 2018).

• María Patricia Vives Velo de Antelo

Personal Investigador Predoctoral en Formación, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: patriciavivesva@gmail.com/mavivesv@der-pr.uc3m.es

fuertes restricciones de todo sistema legitimario, incrementa la libertad de testar del causante, que deposita toda su confianza en el supérstite como gestor del patrimonio familiar y autoridad doméstica.

En el primer apartado se hará un bosquejo rápido sobre los principales cambios producidos en el ámbito del derecho de familia, para pasar a analizar a continuación el art. 831 propiamente dicho, hablando de su finalidad, su carácter excepcional y su ejecución, haciendo especial referencia a las amplias facultades del cónyuge supérstite. Finalmente, sobre la base de los apartados anteriores, se expondrán unas reflexiones sobre la utilidad de esta institución y la conveniencia de generalizar su utilización en la práctica notarial.

II. CAMBIO EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

Los profundos cambios económicos, políticos y sociales del último siglo han dado lugar a una completa transformación de la institución básica de toda sociedad, la familia. El ordenamiento jurídico, en respuesta a la demanda social, ha ido adaptándose a estos cambios, a través del derecho de familia, sector que se ocupa de las relaciones familiares y los conflictos que se originan en el marco de estas relaciones.

El derecho de familia clásico tradicional era imperativo, se basaba en el modelo de familia tradicional, es decir, en el matrimonio entre hombre y mujer, y se caracterizaba por una acusada intervención judicial, ya que se trataba de un derecho tutelado por el juez. Por otro lado, desde el punto de vista económico, antes de la Revolución Industrial, predominaba una economía primaria basada principalmente en la agricultura. La familia era la unidad de producción, en la que colaboraban todos los miembros, incluso los hijos menores de edad³. De esta forma, la riqueza dependía de la posesión de fincas y heredades y el patrimonio era colectivo-familiar. En cuanto al papel de la mujer, hasta la Constitución Española de 1978, que proclamó el principio de igualdad entre los cónyuges en sus arts. 14 y 32, estaba sometida al marido.

La sociedad actual nada se parece a la descrita. Lejos de estar vinculada a la tierra es en su mayor parte urbanita⁴, y el sustento ya no se basa en el esfuerzo común sobre la propiedad familiar, sino que cada miembro de la familia va constituyendo su propio patrimonio individual. Paralelamente a este individualismo, la esperanza de vida es uno de los factores que más ha influido en el ámbito familiar y sucesorio.

3 COSTA MARTÍNEZ, J.: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, vol. I, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pp. 53 y ss.

4 BARRIO GALLARDO, A.: "El ocaso de las legítimas largas", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar* (dir. F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUREN URRIZA; coord. J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 306 y ss.

Es por todos conocido que, a principios del siglo XX la esperanza de vida era muy baja, situándose en unos 40 años⁵. El testador dejaba normalmente hijos menores de edad que necesitaban la herencia para subsistir. Actualmente, la esperanza de vida se sitúa en los 80 años y el legitimario recibe su herencia casi al final de su vida laboral, cuando ha consolidado su propio patrimonio. A cambio, los progenitores dotan a sus hijos con los medios y recursos necesarios para labrarse su propia subsistencia, es decir, se invierte en la formación, alargando también la estancia de aquellos en el domicilio familiar.

Por todo esto, el eje de la unidad familiar ya no es el patrimonio o heredad, sino la convivencia y afectividad. El vínculo familiar es así más auténtico y profundo en el sentido de que no descansa sobre una unidad de trabajo, no obstante, también es más vulnerable y frágil, ya que en el momento que termina el afecto se rompe el vínculo⁶. Esta vulnerabilidad del vínculo lleva consigo la desestructuración de la familia y nuevas situaciones familiares como, por ejemplo, hijos de dos matrimonios distintos, que será también relevante en la sucesión.

Finalmente, no puede dejarse de hacer referencia a la existencia de nuevos modelos de familia, una realidad que Barrio Gallardo denomina “polimórfica”⁷, que incluye familias monoparentales, uniones de hecho, matrimonios homosexuales, etcétera, que nada tiene que ver con la familia tradicional, a la que va adaptándose el ordenamiento jurídico, sin que, sin embargo, haya movimiento por parte del legislador en lo que se refiere al ámbito del Derecho sucesorio.

Ante las nuevas circunstancias sociales y económicas de la familia, Magariños⁸ se pregunta “si tiene sentido seguir limitando la libertad de testar impidiendo que el propietario pueda disponer libremente de sus bienes a favor de las personas que, a su juicio, le han atendido y querido.” En este contexto de individualismo y predominio de la autonomía de la voluntad, se demanda una mayor libertad de testar y restricción de la legítima que, a falta de una reforma legislativa, tiende a la debilitación a través de figuras como la que nos ocupa⁹. Y es que, a pesar de ser poco conocida, la fiducia sucesoria del art. 831 CC otorga un amplísimo poder al

5 VAQUER ALOY, A.: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, núm. 3, Barcelona, julio 2007; DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte”, *Diario La Ley*, núm.7675, Sección Tribuna, 2011, pp. 2 y ss.

6 GOMÁ LANZÓN, F.: “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en AA.VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* (dir. J. A. PÉREZ BUSTAMANTE DE MONASTERIO; coord. A. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. PÉREZ-COCA CRESPO, L. B. PÉREZ GALLARDO), vol. I, editorial Dykinson, 2013, p. 567.

7 BARRIO GALLARDO, A.: *Autonomía privada y matrimonio*, editorial REUS, Madrid, 2016, p. 200.

8 MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, cit., p. 675.

9 En este sentido, BOLÁS ALFONSO, J.: “El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI (125 Aniversario del Código Civil)”, *Revista Jurídica del Notariado*, números 86-87, abril-septiembre 2013, p. 71, señala que “la reforma de varios artículos del Código Civil, -incluido, por supuesto, el art. 831-, llevada a cabo por la ley 41/2003 supone una importante suavización del severo régimen establecido en el siglo XIX en relación con la legítima de los descendientes”.

supérstite, mucho más que el de un contador-partidor, comprendiendo facultades dispositivas e incluso la posibilidad de designar las porciones de cada descendiente desigualmente. En la práctica, es utilizada por testadores que tienen por objetivo asegurarse la protección de su cónyuge a la vez que reforzar su autoridad en la casa frente a los hijos y descendientes.

III. FINALIDAD DEL ARTÍCULO 831 CC.

La delegación al cónyuge viudo de la facultad de mejorar tiene su origen en el art. 663 del Proyecto de Código Civil de 1851¹⁰. Es una figura que procede de los derechos forales y quiso trasladarse al Derecho Común “esperando que se generalizasen los mismos felices resultados”¹¹. García Goyena justificaba los efectos de esta norma señalando que “eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica.”¹² El mismo artículo del Proyecto pasó al Código Civil, como “guiño” o concesión a los derechos forales¹³, recordando a la fiducia aragonesa, al comisario vizcaíno o al heredero de confianza catalán. No obstante, desde el principio fue un precepto prácticamente desconocido, hasta el punto de que no existía pronunciamiento alguno de la jurisprudencia relativo a esa cuestión.

La reforma del 13 de mayo de 1981 fue aprobada en los siguientes términos: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes sin perjuicio de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones del causante. 2. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.”

Ha de destacarse de esta norma la posibilidad de conceder la facultad, no sólo por capitulaciones matrimoniales, como la legislación anterior, sino por testamento, es decir, por decisión unilateral del difunto, no obstante, la principal

10 Art. 663 del Proyecto de 1851: “Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto”.

11 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias motivos y comentarios al Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 106.

12 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias motivos*, cit., p. 107.

13 RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos* (coord. M. GARRIDO MELERO), vol. 4, editorial Bosch, Madrid, 2005, pp. 155-204.

innovación fue la desaparición del requisito de que el causante falleciera intestado. Ya no se trataba únicamente de evitar que la partición se verificara con sujeción a criterios de sucesión *ab intestato*, sino que se convertía en un instrumento que permitía mantener indiviso el patrimonio familiar y retrasar la partición, para que el supérstite pudiera llevarla a cabo teniendo en cuenta las circunstancias familiares de cada momento. En este sentido, se ha señalado por la doctrina que lograba corregir las “diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados”¹⁴.

La nueva redacción dada al art. 831 CC por la ley 41/2003 del 18 de noviembre tenía por finalidad regular una “nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”. Según su Exposición de Motivos, “se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.”

Efectivamente el legislador diseñó esta reforma pensando en un grupo familiar con un hijo con discapacidad. La facultad de mejorar y distribuir la herencia otorgada al cónyuge viudo logra paliar en gran medida el impacto que puede tener la muerte de uno de los padres en la familia, no sólo por la pérdida personal, sino por la falta de una parte de los ingresos, que puede dejar al supérstite en una situación precaria si se ve obligado a entregar las legítimas inmediatamente. Por otro lado, ante la imposibilidad de prever cómo va a desenvolverse la persona con discapacidad en el futuro o qué cambios habrá en la estructura y circunstancias familiares, el testador otorga toda su confianza al cónyuge para, en función de las nuevas necesidades, realice la partición integral del patrimonio familiar, entendido como un conjunto, velando por la protección del discapacitado. No obstante, la redacción final del art. 831, que ni siquiera menciona la palabra “discapacidad”, es muy genérica, lo que permite la utilización de esta figura para unos fines más amplios de los previstos inicialmente en la reforma¹⁵ y, especialmente, para “robustecer la posición del fiduciario”¹⁶.

14 SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo: estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español*, editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 115.

15 BOLÁS ALFONSO, J.: “El artículo 831”, cit., p. 68.

16 MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: *La fiducia sucesoria en Aragón*, editorial El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p. 95.

Desde esta base, el nuevo precepto, sin perder la finalidad de la fiducia original, la amplía, y concede al cónyuge supérstite la facultad de gestionar el patrimonio del difunto, distribuirlo a su arbitrio, incluso con la posibilidad de mejorar y establecer partes desiguales entre los descendientes, o conservarlo indiviso hasta su muerte. El ejercicio de esta disposición de carácter fiduciario supera en gran medida las facultades de un mero contador-partidor, gozando el viudo de un amplio poder sobre el conjunto del patrimonio familiar sin obstáculo ni incidencia de la legítima estricta.

En este trabajo, se trata de interpretar el art. 831 desde este punto de vista, es decir, desde el reforzamiento de la posición del supérstite en relación con la crisis del sistema legitimario y su tendencia a la debilitación, dejando de lado otros aspectos significativos de la reforma que tienen que ver con la protección patrimonial de la persona con discapacidad¹⁷ o la sucesión en la empresa familiar¹⁸.

IV. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA FIGURA.

Gran parte de la doctrina ha calificado la fiducia sucesoria del art. 831 CC como una institución “anómala” e incluso “extravagante y singular”¹⁹, difícil de interpretar en consonancia con el Código. La principal dificultad estriba en su carácter excepcional, no sólo en relación con el art. 830 del Código, que prohíbe claramente la delegación de la mejora (“la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”), sino con otros preceptos:

En primer lugar, el art. 831 CC excepciona expresamente el carácter personalísimo del testamento, cuya formación “no podrá dejarse, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”, según el art. 670 del mismo cuerpo legal. Continúa diciendo el art. 670 que “tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”. El art. 831 implica una situación extraordinaria, en la que una persona distinta del testador, tiene la facultad de designar las porciones de los herederos, incluso en partes desiguales, ya que podrá realizar “a favor de los hijos y descendientes comunes mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.”

17 LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la ley 41/2003”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20, año 2005, pp. 179 y ss.

18 GARRIDO DE PALMA, V.: “Los actuales artículos 831 y 1056-2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 55, julio-septiembre 2005, pp. 121-136.

19 RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: “Supuesto de legitimario que exige, al fallecimiento del testador, el pago inmediato de su legítima estricta”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 56, julio-agosto 2014.

Segundo, en los términos en que está redactado el precepto, el art. 831 incide directamente en uno de los principios fundamentales de nuestro derecho sucesorio: el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima regulado en el art. 813 CC. Según el art. 813.2 CC el testador no podrá imponer sobre la legítima “gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.” Esto quiere decir que todo legitimario tendrá derecho a recibir su legítima libre de cargas, con lo que debe entenderse que no podrá admitirse aplazamiento en el goce de la legítima. En este sentido, el art. 831, excepcionalmente, admite que el cónyuge viudo retrase la partición de la herencia e incluso que verifique la partición a plazos, realizándola a través de “uno o varios actos, simultáneos o sucesivos...”

Además, la naturaleza jurídica de la legítima, que la doctrina²⁰ considera generalmente como una *pars bonorum* por la literalidad del art. 806 CC, que define la legítima como “porción de bienes”, pasa a ser una *pars valoris*, ya que podrá ser satisfecha incluso con bienes “de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar” o “bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades”. A través de estos apartados se reforma esencialmente el régimen legitimario, pues se está asumiendo la posibilidad de que la legítima sea satisfecha con bienes extrahereditarios²¹.

Finalmente, ha de destacarse el excepcional contraste del art. 831 con el art. 1057.I CC, que establece que “el testador podrá encomendar, por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos”. Si consideramos al cónyuge coheredero la fiducia sucesoria es indudablemente una excepción. Además, el supérstite gozará de facultades mucho más amplias que las del contador partidor. En principio, el contador partidor sólo está facultado para contar y partir el caudal, es decir, interpretar el testamento y realizar las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de bienes. No obstante, no podrá en ningún caso alterar la cuota de los herederos, ni realizar por sí solo actos dispositivos, para los que necesitará en todo caso la autorización de los herederos. La fiducia sucesoria del art. 831 CC convierte al cónyuge viudo en gestor y administrador del patrimonio, entendiendo la facultad de administración en su sentido más amplio, comprendiendo cualquier acto de administración ordinaria o extraordinaria que permita conservar el valor del patrimonio, siendo razonable admitir incluso actos dispositivos que tengan por objeto la sustitución de unos bienes por otros cuando así convenga a la conservación de la masa hereditaria o en caso de necesidad y en el

20 Valga por todos RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. Común y Foral*, tomo II, 4ª ed., editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1417 y ss.

21 En este sentido, PEREÑA VICENTE, M.: “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 2004, p. 1531.

marco de una gestión eficiente de la herencia. Fuera de estos casos excepcionales, la disposición requerirá consentimiento de los herederos.

Con todo esto queda demostrado el carácter extraordinario del precepto más "foral" del Código que, teniendo su origen en un deseo del legislador de acercar los derechos forales al derecho común, se ha convertido en una institución que imita la libertad de testar y el reforzamiento de la condición del cónyuge viudo de los territorios forales, dentro de un sistema obsoleto de legítimas que tiende a la debilitación.

V. FACULTADES DEL FIDUCIARIO.

Según el primer apartado del art. 831 CC: "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa." En cuanto a las facultades de administración: "2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior."

A menos que el testador haya establecido alguna clase de límites, el cónyuge viudo favorecido por la fiducia sucesoria del art. 831 tendrá las más amplias facultades para administrar el patrimonio hereditario.

I. Facultades de mejora.

En las redacciones del art. 831 anteriores a la ley de 2003 existía polémica entre la doctrina sobre el alcance de la mejora y si abarcaba o no el tercio de

libre disposición. Vallet²² sí aceptaba esta mejora en un sentido amplio justificando su postura en el espíritu y origen del precepto, y en la expresión «sin perjuicio de las legítimas», que entiende como un límite mínimo, dando a entender que el supérstite podrá disponer del resto de los bienes que no formen parte del tercio de legítima estricta. Tras la reforma de 2003 no existe ninguna duda al respecto, pues la literalidad del precepto determina expresamente el alcance de esta facultad, disponiendo que el viudo “podrá hacer mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición”.

Como se ha comentado anteriormente, este precepto es extraordinario en cuanto admite que el viudo pueda decidir las cuotas de cada legitimario, siempre que respete su legítima estricta. Frente al carácter personalísimo del testamento consagrado en el art. 670 del Código Civil, el art. 831 se acerca a la figura del testamento por comisario al admitir que el cónyuge pueda designar porciones desiguales entre los legitimarios, mejorando a alguno de ellos incluso con cargo a bienes propios que no formen parte de la masa hereditaria. En el ejercicio de sus facultades de mejora, el cónyuge supérstite estará sujeto a dos límites²³:

El primero es el “límite mínimo” del que hablaba Vallet: la legítima estricta de los descendientes. Según el apartado 3 del art. 831: “El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades.”

Es claro que, en el ejercicio de sus facultades, el viudo deberá atenerse a los mismos límites que tendría el causante. El respeto a las legítimas se ha consagrado expresamente en las tres redacciones del precepto, por lo que la intangibilidad

22 VALLET DE GOYTISOLO, J.: “La mejora tácita: hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, editorial Reus, 1954, pp. 82 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XI, art. 806-857 del Código Civil, (coord. M. ALBALADEJO GARCÍA), editorial EDERSA, Madrid, 2004.

23 SIERRA PÉREZ, I.: “La fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la ley 41/2003 del 18 de noviembre”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 19, 2007, pp. 111 y ss.

cuantitativa de la legítima²⁴ no podrá verse afectada por las mejoras que realice el viudo en el ejercicio de su función.

En segundo lugar, el cónyuge supérstite no podrá exceder en ningún caso la voluntad expresada por el causante en su testamento y deberá cumplir las directrices que haya podido establecer para el ejercicio de sus facultades, respetando todas las disposiciones de bienes que ya haya verificado el difunto a través de su testamento, a favor de descendientes o de extraños. Indudablemente, el supérstite es un mero ejecutor de la voluntad del causante, quien le ha otorgado toda su confianza, lo que quiere decir que tendrá poder de decisión en la medida en que esas decisiones no hayan sido tomadas por el causante, ya que su actuación es complementaria al testamento. En relación con esto, deberá cumplir en todo caso las disposiciones que el causante haya realizado a favor de descendientes que no sean comunes: "La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido."

2. Facultades de distribución y adjudicación de bienes.

El fiduciario tiene amplias facultades de distribución y partición de la herencia del causante, que podrá realizar "por cualquier título o concepto sucesorio", es decir, a través de actos inter vivos, que serán adjudicaciones particionales y no donaciones²⁵, o mortis causa, es decir, en su propio testamento, en el que podrá disponer de todo el patrimonio familiar en conjunto, esto es, de la parte del premuerto y su parte. Las distribuciones o atribuciones que haya realizado el cónyuge viudo en el ejercicio de sus facultades delegadas por actos inter vivos serán, por su naturaleza, irrevocables unilateralmente, aunque a juicio de Rueda²⁶ podrán resolverse "por acuerdo entre el supérstite y el mejorado". De la misma manera, toda adjudicación que realice el supérstite a través de un acto mortis causa, será esencialmente revocable. A esto se refiere el último inciso del primer

24 Consagrada en el art. 813.I CC: "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley."

25 Para VALLET DE GOYTISOLO, J.: "La mejora tácita", cit., pp.82 y ss., las mejoras por actos inter vivos no pueden ser donaciones, porque se actúa sobre bienes de la herencia, que ya pertenecen a los herederos y "el hecho de que incorrectamente diga dona, no debe afectar a la substancia del acto, que valdrá conforme su propia naturaleza."

26 RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria", cit., 2005, p.186.

apartado del 831, cuando señala que “las disposiciones del cónyuge... además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación”, dejando claro que tal atribución de bienes supone la transmisión de un derecho real y es “título a efectos de la traditio”²⁷. En todo caso, los efectos de las atribuciones verificadas por actos inter vivos se retrotraerán al momento del fallecimiento del cónyuge premuerto²⁸.

Según Vallet, la facultad de distribuir es complementaria a la de mejorar y puede conferirse con independencia de ésta, ya sea por voluntad del cónyuge premuerto, que no quiere que el fiduciario emplee la mejora o porque ya ha agotado los tercios de mejora y libre disposición a través del testamento²⁹.

3. Liquidación de la sociedad de gananciales.

Es bastante controvertida entre la doctrina la cuestión de si el viudo puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales, paso previo a la partición de la herencia, que sirve para determinar cuántos y cuáles son los bienes de la comunidad conyugal que se integrarán en la masa hereditaria. La literalidad del precepto a simple vista parece admitirlo ya que, si el cónyuge puede “adjudicar o atribuir bienes o realizar particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”, podríamos sostener que puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales. Bolás³⁰ da como argumento que la facultad que tiene el viudo de satisfacer la legítima con sus propios bienes hace que pierda importancia el papel de la liquidación de gananciales en la determinación de los bienes que integran o no el caudal relicto y están afectos al pago de la legítima. En contra, la liquidación unilateral del régimen de gananciales podría devenir en una autocontratación prohibida, por el evidente conflicto de intereses que existiría entre el viudo y los descendientes³¹. En todo caso, el art. 831 admite el aplazamiento de la partición hereditaria, por lo que la liquidación en principio quedará en suspenso hasta ese momento, y si el fiduciario opta por hacer las atribuciones en su testamento no sería necesaria la liquidación.

Sobre si la facultad de liquidar la sociedad de gananciales está incluida en la delegación del art. 831 CC, la Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, número 461/2015, de 30 de diciembre de 2015 ha resuelto afirmativamente disponiendo que no hay autocontratación prohibida, y se apoya en la literalidad del

27 RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria”, cit., 2005, p.187.

28 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 1, 2008, p.94.

29 VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Comentario al artículo 831”, cit.

30 BOLÁS ALFONSO, J.: “El artículo 831”, cit., p. 85.

31 RUEDA ESTEBAN, L.: “Algunos aspectos sobre el ejercicio de la comisión o encargo hecho en virtud del artículo 831 CC: Ejecución de la delegación y la fiducia” (125 aniversario del Código Civil); *Revista jurídica del Notariado*, núm. 85, enero-marzo 2013, pp. 360 y ss.

precepto, de la que se infiere esta posibilidad y en las amplias facultades conferidas al fiduciario que, al ejercitarlas, ocupa el lugar del premuerto asumiendo todas sus facultades. Al respecto, Rueda³² estima que sería excesivo admitir la liquidación unilateral del régimen de gananciales por el viudo, pues le permitiría burlar legítimas y posibles acreedores, aunque, por otro lado, de no admitirse, se estaría limitando en gran medida la fiducia. Por esta razón, el autor aboga por conceder esta facultad al fiduciario designando al mismo tiempo un contador partidor con la única finalidad de liquidar la sociedad de gananciales junto al supérstite. De esta manera las facultades del cónyuge no se ven mermadas, siguiendo el espíritu del precepto, al tiempo que se consigue proteger a los legitimarios en caso de posibles conflictos de intereses.

4. Facultades de administración.

En todo caso, el cónyuge supérstite deberá actuar con la diligencia de un buen padre de familia, procurando la conservación de los bienes y tratando de conseguir la mayor rentabilidad posible del patrimonio. Para ello, deberá emplear los bienes según su destino y naturaleza, además de satisfacer todas las deudas y cargas que formen parte de la herencia, como cualquier administrador.

Las facultades de administración del fiduciario deberán entenderse en un sentido muy amplio. En concreto, la Exposición de Motivos de la ley 41/2003 del 18 de noviembre insiste en este carácter; empleando el término “amplio” hasta en dos ocasiones: “se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto”.

En concreto y de forma excepcional, el cónyuge viudo podrá realizar actos dispositivos que tengan por objeto la sustitución de unos bienes por otros (subrogación real) cuando así convenga a la conservación de la masa hereditaria. Asimismo, tendrá facultades dispositivas en caso de necesidad, para satisfacer las cargas de la herencia o las necesidades familiares o si el testador lo ha dispuesto expresamente. En otro caso, si existen legitimarios, el fiduciario deberá obtener el consentimiento expreso de los interesados en la herencia para cualquier otra clase de actos dispositivos como la enajenación de inmuebles, explotaciones o valores mobiliarios, al igual que cualquier contador partidor. De existir un menor o incapacitado se precisará autorización judicial³³.

32 RUEDA ESTEBAN, L.: “Algunos aspectos”, cit., pp. 360 y ss.

33 Art. 1060 CC.

VI. EQUIPARACIÓN A LAS PAREJAS DE HECHO.

Aunque el Código Civil se refiere en principio al “cónyuge” como el fiduciario, la reforma del 2003 va más allá en el apartado 6, pues dice que “las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”.

El nuevo artículo se aproxima a un auténtico poder mortis causa, ya que la fiducia no va a estar basada en el matrimonio, ni siquiera en una relación afectiva entre el causante y el fiduciario “análoga a la conyugal”, como se exige a las parejas de hecho, sino simplemente en la confianza que da la paternidad común. Al poner el acento en la descendencia común se abren múltiples posibilidades a las que antes no daba cabida la norma: por ejemplo, la institución será aplicable a parejas de hecho que sin haber contraído matrimonio tengan descendencia común. Podrá aplicarse igualmente a supuestos en los que el testador tenga una relación estable con una persona y descendencia con otra, pudiendo nombrar a ésta última como fiduciario, situación que puede complicarse, como señala Sierra Pérez³⁴, cuando el causante tenga descendencia dentro y fuera del matrimonio o relación de pareja, ya que en principio podrá designar como fiduciario no sólo a su cónyuge, sino al progenitor de sus hijos no matrimoniales.

A simple vista podría parecer que la intención del precepto es equiparar al matrimonio las relaciones de hecho, no obstante, esta equiparación no sigue la línea normal del ordenamiento jurídico, que generalmente exige que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal, convivencia y estabilidad. En este caso los únicos requisitos son la descendencia común y la confianza del causante hacia el otro progenitor, que no dependerá de la relación de pareja. Según Pereña Vicente³⁵, por esta interpretación no se extinguiría la fiducia sucesoria a pesar de la separación o divorcio, siempre que el testador manifestara su voluntad de mantenerla. De hecho, incluso podría el causante conceder la fiducia después de la ruptura. Dado el contexto actual del derecho de familia a que se ha hecho referencia con anterioridad y la amplitud y excepcionalidad del art. 831 CC, parece acorde esta interpretación del precepto.

En cuanto al apartado 5 del art. 831: “las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa”. Aunque la norma habla de “cónyuge” debe entenderse que se refiere al fiduciario con el que tiene descendientes comunes.

34 SIERRA PÉREZ, I.: “La fiducia sucesoria”, cit., p.99.

35 PEREÑA VICENTE, M.: “El Derecho sucesorio”, cit., p. 1530.

La redacción literal no emite pronunciamiento sobre qué ocurre cuando, después de otorgar testamento, existe separación, nulidad o divorcio y no consta la voluntad del testador de mantener la fiducia. Albaladejo³⁶ opina que, pendiente el proceso de nulidad, separación o divorcio, es de aplicación el art. 102 CC, que en su apartado 2 establece que “quedan revocados el consentimiento y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro”. A juicio del autor, en los casos de crisis matrimonial la fiducia se extingue porque hay que presumir que en estos casos se ha producido una quiebra de la confianza siempre que no haya disposición en contra del causante.

Finalmente, la extinción de la fiducia por nuevo matrimonio o relación de hecho, o nacimiento de un hijo no común tiene su causa, según Sierra Pérez³⁷, en la desviación de la atención del fiduciario a otros asuntos y consecuente falta de interés en los hijos de la relación anterior. No obstante, esta presunción sólo será aplicable a falta de previsión contraria del causante, ya que en ningún caso se producirá automáticamente la cesación de las facultades.

VII. FÓRMULAS TESTAMENTARIAS.

Por lo expuesto anteriormente queda demostrada la utilidad práctica de la institución de la fiducia sucesoria, que emerge como respuesta a la demanda de protección del cónyuge supérstite en la práctica notarial. Hechas las consideraciones precedentes, conviene hacer una serie de propuestas para la redacción de cláusulas testamentarias que acojan el espíritu del art. 831 y la finalidad prevista por el legislador. Dependiendo de la voluntad del testador y atendiendo a sus circunstancias familiares y patrimoniales concretas, el notario deberá elaborar cláusulas que no dejen lugar a dudas sobre la extensión de las facultades que lleva aparejada la delegación y en su caso será aconsejable la introducción de mecanismos que permitan solucionar los problemas que pueda plantear en la práctica la literalidad de la norma.

En principio, la fórmula más utilizada en la práctica notarial será el legado al supérstite del usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, combinado con la cautela socini y la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 CC en toda su extensión. Si el testador pretende el fortalecimiento del supérstite y el robustecimiento de su autoridad doméstica como protección frente a los hijos, será la fórmula que utilice, que le garantiza claramente la administración de todos los bienes, ya que en la literalidad del precepto sólo se hace referencia a “los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior”,

36 ALBALADEJO, M.: *La mejora*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003, p. 68.

37 SIERRA PÉREZ, I.: “La fiducia sucesoria”, cit., pp.108-109.

que no son todos los que integran la masa hereditaria. Si el testador únicamente quiere atribuir a su cónyuge la facultad de mejorar sin la de distribuir y viceversa, deberá dejarlo consignado de forma expresa.

En cuanto a la posibilidad de que el cónyuge realice la liquidación de la sociedad de gananciales, es aconsejable que el testador designe un contador partidor para que, junto al cónyuge fiduciario, lleve a cabo la liquidación. En caso contrario, podría ser conveniente dejar constancia de la voluntad expresa del causante para que el cónyuge la lleve a cabo de forma unilateral.

Ejemplo 1: “Nombra contador partidor con todas las facultades legales, y especialmente le faculta para *** (se detallan las facultades, incluyendo la liquidación de la sociedad de gananciales), así como para otorgar los documentos que fueren precisos en el ejercicio de las facultades conferidas, a don/doña ***, en el plazo legal/ prorrogándole el plazo legal en * años”.

Ejemplo 2: “Nombra contador partidor a don/doña *** con la única facultad de liquidar la sociedad de gananciales a petición y juntamente con el cónyuge viudo/ fiduciario.”

Ejemplo 3: “De conformidad con el artículo 831 del Código Civil, el testador faculta a su cónyuge/fiduciario para liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos y legitimarios, salvando todo posible conflicto de intereses que pudiese resultar de las operaciones de inventario, avalúo o liquidación y, en general, en ejercicio de las facultades delegadas”.

Finalmente, el testador deberá dejar constancia clara del plazo otorgado al cónyuge para el ejercicio de las facultades conferidas siempre que quiera ampliar el legal, que es de “dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes”. Asimismo, el causante que quiera conceder al cónyuge la posibilidad de ejercitar las facultades delegadas por actos mortis causa, es decir, en su testamento, deberá incluir un pronunciamiento expreso al respecto. De otro modo, el fiduciario sólo podrá realizar las mejoras, adjudicaciones y atribuciones por actos inter vivos.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

Del bosquejo realizado sobre la delegación de la facultad de mejorar regulada en el art. 831 CC y su importante reforma por la ley del 2003, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera: Los cambios sociales, políticos, económicos y demográficos de las últimas décadas han dado lugar a una completa transformación del derecho de familia, que no se ha visto acompañada de una reforma del derecho de sucesiones.

Segunda: El art. 831 CC tiene una importante utilidad práctica en el contexto actual, como institución que permite reforzar y fortalecer la figura del cónyuge viudo dentro de un sistema obsoleto de legítimas que cada vez más tiende a la debilitación.

Tercera: Esta institución juega un papel esencial en la tendencia a la relajación del régimen legitimario al incidir directamente en la naturaleza misma de la legítima y al conceder al viudo la facultad de partir desigualmente y en varios actos, atendiendo a las circunstancias familiares de cada momento.

Cuarta: Esta norma será aplicable no sólo al cónyuge, sino a cualquier persona con la que el premuerto tenga descendencia común. Así, no será precisa la existencia de matrimonio o relación de hecho análoga, para la delegación de facultades del art. 831, aunque en todo caso deberá estar basada en la confianza que da la paternidad común.

Quinta: La fiducia es una institución extraordinaria en el ordenamiento jurídico español, que incide en principios generales de nuestro derecho sucesorio como el carácter personalísimo del testamento o la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Sexta: Las facultades conferidas al fiduciario son amplísimas, mucho más que las de un mero contador partidor, pudiendo realizar la partición en uno o varios actos -simultáneos o sucesivos- sin que la distribución deba ser total.

Séptima: Corresponderá al favorecido por la delegación la administración de los bienes de la herencia, entendida dicha administración en sentido muy amplio, comprensiva incluso de actos de disposición, siempre que lo haya autorizado el causante, en caso de necesidad, para satisfacer cargas de la herencia, o siempre que tengan por objeto la sustitución de unos bienes por otros y así convenga a la conservación de la masa hereditaria.

Octava: Según la jurisprudencia más reciente, el viudo tendrá la facultad de liquidar la sociedad de gananciales para la adjudicación o atribución de bienes concretos a los herederos. La doctrina coincide en general con esta interpretación, dado el espíritu del precepto, aconsejando, no obstante, el nombramiento de un contador partidor con facultad de liquidar la sociedad de gananciales juntamente con el cónyuge viudo para evitar un posible conflicto de intereses.

Novena: Dada la utilidad práctica de la fiducia del art. 831 CC, es conveniente promover su utilización en el ámbito notarial, para lo que habrá que llegar a fórmulas testamentarias que puedan prever de forma clara las facultades del fiduciario a la vez que se anticipen a los posibles problemas de interpretación que puedan surgir de la literalidad del precepto.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *La mejora*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003.

BARRIO GALLARDO, A.: *Autonomía privada y matrimonio*, editorial Reus, Madrid, 2016.

BARRIO GALLARDO, A.: "El ocaso de las legítimas largas", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar* (dir. F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUREN URRIZA; coord. J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Madrid, 2019.

BOLÁS ALFONSO, J.: "El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI (125 Aniversario del Código Civil)", *Revista Jurídica del Notariado*, números 86-87, abril-septiembre 2013.

COSTA MARTÍNEZ, J.: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, vol. I, Guara Editorial, Zaragoza, 1981.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *Diario La Ley*, nº 7675, Sección Tribuna, 2011, p. 2 y ss.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias motivos y comentarios al Código civil español*, Zaragoza, 1974.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 1, 2008.

GARRIDO DE PALMA, V.: "Los actuales artículos 831 y 1056-2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 55, julio-septiembre 2005.

GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tiene sentido las legítimas en el siglo XXI?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar* (dir. F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUREN URRIZA; coord. J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Madrid, 2019.

GOMÁ LANZÓN, F.: "Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil", en AA.VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (dir. J. A. PÉREZ BUSTAMANTE DE MONASTERIO; coord. A. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. PÉREZ-COCA CRESPO, L. B. PÉREZ GALLARDO), vol. I, 2013.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.: "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la ley 41/2003", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20, año 2005.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad de testar: Una reforma necesaria", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), vol. I, 2012 (Derecho de la persona, familia y sucesiones).

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La subsistencia de la legítima. Un caso de pereza legislativa", *blog* <https://hayderecho.expansion.com>, febrero 2017.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: *La fiducia sucesoria en Aragón*, editorial El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.

PEREÑA VICENTE, M.: "El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 2004.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. Común y Foral*, tomo II, 4ª ed., editorial Dykinson, Madrid, 2009.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: "Supuesto de legitimario que exige, al fallecimiento del testador, el pago inmediato de su legítima estricta", *El Notario del siglo XXI*, núm. 56, julio-agosto 2014.

RUEDA ESTEBAN, L.: "Algunos aspectos sobre el ejercicio de la comisión o encargo hecho en virtud del artículo 831 CC: Ejecución de la delegación y la fiducia" (125 aniversario del Código Civil); *Revista jurídica del Notariado*, núm. 85, enero-marzo 2013.

RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil", en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos* (coord. M. Garrido Melero), vol. 4, editorial Bosch, Madrid, 2005.

SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo: estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español*, editorial Bosch, Barcelona, 1960.

SIERRA PÉREZ, I.: "La fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la ley 41/2003 del 18 de noviembre", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 19, 2007.

VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret*, núm.3, Barcelona, julio 2007.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "La mejora tácita: hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", editorial Reus, 1954.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Comentario al artículo 831 del Código Civil", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, t. XI, art. 806-857 del Código Civil*, (coord. M. ALBALADEJO GARCÍA), editorial EDERSA, Madrid, 2004.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

MINORÍA DE EDAD Y CAMBIO DE LA MENCIÓN
REGISTRAL DE SEXO. COMENTARIO A LA STC 99/2019, DE
18 DE JULIO

*MINORITY OF AGE AND CHANGE IN THE REGISTRATION OF
SEX. COMMENT TO STC 99/2019, OF JULY 18*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 820-831



José Ramón
de VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de noviembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente comentario analiza la reciente doctrina jurisprudencial relativa a la posibilidad de que un menor de edad pude solicitar el cambio de la mención registral de sexo.

PALABRAS CLAVE: Transexualidad; menores de edad; cambio de sexo; cambio de nombre.

ABSTRACT: *The present commentary analyzes the recent jurisprudential doctrine regarding the possibility that a minor may request the change of the registration of sex.*

KEY WORDS: *Transsexuality; minors; sex change; name change.*

SUMARIO.- I. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA.- II. LA REGULACIÓN LEGAL ACTUAL DEL FENÓMENO DE LA TRANSEXUALIDAD.- III. LA DECLARADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO LEGAL DE QUE QUIEN SOLICITA EL CAMBIO DE LA MENCIÓN REGISTRAL DE SEXO SEA, EN TODO CASO, MAYOR DE EDAD.- IV. AJUSTE DEL FALLO DEL TC A LA PRÁCTICA REGISTRAL.- V. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR PARTE DEL TS.

SUPUESTO DE HECHO

El fallo analizado arranca de una cuestión de constitucionalidad plantada por el TS a propósito de un recurso de casación presentado por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, habían solicitado la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de un menor; cuando este tenía doce años; primero, en vía gubernativa, ante el Registro civil; y, posteriormente, en juicio ordinario, denegándose en todas las instancias su pretensión, por razón de la minoría de edad de su hijo.

DOCTRINA

El art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los menores de edad, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con suficiente madurez y en una situación estable de transexualidad y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad".

COMENTARIO

I. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA.

En el pasado, ante la ausencia de una norma legal que contemplara el supuesto, la jurisprudencia, con apoyo en el art. 10.1 CE (principio constitucional de libre

• **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

desarrollo de la personalidad), admitió que los transexuales, quirúrgicamente operados, pudieran cambiar su mención de sexo en el Registro Civil, pero excluyó que pudieran casarse con personas de su mismo sexo cromosómico, por considerar que se trataba de un matrimonio homosexual (claro está, dicha jurisprudencia recayó con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admitió el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo). *Vid.* en este sentido SSTS 2 julio 1987 (Tol 409977), 15 julio 1988 (Tol 1735745), 3 marzo 1989 (Tol 1731668) y 19 abril 1991 (Tol 1728846). La STS 6 septiembre 2002 (Tol 212780) no accedió, así, al cambio solicitado (de mujer a varón, en el caso), porque no se había llegado, ni a la resección del útero y los ovarios, ni a la reconstrucción del pene. No obstante, ya las RRDGRN 8 enero 2001 (Tol 242130) y 31 enero 2001 (RAJ 2001, 5095) admitieron la validez del matrimonio del transexual con otra persona de su mismo sexo cromosómico.

II. LA REGULACIÓN LEGAL ACTUAL DEL FENÓMENO DE LA TRANSEXUALIDAD.

En la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la mención del sexo (y, por consiguiente, de nombre) a través de un expediente gubernativo, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante.

En el párrafo primero de su art. 1 establece, así, que “Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo”; añadiendo en su párrafo segundo que “La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral”.

En el expediente gubernativo hay que acreditar la concurrencia de dos requisitos, previstos en el art. 4 de la Ley 3/2007: en primer lugar, que el solicitante acredite, mediante la presentación de un informe médico o psicológico, que sufre una “disforia de género”, es decir, una disociación entre su sexo cromosómico y el que siente como propio, exigiéndose que dicho sentimiento sea permanente y no se deba a trastornos de la personalidad; y, en segundo lugar, que el solicitante pruebe que ha sido tratado médicamente durante, al menos, dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, salvo que “concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”. En cambio, no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Hay que tener en cuenta que, después de la promulgación de la Ley, la jurisprudencia, basándose en los principios sancionados por la misma, admitió el

cambio de la mención registral de sexo, respecto a supuestos que no entraban dentro de su ámbito de aplicación temporal, sin necesidad de que el solicitante se hubiera sometido a una operación de reasignación sexual, por prevalencia de los criterios fenotípicos, psicológicos y sociales sobre los puramente cromosómicos. Vid. en este sentido SSTs 17 septiembre 2007 (Tol 1146766), 28 febrero 2008 (Tol 1347129), 18 julio 2008 (Tol 1353319) y 22 junio 2009 (Tol 1554270).

Conforme al art. 5 de la Ley 3/2007, “La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil (1°). “La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición” (2°). “El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral” (3°).

Por lo tanto, si el transexual estuviera casado, por este mero hecho, no se disolverá su matrimonio, ni tampoco perderá, salvo que así lo aconseje el interés de los menores, el derecho a relacionarse con sus hijos. Vid. a este respecto la STC 176/2008, de 22 de diciembre (Tol 1416108), que consideró constitucional la restricción del régimen de visitas, inicialmente acordado en favor del padre, que posteriormente se sometió a una cirugía de reasignación sexual. Esta restricción se basó en los informes periciales psicológicos, que encontraban riesgos relevantes para la integridad psíquica del niño debido a la inestabilidad emocional del recurrente. La resolución fue posteriormente confirmada por la STEDH 30 noviembre 2010 (Tol 2647876).

En realidad, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, es evidente que el matrimonio de los transexuales no plantea ningún problema de validez. Pero conviene precisar que el matrimonio contraído por un transexual (que, conforme a lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, hubiera cambiado la mención de su sexo en el Registro) con una persona, que, aunque tenga su mismo sexo cromosómico, legalmente sea de sexo diverso, no será homosexual, sino heterosexual. En cualquier caso, el contrayente que desconociera el cambio de sexo de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio al amparo del art. 73.4 CC (por error en cualidad personal).

El error es posible, desde el momento en que, recaída la resolución, “Se cambiará el nombre, imponiéndose uno acorde a su nuevo sexo. El cambio de sexo y nombre obligará a quien lo hubiere obtenido a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada. En todo caso se conservará el mismo número del documento nacional de identidad. No se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona”.

III. LA DECLARADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO LEGAL DE QUE QUIEN SOLICITA EL CAMBIO DE LA MENCIÓN REGISTRAL DE SEXO SEA, EN TODO CASO, MAYOR DE EDAD.

Como ya se ha dicho, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, permite, exclusivamente, el cambio de mención registral de sexo a los mayores de edad.

Por lo tanto, legalmente, el menor de edad (emancipado o no) no puede, en ningún caso, pedir el cambio el cambio registral de sexo (que lleva aparejado el cambio de nombre), ni tampoco pueden hacerlo por él sus representantes legales, por ser el cambio de sexo una decisión personalísima.

Esta exigencia legal llevó al TS a plantear una cuestión de constitucionalidad a propósito de un recurso de casación presentado por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de un menor, cuando este tenía doce años; primero, en vía gubernativa, ante el Registro civil; y, posteriormente, en juicio ordinario, denegándose en todas las instancias su pretensión, por razón de la minoría de edad de su hijo.

La STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, ha considerado inconstitucional que el artículo cuestionado no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan suficiente madurez y se encuentren en una situación estable de transexualidad, por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, “por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición”.

Dice, así, que el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los menores de edad, “sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con ‘suficiente madurez’ y en una ‘situación estable de transexualidad’ y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad”.

La sentencia plantea, sin duda, incógnitas, descritas en el Voto Particular formulado por la Magistrada Encarna Roca, en el que se afirma que estamos ante “un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad

del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia 'aditiva', en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia 'monitoria' en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la 'suficiente madurez del menor' y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo.

IV. AJUSTE DEL FALLO DEL TC A LA PRÁCTICA REGISTRAL.

A mi parecer, es claro que, tras esta sentencia, se esté o no de acuerdo con ella, sin necesidad de ningún desarrollo o modificación legal del precepto, los menores de edad (en los que concurren los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007), con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad", podrán pedir (parece que con la asistencia de sus representantes legales, complementando su capacidad), pedir el cambio registral de sexo y el consiguiente cambio de nombre, debiendo, apreciarse la concurrencia de estos requisitos caso por caso (en espera de hipotéticas especificaciones normativas concretando estos requisitos).

No obstante, creo pertinente subrayar que el argumento de que el art. 1 de la Ley 3/2007, "no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición", si bien es cierto, a nivel legal, no lo es, en la práctica registral, porque, ya antes, la Dirección General de los Registros y del Notariado había dictado la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la que se establecen dos directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente a un sexo diferente del que resulta de la inscripción de nacimiento.

Por lo tanto, no se trata aquí de cambiar el sexo registral, sino, simplemente, de cambiar el nombre que figura en el Registro (sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley 3/2007), para ajustarlo al sexo que el solicitante siente como tal y que, como se ha dicho, es distinto del que aparece en el Registro (que permanece inalterado), con el fin de permitir el cambio de nombre a las personas que, legalmente, no pueden cambiar de sexo.

a) Según la Directriz Primera: “En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”.

Así pues, ello supone que el menor emancipado podrá pedir, mediante una mera declaración de voluntad, que se le asigne un nombre que no corresponda al sexo con el que aparece inscrito en el Registro Civil, sin necesidad de instar la modificación de dicho sexo, para lo cual debería cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007.

La Instrucción apoya la Directriz Primera en la circunstancia de que “en la época en que se aprobó la citada Ley 3/2007 la transexualidad estaba clasificada como una enfermedad entre los ‘trastornos de la personalidad de la conducta y del comportamiento del adulto’ según la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS (CIE -I0, que data del año 1990, y en cuyo epígrafe F64 se comprendían trastornos de la identidad sexual, transexualismo, travestismo de doble rol, y trastorno de la identidad sexual psicológico).

Por el contrario, en la actualidad, tras la publicación por la OMS del CIE-II (que entrará en vigor en enero de 2022), la misma no aparece calificada como enfermedad, sino como ‘condición’, en el epígrafe dedicado a las ‘condiciones relacionadas con la conducta sexual’, denominándola ‘incongruencia de género’, y caracterizándola como una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna”.

b) Según la Directriz Segunda: “Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que, ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez”.

Por lo tanto, los padres o representantes legales, de común acuerdo, mediante una declaración de voluntad propia, pueden solicitar que se imponga al menor no emancipado un nombre que no se corresponda al sexo con el que aparece inscrito en el Registro Civil, sin necesidad de instar la modificación de dicho sexo, para lo cual no están legitimados, según resulta de la Ley 3/2007.

La Instrucción lo justifica en el mencionado CIE-II de la OMS, en el que “se describen dentro de dicho epígrafe dos situaciones: la incongruencia de género de la adolescencia y edad adulta, y la de la infancia. Lo anterior implica que la regulación de la Ley de 2007, en la que se asocia la transexualidad con una enfermedad o trastorno de la personalidad, que puede y debe ser médicamente diagnosticada y tratada para posibilitar su reflejo en el Registro Civil, y que sólo puede producir efectos legales en relación con los mayores de edad, está superada en el actual estado de la ciencia médica, y por tanto obliga a una interpretación correctora de dicha norma”.

Observa, además, que “si bien la Ley Orgánica citada establece como edad a partir de la cual el menor debe ser oído en todo caso la de doce años, también ordena que se le oiga en todos los casos en que ello se considere obligado en función de su grado de madurez. Esto, en la materia de la identidad de género, teniendo en cuenta que frecuentemente hay niños que en torno a los cuatro años experimentan ya con claridad la identidad sexual propia como diferente de la asignada, considerando el importante efecto perjudicial que puede tener el retraso en la adopción de las medidas, o lo que es lo mismo el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, obliga a establecer un procedimiento para poder modificar el nombre a los niños menores de doce años, representados por sus padres o tutor pero con la intervención del menor que en cada caso proceda”.

Téngase, en cuenta, sin embargo, que, tras la STC (Pleno) 99/2019, el menor (emancipado o no), si tuviera condiciones de madurez suficientes y se encontrara en situación permanente de transexualidad (cumpliendo, además, los requisitos exigidos por art. 4 de la Ley 3/2007), podría pedir directamente el cambio registral de sexo (si bien, parece, con el complemento de capacidad de sus progenitores). Resulta, pues, absurdo, que, si no está emancipado, deban ser sus padres quienes (aunque tenga condiciones de madurez), mediante una declaración de voluntad propia, pidan su cambio de nombre, al amparo de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, limitándose el menor a firmar la solicitud, si tuviera más de doce años. En cualquier caso, me pregunto si no hubiera sido más razonable profundizar en la vía del cambio de nombre de los menores de edad y dejar la posibilidad de cambiar el sexo, exclusivamente, a los mayores de edad (al menos, mientras siga vigente el art. 4 de la Ley).

V. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR PARTE DEL TS.

La STS (Sala Iª Pleno) núm. 685/2019, de 17 de diciembre, rec. nº 1583/2015, aplicando la doctrina que sienta la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, ha estimado el recurso de casación, en su día planteado, casando la sentencia recurrida, “para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, tras realizar la audiencia del menor, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada”.

Por lo tanto, el TS, al no poder conocer de cuestiones de hecho, remite a la Audiencia Provincial el juicio sobre la existencia de los dos requisitos a las que el TC supedita la posibilidad de que un menor pueda obtener el cambio de la mención registral de sexo: la “suficiente madurez” y la “situación estable de transexualidad”, previa audiencia del mismo, precisando que la comprobación del grado de madurez deberá realizarse “de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante, que actualmente tiene ya 17 años”.

Destacable me parece la afirmación del TS de que “No es obstáculo a la estimación de la demanda el hecho de que, en el momento de su presentación, el demandante no llevara dos años siendo tratado médicamente para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”.

Para fundamentar esta afirmación dice lo siguiente: “el propio art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, prevé que no puede exigirse el requisito del tratamiento médico durante dos años cuando razones de edad imposibiliten su seguimiento, lo que de un modo evidente concurre en una persona que tiene doce años de edad, como ocurría con el demandante cuando interpuso la demanda. En el informe presentado con la demanda, emitido por un equipo integrado por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo, se indicaba que el tratamiento hormonal no había sido iniciado antes por no haber comenzado el proceso natural del cambio puberal”.

Creo que el TS tiene razón, pues, en este caso concreto, en que el menor tenía 12 años y no había comenzado el proceso natural del cambio puberal, se daba la causa de exclusión de la necesidad legal de tratamiento médico, que es prevista por el art. 4 de la Ley 3/2015. Ahora bien, hay que recordar que, con carácter

general, la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, no ha considerado inconstitucional la exigencia legal del tratamiento médico para poder instar un cambio registral de sexo.

Por lo demás, el TS insiste en que “Será necesaria en todo caso la audiencia del menor demandante para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo. El art. 162 del Código Civil excluye del ámbito de representación legal que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad ‘[l]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo’. En este ámbito, la actuación de los representantes legales es meramente complementaria, como puede ser, por ejemplo, la destinada a completar la capacidad procesal de los menores de edad y permitirles comparecer en juicio (art. 7.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”.



INEXISTENCIA DE RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE
COBRADAS. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM 243/2019, DE
24 ABRIL (RJ 2019, 1583)*

*NON-EXISTENCE OF UNFAIR DELAY IN THE EXERCISE OF CLAIM
ACTIO FOR AMOUNTS UNDULY COLLECTED. COMMENT ON SPANISH STS
NO. 243/2019, OF APRIL (RJ 2019, 1583)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 832-845

* Este comentario se enmarca en el Proyecto de Investigación MINECO DER2015-65639-R "Nuevos Instrumentos Jurídicos para la financiación de la PYME" del que la Profa. Dra. Carmen Boldó Roda es su investigadora principal.



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que el mero retraso en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad no puede ser considerado por sí sólo constitutivo de retraso desleal. Además, es necesario que previamente al ejercicio del derecho existan hechos, actos o conductas que provoquen en el obligado la confianza de que el derecho en su contra no se ejercitará.

PALABRAS CLAVE: Acción de reclamación de cantidad; retraso desleal; plazo de prescripción; *Verwirkung*.

ABSTRACT: *The Supreme Court considers that the mere delay in the exercise of an action of claim of quantity cannot be considered to constitute unfair delay. In addition, it is necessary that prior to the exercise of the right there are facts, acts or conducts that cause in the obliged the confidence that the right against him will not be exercised.*

KEY WORDS: *Action of claim of quantity; unfair delay; term of prescription; Verwirkung.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL RETRASO DESLEAL Y LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.- III. INCORRECTA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VERWIRKUNG.- IV. INCORRECTA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VERWIRKUNG.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio que ha dado lugar a la STS 24 abril de 2019 (RJ 2019,1583) tiene su origen en un contrato arrendamiento de *leasing* en cuya virtud una entidad de *leasing*, BBV Leasing, SA, se obligaba a ceder al usuario, el Sr. Jon, un inmueble para instalar en el mismo una consulta médica. El contrato de *leasing* se celebra el 16 de enero de 1989. El precio o renta que el demandante se obliga a pagar es de 72.800.320 pesetas, que deben de satisfacerse en 120 plazos mensuales por importe de 523.335 pesetas cada uno. Se establece una opción de compra en favor del usuario por un importe de tres millones de pesetas que será ejercitada y formalizada en escritura pública el 8 de febrero de 1999. Tal como sucede en muchos contratos de larga duración las partes acordaron incluir una cláusula de estabilización para regularizar el precio de las rentas pendientes de amortización que entraría en vigor a partir del año 1992. Es decir, prácticamente a la mitad de la vigencia del contrato arrendamiento financiero cuya duración era de diez años.

El origen del litigio que ha dado lugar a la sentencia objeto de este comentario se encuentra en la interpretación de como efectuar la regularización de las rentas, concretamente en que concreto tipo de interés había que aplicar a las mismas. La controvertida cláusula 5ª del contrato, se refería al “Precio y forma de pago”, y en sus apartados 5.6 y 5.7, establecía: “5.6.- Por razón del período que se establece en el presente contrato y con objeto de mantener el precio del arrendamiento financiero adecuado a la coyuntura Económico-Financiera actual, las partes convienen expresamente que a partir del 1 de Enero de 1.992, se practicarán regularizaciones semestrales y las rentas podrán sufrir variación, teniendo este aumento o decremento el carácter de mayor o menor valor de los intereses. Estas regularizaciones se harán teniendo en cuenta la variación de los tipos de interés de mercado, y de forma concreta en relación al tipo de interés preferente a un año del Banco de Bilbao Vizcaya en vigor el 1 de Diciembre, para las regularizaciones

• **Federico Arnau Moya**

Profesor Contratado Doctor. Área Derecho Civil. Universitat Jaume I, Castellón, España. Ex magistrado Suplente Audiencia Provincial de Castellón. Correo electrónico: arnauf@uji.es.

del primer semestre del año siguiente, y el 1 de Junio para las regularizaciones del último semestre del año en curso. La forma de estas regularizaciones consistirá en sumar DOS puntos o enteros al tipo de interés preferente a un año del Banco de Bilbao Vizcaya de referencia, y dividirlo por doce, obteniéndose así el tipo de interés mensual corregido. [...]”.

Casi a los dos meses de celebrarse el contrato entró en vigor una prohibición del Banco de España que impedía que en las operaciones concertadas por los bancos a tipo de interés variable se pudiera aplicar los tipos publicados por la propia entidad. De modo que la citada cláusula 5ª del contrato de arrendamiento financiero quedó sin posibilidad de aplicación. La entidad de *leasing* unilateralmente aplicó otro tipo de interés a lo que el usuario se opuso y propuso otras alternativas, no obstante, el usuario no sólo no dejó de pagar las rentas, sino que incluso llegó a ejercitar la opción de compra. El usuario, interpone contra la entidad de *leasing* una acción de reclamación cantidades que considera que le han sido cobradas indebidamente, para ello se basa en las diferencias resultantes entre su propuesta para realizar las regularizaciones y el tipo de interés unilateralmente aplicado por la sociedad de *leasing*. La cercanía de la fecha de interposición de la demanda a la de prescripción de la acción de reclamación de cantidad propicia que la demandada utilice en su defensa la figura del retraso desleal. La existencia de toda una serie de fechas que son prácticamente en el tiempo requiere una ordenación cronológica de todos los hechos que han dado lugar a esta litis. A los efectos de evitar reiteraciones excesivas nos hemos partido la licencia de tener en cuenta los hechos que han sido admitidos como probados en las dos primeras instancias. Los mencionados hechos son los siguientes

Los antecedentes del caso, en el que usuario demanda a la entidad de *leasing*, ordenados cronológicamente, son los siguientes:

1. El 16 de enero de 1989 se celebra el contrato de *leasing* entre el Sr. Jon, médico. de profesión, y la sociedad de *leasing* Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) que recae sobre un inmueble destinado a consulta médica. El contrato tiene una duración de diez años y finaliza el 8 de febrero de 1999 después de que el usuario ejercitara la opción de compra y esta se formalizara escritura pública.

2. El 1 de marzo de 1989 entró en vigor la prohibición del Banco de España de utilizar como referencia en las operaciones concertada a tipo de interés variable los tipos publicados por la propia entidad u otras de su grupo. Lo que supone que desaparece el tipo de interés establecido en el contrato como parámetro de referencia, el “interés preferente BBV a un año” que tenía que aplicarse a partir del 1 de enero de 1992.

3. El 1 de enero de 1992 es la fecha pactada a partir de la que deben de aplicarse las regularizaciones semestrales de las rentas. La sociedad de *leasing* decide aplicar unilateralmente el denominado “interés de referencia BBV a un año” de la entidad más dos puntos. El Sr. Jon previamente ya había manifestado por escrito al BBV su disconformidad respecto la nueva forma de calcular el interés aplicando el “interés de referencia BBV a un año” y que en su lugar debía tomar como base de referencia el tipo de “interés preferencial BBV” más dos puntos.

4. El 16 de abril de 1998 el Defensor de la Clientela del BBV responde por escrito a la queja del usuario en los siguientes términos: “El tipo de interés preferencial no ha sido pactado, ni del texto del contrato puede deducirse que fuera aplicable, mientras que se considera correcto el que se haya aplicado el tipo de “interés de referencia” para operaciones a un año; con la salvedad de que hubiera considerado más correcto el no haber usado como referencia el tipo del BBV y aplicar en su lugar el entonces habitual de la media de los tipos de interés de los “grandes Bancos”. Aplicando este criterio, el Defensor concluyó que el Banco Bilbao Vizcaya debía devolver al cliente 200.000 pts.

5. El 11 de septiembre de 1998 el Servicio de Reclamaciones del Banco de España emitió un informe contestando a la reclamación que el actor había presentado ante la falta de conformidad con lo manifestado por el Defensor de la Clientela del BBV. En este informe se dice que: “el Banco Bilbao Vizcaya, al no intentar llegar, desde el primer momento, a un acuerdo con su cliente en cuanto al tipo de referencia que debía aplicarse en las sucesivas revisiones, había incurrido en quebrantamiento de las buenas prácticas y usos bancarios; que la competencia para pronunciarse sobre la controversia acerca de la interpretación del alcance de las cláusulas del contrato suscrito correspondía a los tribunales de justicia”.

6. El 8 de febrero de 1999 el usuario, que a pesar de las discrepancias con el banco no deja de atender a los pagos del *leasing*, ejerce la opción de compra sobre el inmueble que se formaliza escritura pública. Esta es la fecha que en todas las instancias se ha tenido en cuenta para considerar finalizado el contrato de *leasing*.

7. El 10 de febrero de 1999, y tras haber solicitado al Banco de España información sobre los tipos de interés, el actor remitió carta al BBV en la que le proponía varias alternativas para la revisión del tipo de interés: la aplicación del “interés preferencial BBVA más dos puntos”, el “marginal de deuda pública más dos puntos” o el “Mibor a un año o interbancario depósitos a un año”, e incluso mostraba su disponibilidad a analizar otra alternativa que propusiera el Banco y que respetara la voluntad de mantener el precio del arrendamiento acorde con la coyuntura económica existente en el momento de la firma del contrato.

8. El 16 de diciembre de 2013, actor interpuso demanda contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria reclamando las cantidades que consideraba indebidamente cobradas como consecuencia de las discrepancias sobre la cláusula 5º. Lo que supone que se ejerce la acción catorce 14 años y 11 meses después de la finalización del contrato que tuvo lugar el 8 de febrero de 1999.

El Sr. Jon en su escrito de demanda sostiene que habiendo desaparecido el tipo de interés establecido en el contrato como parámetro de referencia a fecha 1 de enero de 1992 que debe de llevarse una nueva regularización de las rentas con arreglo a otro índice, siendo el más cercano al incluido en el contrato de arrendamiento financiero el denominado "preferencial efectivo del BBV+ 2 puntos". La cantidad reclamada a al BBVA es la que no se le habría cobrado de más de haberse aplicado este tipo de interés. Estima el actor que se ha efectuado una aplicación incorrecta de la cláusula contractual en la que se establecía la regularización de las rentas pactadas. El actor se apoya en sus cálculos en las tablas de intereses que le facilitó el Banco de España y que él facilitó a la sociedad de *leasing*.

La entidad de *leasing* se opuso a la demanda alegando prescripción por haber transcurrido el plazo de cinco años que establece el art. 1966.3 CC desde que se pagaron los intereses. Puesto que ya habían transcurrido más de 5 años desde que se pagaron los intereses. Asimismo, el BBVA se opuso por estimar que concurría retraso desleal en el ejercicio del derecho puesto que ya habían transcurrido casi 15 años desde que se ejercitó la opción de compra. Finalmente, en cuanto al fondo del asunto, la demandada niega que procediera aplicar el tipo "preferencial" para la revisión del tipo de interés pactado con apoyo en el informe del Defensor de la Clientela de la entidad. Además, rechaza la aplicación del interés pretendido por el actor puesto que el "preferencial" es el aplicado por las entidades a los clientes de mayor solvencia en operaciones a corto plazo, cuya duración no podía superior a un año, y de cuantía superior a los 100 millones de pesetas (Circular del Banco de España 11/88, de 22 de julio y Circular 8/90, de 7 de septiembre)

En la primera instancia (igual que en la segunda) se desestima la demanda. En primer lugar, en cuanto al fondo por estimar que el actor no ha conseguido probar que el interés "Preferencial efectivo del BBV+2 puntos" sea el más cercano o equiparable al pactado contractualmente, ni más análogo que el aplicado por la entidad bancaria "tipo de referencia a un año". Además, el "interés preferencial" -cuya aplicación solicita el actor- es el aplicable solo a los clientes de mayor solvencia de acuerdo con las Circulares del Banco de España. Finalmente, con relación al retraso desleal en el ejercicio del derecho, el juzgador de instancia admite su concurrencia argumentando que no cabe la integración contractual solicitada por el actor cuando ya han transcurrido 15 años del término del contrato (el 16

diciembre 1998) tras el abono de todas las rentas por el actor. Aun a pesar de que en septiembre de 1998 el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ya le había emplazado a acudir a los Tribunales de Justicia si no llegaba a un acuerdo con la otra parte. Para el juzgador de instancia resulta atendible la alegación formulada sobre retraso desleal en el ejercicio del derecho aun a pesar de que no estima aplicable el plazo de prescripción de 5 años invocado por la demandada puesto que no se están reclamando por la sociedad de leasing las rentas o cuotas ni intereses compensatorios o remuneratorios.

La sentencia es recurrida en apelación por el Sr. Jon, pero el recurso se desestima y se confirma la sentencia de instancia. La Audiencia Provincial también estima que había concurrido retraso desleal por parte del actor-apelante. Sin embargo, es de notar, que la AP no considera prescrito el derecho puesto que la fecha que tiene en cuenta para la prescripción de la acción es la del ejercicio de la opción de compra (16 de enero de 1999). De modo que cuando se interpone la demanda, el 16 de diciembre de 2013, todavía falta un poco más de un mes para que transcurra el plazo de prescripción de 15 años que era el que el art. 1964 CC establecía en aquella época para el ejercicio de las acciones personales que no tuvieran un plazo especial de prescripción. La audiencia no se manifiesta, sobre el plazo de prescripción de 5 años que había sido alegado por la demandada en la primera instancia.

El tribunal *ad quem* utiliza un argumento más elaborado que el de primera instancia para admitir el retraso desleal. Se argumenta que “tal periodo de inactividad ante la actuación contractual de la demandada constituye un comportamiento capaz de sustentar razonablemente la convicción de ésta de conformidad o, al menos, de permisividad del actor con su proceder y generarle confianza en la no formulación de una reclamación por disconformidad con el criterio aplicado en la actualización del interés, por lo que la interposición de la demanda, cuestionando la interpretación de la disposición contractual realizada por la demandada y reclamando la devolución de la cantidad que habría abonado en exceso según una interpretación de la estipulación contractual distinta, es un proceder contrario a la buena fe, proscrito por el art. 7.1 CC”. Es de destacar que el criterio utilizado en segunda instancia para la admisión del retraso desleal se hace descansar exclusivamente en la inactividad del derecho durante un largo período de tiempo cercano al plazo de prescripción.

El usuario interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo por entender que la sentencia de apelación vulnera el art. 1964 CC en su integración con el art. 7 CC tal como formula la doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción. El recurrente cita las STS 7 junio 2010 (RJ 2010, 5376) y 1 abril 2015 (RJ 2015, 2362) en las que establece

que para admitir el retraso desleal no es suficiente el mero transcurso del tiempo, sino que además es necesario que concurra algún acto que pudiera hacer creer al demandado que la acción no iba a ejercitarse y que el actor renunciaba a su derecho, lo que en el caso de autos no se da puesto que en todas las cartas de reclamación aportadas a la demanda reflejan la voluntad del actor de reclamar. La entidad de *leasing* se opone alegando que no sólo concurre retraso desleal, sino que además entiende que la acción habría prescrito por haber transcurrido el plazo de cinco años previsto ex 1966 CC para la reclamación de intereses. Así pues, la entidad demanda nuevamente alega que no es aplicable el plazo de 15 años previsto por el art. 1964.2 CC para las acciones personales (según su redacción antes de su modificación por la Ley 42/2015 que redujo a 5 años el plazo de prescripción para las acciones personales que no tengan plazo especial).

DOCTRINA

El mero retraso en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad no puede ser considerado por si sólo constitutivo de retraso desleal, sino que, además, es necesario que previamente al ejercicio del derecho existan hechos, actos o conductas que provoquen en el obligado la confianza de que el derecho en su contra no se ejercitará.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

En la STS 24 abril 2019 (RJ 2019,1583) se analiza un supuesto de retraso desleal, figura esta que carece de regulación en nuestro ordenamiento jurídico y que ha sido elaborada por la doctrina alemana a finales del siglo XIX con el nombre de *Verwirkung*. Esta figura constituye un supuesto especial de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención al principio de la buena fe o un caso especial de abuso de derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal. Un derecho subjetivo o una pretensión ya no pueden ejercitarse cuando su titular durante mucho tiempo no los ha hecho valer y ha provocado con su actitud omisiva que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho (DIEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva. En el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Suprem*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. XX). Como su efecto consiste en la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho no prescrito la aplicación de esta figura debe de ser objeto de una interpretación restrictiva (VAQUER ALOY, A. y CUCURULL SERRA, N.: “¿Solvencia recuperada en buen momento?”, *InDret*, núm. 274, 2005, p. 4). En el supuesto de la resolución objeto de nuestro comentario queda patente que en las

instancias inferiores se hizo una interpretación excesivamente amplia del retraso desleal que fue corregida por el Tribunal Supremo que desestima su aplicación por no concurrir uno de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial. Como un anticipo a lo que más adelante se detallará, el Alto Tribunal aplica la ya consolidada doctrina jurisprudencial que establece que para que el ejercicio de un derecho resulte inadmisile para su titular no es suficiente que se ejercite tardíamente, apurando el plazo de prescripción. Este retraso por sí sólo no es determinante para generar la confianza de que un derecho no va a ser ejercitado. El Alto Tribunal exige un plus para que se pueda afirmar que el derecho ha sido ejercitado de mala fe, como son la existencia previa de hechos, actos o conductas que engendren en el obligado la confianza objetiva de que el derecho o la pretensión en su contra no sea ejercitado.

II. EL RETRASO DESLEAL Y LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.

El retraso desleal (*Verwirkung*) no sólo está en íntima relación con el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos, sino también con la institución de la prescripción extintiva de los derechos, habida cuenta que el retraso desleal constituye una excepción a la regla general de que los derechos pueden ejercitarse mientras no se haya agotado el plazo legal de prescripción. Para la doctrina es evidente que para considerar deslealmente tardío el ejercicio de un derecho su período de inactividad siempre tiene que ser menor que el plazo de prescripción o de caducidad, puesto que de otra manera carecería de relevancia práctica la *Verwirkung* (VAQUER ALOY, A. y CUCURULL SERRA, N.: “¿Solvencia?”, cit., p.5). No obstante, en ocasiones el plazo de inactividad en ambas figuras, retraso desleal y prescripción extintiva, son casi coincidentes en el tiempo como sucede en el caso dio lugar a la sentencia objeto de comentario donde casi que se agotó en plazo de prescripción.

Esta cercanía entre ambas figuras, prescripción extintiva y retraso desleal, exige que en la descripción de los hechos que dieron lugar a la sentencia de casación tengamos que ser extremadamente puntillosos.

III. INCORRECTA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA *VERWIRKUNG*.

En el Fundamento de Derecho 3º (en adelante FD) de la resolución se señala que la Audiencia no ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial del retraso desleal. En la sentencia recurrida se afirmaba que el período de inactividad de la actora constituye un comportamiento capaz de sustentar razonablemente la convicción de la demandada de conformidad o de permisividad del actor con su proceder y generarle confianza en la no formulación de una reclamación por

disconformidad con el criterio aplicado en la actualización del interés. Destaca el Alto Tribunal que la Audiencia asume que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que todavía no había transcurrido el plazo de prescripción

El TS estima que la tesis de la Audiencia es contraria a la doctrina del retraso desleal, y de admitirse su razonamiento se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador. La regla general es que “el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción”. De modo que, citando la STS 16 diciembre 1991, establece que “no se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe, quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán”.

Asimismo, citando de nuevo la doctrina jurisprudencial aplicable al retraso desleal manifiesta que “para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (SSTS 7 junio 2010 [RJ 2010, 5376], 1 abril 2015 [RJ 2015,2362] y 2 marzo 2017 [RJ 2017, 846]. Aplicando al caso concreto la doctrina jurisprudencial sobre el retraso desleal el Alto Tribunal entiende que “el hecho que el actor haya apurado el plazo de prescripción no es un hecho de inequívoca significación que por sí solo pudiera generar la confianza de que el derecho no iba a ser actuado”.

En la doctrina de los autores también se admite que el mero transcurso del tiempo sin ejercicio del derecho, por prolongado que sea, por sí sólo no puede considerarse como un supuesto de *Verwirkung*. Por el contrario, en la prescripción extintiva sí que se producen sus efectos por el mero transcurrir del plazo legalmente establecido. La principal diferencia entre ambas figuras estriba en que para poderse apreciar retraso desleal el transcurso del tiempo tiene que ir acompañado de toda una serie de circunstancias que permitan calificar el retraso en el ejercicio del derecho como desleal e intolerable para el adversario. Así pues, será la concurrencia de aquellas circunstancias la que provocará que aquella conducta omisiva convierta en inadmisibile y abusivo el ejercicio del derecho (DÍEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva*, cit., p. 87; VAQUER ALOY, A. y CUCURULL SERRA, N.: “¿Solvencia?”, cit., p. 4). En la doctrina se exige la concurrencia de los siguientes requisitos para que se pueda admitir un retraso desleal: a) un factor temporal,

como lo es un largo período de inactividad antes del vencimiento de la fecha de prescripción del derecho, b) un factor omisivo, que el derecho resulte abandonado por su falta de ejercicio y c) un factor objetivo, la razonable confianza suscitada en el deudor de que no se ejercitará la reclamación del derecho de crédito (PEREA GONZÁLEZ, A.: “*Verwirkung o el retraso desleal: El valor de la confianza*”, *Diario la Ley*, núm. 9211, Sección Tribuna, 5 junio 2018).

Una cuestión a tener en cuenta con el requisito del factor temporal es que el plazo de prescripción de las acciones personales no sujetas a plazo especial se ha visto fuertemente reducido de 15 a 5 años, como consecuencia de la modificación del art. 1964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de Octubre, para la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, en el ámbito de las acciones de reclamación de cantidad será difícil de aplicar la *Verwirkung* habida cuenta que será difícil hablar de largo período de inactividad. En consecuencia, el peso para la admisión de esta figura recaerá en las circunstancias objetivas y hechos del titular del derecho que permitan afirmar que se ha generado la legítima confianza de que el derecho ya no se ejercitará.

También señala que la sugerencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España al actor para que acudiera a los tribunales únicamente evidencia la desatención de que fue objeto la reclamación de dirigió a la entidad. Concluye el Alto Tribunal afirmando que sería paradójico que se favoreciera a la demandada aplicando una doctrina que descansa sobre la buena fe, cuando su comportamiento en el asunto litigioso fue calificado por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España como contrario a las buenas prácticas y usos bancarios. En consecuencia, se entiende que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina jurisprudencial sobre la el retraso desleal en el ejercicio de la acción y se estima el recurso por entender que no se aprecia retraso desleal en el ejercicio de la acción.

En la sentencia (F.D. 3º) también se hace una advertencia a las entidades de crédito sobre la carga de conservar la el deber de conservación de la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y obligaciones que les incumben, recordando que tienen el deber de conservarla al menos, hasta que transcurra el pertinente plazo de prescripción. Esta advertencia tiene su origen en que la demanda a lo largo del proceso manifiesta que no conserva la documentación relativa a la operación contractual litigiosa habida cuenta del largo tiempo transcurrido.

IV. LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL.

En el supuesto de que el TS hubiera estimado que concurría los requisitos del retraso desleal se habría producido como efecto que no prosperase la reclamación

tardía del derecho del actor. Así lo entiende la doctrina (TUR FAÚNDEZ, N.: *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 97 y 98). En puridad la *Verwirkung* funciona de modo similar a una excepción procesal, en el sentido de que el demandado la utiliza para oponerse a la pretensión del actor, y en el caso de admitirse se impide (o ya no es necesario) un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el que se haya inadmitido la concurrencia de la *Verwirkung*, deja abierta la posibilidad de que se entre a analizar el fondo del asunto y poder determinar si procede la acción de reclamación del actor contra la entidad de *leasing* por las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la interpretación de la cláusula 5º del contrato de arrendamiento financiero.

Como ya hemos señalado, las partes en el contrato tras reconocer que quisieron mantener el precio del arrendamiento adaptado a la coyuntura económica existente en el momento de la firma del contrato, fijaron un índice (el “tipo de interés preferente a un año”) que tenía que empezar a aplicarse el 1 de enero de 1992. Sin embargo, el 1 de marzo de 1989 entró en vigor la prohibición del Banco de España de utilizar como referencia en las operaciones concertadas a tipo de interés variable los tipos publicados por la propia entidad. A esta situación en la que una cláusula contractual inicialmente válida deja de serlo durante la vigencia del contrato se le denomina “laguna sobrevenida” (CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 481).

El TS entiende que, respecto a la cuestión sustantiva, lo que se plantea es la necesidad de integrar el contrato partiendo del hecho de que la voluntad de las partes era “mantener el precio del arrendamiento financiero adecuado a la coyuntura económico-financiera actual” para lo cual fijaron un índice (el “tipo de interés preferente a un año”) que ya era imposible aplicar en la fecha pactada para la revisión de las rentas (F.D. 4º). Partiendo de estos datos el Alto Tribunal, manifiesta que la cuestión sustantiva que se plantea es la de integrar el contrato partiendo de que la voluntad de las partes manifestada en el contrato era la de “mantener el precio del arrendamiento adecuado a la coyuntura económico-financiera actual”. Llegados a este punto el Tribunal Supremo tiene que tener que ponderar cuál de las dos soluciones propuestas por las partes es la más adecuada para cubrir la “laguna contractual sobrevenida”.

En primer lugar, se analizan las razones por las que el demandante propone una nueva forma de calcular el interés que se tenía que aplicar para regularizar las rentas. Se reconoce lo manifestado por el actor de que en la fecha de la firma del contrato que el interés fijo que se había pactado (el preferente BBV a un año) era dos puntos más alto que el “interés preferencial” de la entidad. De modo que si lo que se trataba era de mantener el precio del arrendamiento adecuado a la

evolución de mercado, lo procedente era utilizar en las revisiones del contrato el “interés referencial” a la fecha de cada revisión más dos puntos.

En segundo lugar, se pasa al análisis de los argumentos utilizado por la entidad demandada, que no hay que olvidar que aplicó unilateralmente el índice que tuvo por conveniente. Dice el TS que la sociedad de *leasing* demanda se opone a la propuesta de la actora, la aplicación del “preferencial más dos puntos” y mantiene la corrección del que ella aplicó, el “referencia a un año”. Esta postura no se admite por el TS, citando como ejemplo el supuesto de la STS 26 de noviembre 1996 (RJ 1996, 8581), en la que, de manera muy similar, otra entidad bancaria aplicó los tipos de interés que tuvo por conveniente cuando dejaron de tener validez los que las partes pactaron en el contrato. En este caso la “laguna sobrevenida” también tuvo su origen en una Circular del Banco de España. En este caso no se admitió como válido el interés que aplicó unilateralmente el banco.

En la sentencia objeto de nuestro comentario, se van rechazando uno tras otros todos los razonamientos alegados por la demandada: primero no admite que el “interés preferencial” solo puede aplicarse a los clientes de mayor solvencia, por plazos inferiores a un año y en operaciones con importes superiores a los cien millones de pesetas. No es admisible que la demandada se escude para ello en los argumentos del Defensor de la Clientela de esa misma entidad, que por otra parte consideró que hubiera sido más correcto aplicar una referencia diferente. En segundo lugar, rechaza el argumento de que unas Circulares del Banco de España impedían aplicar el “interés preferencial” a la actora. Máxime cuando esas Circulares eran de fecha posterior al contrato. Puesto que del análisis de dichas Circulares puede inferirse lo contrario. Finalmente, el TS termina estimando la demanda, por estimar lógica la propuesta del actor sobre como el parámetro de revisión que propone mantiene la misma proporción entre el tipo de interés existente en el momento del contrato y los aplicables en la fecha de revisión; mientras que el demandado, por el contrario, no ha explicado convincentemente por qué deber aceptarse la aplicación del referencial que aplicó unilateralmente. En consecuencia, se estima procedente la cantidad reclamada de 26.702,73 euros calculados a partir de la revisión de las tablas aportados por el actor a la demanda. Por todo ello el Alto Tribunal estima la demanda y condena a la demandada al pago de la mencionada cantidad, así como todos los intereses que esa cantidad devengue desde el 8 de febrero de 1999 hasta el momento de su pago definitivo.

En nuestra opinión nos parece adecuado el pronunciamiento del Alto Supremo respecto de la pertinencia de la reclamación efectuada por el actor, el Sr. Jon. Sin embargo, el Fundamento de Derecho 4º, a diferencia del primero, nos parece que adolece de cierta falta de técnica jurídica. Puesto en la argumentación utilizada para condenar a la demandada no está lo suficientemente fundamentada para lo que se

espera del Alto Tribunal, puesto que no se ha efectuado la más mínima referencia a precepto alguno del Código civil. Así en la STC 69/2006 de 13 de marzo de 2006 (RTC 2006, 69) se establece que una sentencia se considere motivada ha de contener "los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997, 58] y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto [RTC 1999, 147], F. 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio [RTC 1983, 61] y 5/1986, de 21 de enero [RTC 1986, 5])".

No obstante, como quiera que en reiteradas ocasiones se ha utilizado la expresión "integrar el contrato" cabría entender una referencia implícita al art. 1258 CC. Con base a este precepto en la doctrina se ha dicho que la "interpretación integradora" es el procedimiento de integración de las lagunas contractuales que tiene lugar obteniendo la regla de integración mediante la interpretación del contrato en su conjunto. El art. 1258 CC es la norma que atribuye la habilitación legal para integrar los contratos. La eficacia integradora del citado precepto (derecho dispositivo, uso y buena fe) está sometida a la condición de que el resultado obtenido sea conforme con la presumible voluntad de las partes, de forma que deba preferirse a aquel de los tres criterios de integración externa que en cada caso se acomode más a la conjetural voluntad de las partes (p. 470). La voluntad conjetural deberá ser reconstruida en los posible con los elementos que nos suministra el propio contrato, debidamente interpretado (CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, cit., pp. 466, 469 y 470). Así pues, el Tribunal Supremo al decantarse por la propuesta de la actora no ha hecho sino integrar el contrato de acuerdo con la propuesta que más se acercaba a la común voluntad de las partes tal como había sido manifestada en el contrato.

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS Y BONOS ESTRUCTURADOS.
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 5/2019, DE 9 DE ENERO
(ROJ: STS 13/2019)

*REBUS SIC STANTIBUS CLAUSE AND STRUCTURED BONDS COMMENT
ON STS, NO. 5/2019 OF 9 JANUARY (ROJ: STS 13/2019)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 846-863

Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: La cláusula *rebus sic stantibus*, de construcción jurisprudencial, se ha venido aplicando para reestablecer el equilibrio de las prestaciones como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de formalizar el contrato. No obstante, no siempre se ha aplicado con la misma rigidez y rigor, sino que, dependiendo del contexto social y económico del momento, hemos ido experimentando sendos vaivenes de doctrina y jurisprudencia. Por ello, en este comentario a la STS de 9 de enero de 2019, se procede a un análisis de la evolución jurisprudencial y los presupuestos exigibles para la aplicación de la referida cláusula, con especial consideración de los contratos aleatorios como son los bonos estructurados.

PALABRAS CLAVE: *Rebus sic stantibus*; contrato aleatorio; bonos estructurados; modificación; resolución.

ABSTRACT: *The rebus sic stantibus clause, which is based on case law, has been applied in order to re-establish the balance of services as a result of a sudden change in the circumstances taken into account when the contract was concluded. However, it has not always been applied with the same rigidity and rigour, but rather, depending on the social and economic context of the moment, we have been experiencing fluctuations in doctrine and jurisprudence. Therefore, in this commentary to the STS of January 9, 2019, we proceed to an analysis of the jurisprudential evolution and the required budgets for the application of the aforementioned clause, with special consideration of random contracts such as structured bonds.*

KEY WORDS: *Rebus sic stantibus; random contract; structured bonds; modification; termination.*

SUMARIO.- COMENTARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.- III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS.- 1. Carácter sobrevenido de las circunstancias que afectan al contrato.- 2. Imprevisibilidad del cambio de circunstancias.- 3. No imputabilidad del cambio de circunstancias.- 4. No asunción del riesgo por la parte en desventaja.- 5. Ruptura de la equivalencia de las prestaciones o excesiva onerosidad.- IV. SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS.- V. CONCLUSIÓN.

SUPUESTO DE HECHO

El caso planteado parte de la existencia de una compraventa de unos bonos entre particulares y mercantiles, con la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A (en adelante, BBVA) que actuaba, entre otras funciones, como colocador, contraparte, agente de la emisión, agente principal de pagos, agente de cálculo y agente de realización. Tales bonos eran unas notas estructuradas que estaban compuestas por la combinación de dos o más instrumentos financieros que, conjuntamente, formaban un nuevo producto de inversión, de modo que uno de los instrumentos financieros que lo componían era una permuta o swap suscrita exclusivamente entre la sociedad Boiro Finance, de una parte, y BBVA, de otra; y los restantes instrumentos financieros eran unos bonos colaterales emitidos por las entidades Citigroup y Bank of América.

Los adquirentes compraron los bonos por un precio calculado por la mesa de contratación de BBVA, conforme a una fórmula matemática denominada “BBVA Delta I Index”. Hasta la fecha de vencimiento del producto los compradores podían desprenderse de los bonos por el precio que resultara del cálculo publicado del patrimonio neto de un activo subyacente, consistente en un fondo denominado “Fairfiel Sigma”, sobre el que BBVA aplicaba la misma fórmula “BBVA Delta I Index”. Es decir, la mencionada fórmula servía para la fijación de los precios de cotización del bono para su compra y venta, que la propia mesa de contratación gestionaba.

Posteriormente, se suspendió la publicación del Patrimonio Neto del fondo Fairfiel Sigma, que era al que estaban referenciados los bonos emitidos por el

• **Álvaro Bueno Biot**

Graduado en Derecho. Correo electrónico: abb888813@gmail.com

BBVA, porque se acordó judicialmente su liquidación forzosa, lo que determinó desde ese momento su contabilización con valor cero. A partir de esa fecha, la ausencia de valor de referencia impedía calcular el rendimiento de los citados bonos, así como su valor en cada momento. Todo ello supuso, en la práctica, que los adquirentes perdieran el total de su inversión.

Dadas las circunstancias, los compradores interpusieron demanda contra la entidad bancaria ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barcelona, el cual la desestimó. En consecuencia, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por los adquirentes ante la sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual estimó el recurso planteado y revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Frente a ello, el banco BBVA interpuso recurso de casación cuyo fallo del Tribunal Supremo será tratado y analizado a continuación.

DOCTRINA

La doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o a una distribución del riesgo de una determinada manera. Para la aplicación de tal cláusula, es condición necesaria la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Por lo tanto, si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Los compradores presentaron una demanda contra BBVA en la que solicitaron la nulidad radical y la ineficacia de los contratos privados de compraventa de bonos con restitución recíproca de prestaciones; y, subsidiariamente, la resolución de los contratos de compra, con devolución de las cantidades invertidas. Resumidamente, el fundamento de ambas peticiones era la desaparición del activo subyacente, que produjo la suspensión del patrimonio neto del fondo que determinaba la retribución y el precio de venta de los bonos. La entidad financiera se opuso a tales pretensiones. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo estimó y declaró la resolución de los contratos por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, por las siguientes y resumidas razones: 1ª) BBVA podía haber sustituido el activo subyacente para calcular el precio de los bonos; 2ª) La mutación radical de las circunstancias, en función de la finalidad económica del contrato, su conmutatividad, la imprevisibilidad del acontecimiento que determinó el cambio de escenario, la ruptura del equilibrio contractual, y la excesiva onerosidad sobrevenida para los compradores, justifica la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, por desaparición de la base del negocio; 3º) las circunstancias que dieron sentido al negocio cambiaron cuando el fondo subyacente suspendió definitivamente el cálculo de su patrimonio neto, lo que determinó su contabilización como valor cero, y el BBVA que, como agente de cálculo, podía haber optado por mantener el fondo calculando un valor razonable de mercado o sustituirlo, no lo hizo, sino que mantuvo ilimitadamente en el tiempo la imposibilidad de calcular el valor de los bonos.

La entidad BBVA interpuso recurso de casación alegando los siguiente motivos: 1º) infracción de lo dispuesto en el art. 1255 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*; 2º) infracción de lo dispuesto en el art. 1902 CC, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la tutela aquiliana del crédito; 3º) infracción del art. 1895 CC, que regula el instituto del cobro de lo indebido y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta en relación con el enriquecimiento injustificado; 4º) infracción del art. 7 CC, que regula el instituto del abuso del derecho y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

La Sala entró a valorar el primer motivo de casación, el cual es el que nos resulta de interés en el presente comentario, estimado el recurso, sin necesidad de entrar a valorar los restantes motivos, procediendo, en consecuencia, a anular la sentencia recurrida.

En esencia, en el desarrollo del motivo, se alega por parte del banco BBVA que la mencionada doctrina no es aplicable a los contratos intrínsecamente aleatorios, en que la posibilidad de la modificación de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato está en su propia naturaleza.

La Sala señala que la regla *rebus sic stantibus* no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o a una distribución del riesgo de una determinada manera. Además, para la aplicación de tal cláusula, es condición necesaria la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. De esta manera, si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible,

no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo.

En este caso, dado que el rendimiento final de la inversión estaba vinculado directamente a la evolución del valor patrimonial neto del fondo subyacente y en el folleto informativo se advertía expresamente que la inversión en tales condiciones era de alto riesgo y que los inversores estaban expuestos a la pérdida total de la inversión, se plantea si la mencionada quiebra del fondo tiene el carácter de hecho imprevisible a efectos de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*. A ello, el Tribunal Supremo responde negativamente, porque el riesgo de quiebra del fondo estaba previsto contractualmente e incluso puede considerarse un riesgo intrínseco en las notas estructuradas. De esta manera, al no poder hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, no cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus*.

II. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

La cláusula *rebus sic stantibus* no se encuentra regulada en el Código civil, sino que se trata de una regla de construcción jurisprudencial, la cual ha ido perfilándose y sufriendo diversas matizaciones por parte de nuestros tribunales a lo largo del tiempo. No obstante, si bien es verdad que nuestro Derecho común no contempla la citada cláusula, sí que, en cambio, aparece prevista en el Derecho civil foral de Navarra, el cual regula expresamente los efectos de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. En concreto la Ley 498 del Fuero Nuevo de Navarra dispone “*Rebus sic stantibus*. Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

Sabemos que en el Derecho de contratos rige el principio de vinculación contractual, consagrado en el artículo 1258 CC, así como en el art. 1091 CC, de donde se deriva el de *pacta sunt servanda*, en virtud del cual los contratos deben cumplirse por las partes a tenor de lo convenido entre ellas, sin excusas ni pretextos. Sin embargo, cuando nos encontramos ante contratos de tracto sucesivo o ante contratos de tracto único con ejecución diferida, es decir, contratos donde la prestación debe cumplirse pasado un período de tiempo, puede plantearse la posibilidad de que se den determinadas circunstancias imprevisibles que alteren las tenidas en cuenta en el momento de celebración del contrato y, en

consecuencia, aparezca un desequilibrio para las partes, que haga excesivamente gravosa la prestación para una de ellas con respecto a la otra.

En estos casos, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* supone una flexibilización del principio *pacta sunt servanda*, ya que permite la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de control de las partes, a una de ellas le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de la obligación.

No obstante, como he señalado anteriormente, la aplicación de la referida doctrina no se ha mantenido uniforme a lo largo de los tiempos, sino que ha sufrido un desconcertante vaivén por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual la ha venido aplicando con varios matices dependiendo de la época y el contexto social y económico de los tiempos.

En sus orígenes la doctrina que nos ocupa estaba claramente vinculada al denominado dogma de la voluntad, pues se basaba en la consideración de que existía una voluntad implícita de las partes, de que la vigencia del contrato se mantuviera en cuanto persistiese el estado inicial que se tuvo en cuenta a la hora de concluir el mismo. Esto es, que las partes quedaban obligadas por el contrato mientras las cosas continuasen como estaban al tiempo de pactarse el régimen contractual.

Es claro que con esta lectura en clave subjetiva la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* había de ser claramente excepcional. Sin embargo, la necesidad de “normalizar” su aplicación, como consecuencia de la gran crisis económica de 2008, llevó a una lectura jurisprudencial objetiva (ya anticipada por los autores), que concibe la cláusula como un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones. Dicho de otro modo: no se trata ya de averiguar artificiosamente si en su fuero interno los contratantes habrían querido cumplir el contrato en los términos en que lo previeron (seguramente, la parte beneficiada por el cambio de circunstancias estará encantada en mantener lo pactado), sino que se trata de buscar una solución razonable, con arreglo a parámetros objetivos (los principios de la buena fe y de la base del negocio), que permita la revisión de lo pactado, cuando se produce una ruptura del equilibrio contractual, como consecuencia de una alteración sobrevenida de las prestaciones que fueron tenidas en cuenta cuando se celebró el negocio jurídico.

Evidentemente, la doctrina de la base del negocio se pone en relación con la desaparición sobrevenida de la causa, entendida ésta como los motivos concretos compartidos por ambas partes que dieron lugar a la celebración del contrato y que desaparece total o parcialmente cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones o cuando resulta imposible alcanzar el fin del contrato. Esto significa

que la cláusula *rebus sic stantibus* podrá aplicarse, cuando la finalidad del contrato quede frustrada o quiebre el sinalagma por desaparecer de manera desmesurada la equivalencia de las prestaciones, lo que afecta al principio de conmutatividad de los contratos onerosos.

La “normalización” de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene varias manifestaciones.

1º) La aceptación de la crisis económica como circunstancia sobrevenida e imprevisible que permite la aplicación de la cláusula.

En este sentido, a partir del año 2013 el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 17 y 18 de enero del referido año (Roj: STS 1013/2013 y Roj: STS 679/2013) empieza a considerar la crisis económica como un evento valorable para poder aplicar la cláusula *rebus*. Ahora bien, lo que viene a decir el Tribunal Supremo es que, si bien hay que tener en cuenta la crisis económica como un fenómeno capaz de generar un grave trastorno de las circunstancias, ello no va a suponer una aplicación de la cláusula *rebus* de manera automática, es decir, que considerando la crisis económica como un presupuesto previo que justifica el cambio producido, habrá que entrar a valorar las circunstancias del caso concreto no pudiendo constituir la propia crisis el único fundamento para proceder a la aplicación de la referida figura. Así, lo que pretendió el Tribunal Supremo fue dar un giro jurisprudencial como consecuencia de la crisis que golpeó nuestro país a partir del año 2008 y avanzar hacia una flexibilización de la cláusula *rebus*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo adoptó esta postura para mejorar la situación de los contratantes no profesionales, rechazando generalmente la aplicación de la cláusula respecto a las relaciones interprofesionales o, incluso respecto a aquellos particulares que, sin ser profesionales, actúan con un ánimo especulativo.

2º) No obstante, casi dos años después del cambio jurisprudencial por el Alto Tribunal, éste se vuelve a pronunciar dando un nuevo giro a lo que había venido sosteniendo hasta la fecha. Así, en sus Sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (Roj: STS 2823/2014 y Roj: STS 5090/2014), vino a admitir la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus* en favor de profesionales.

La STS 30 junio 2014 (Roj: STS 2823/2014) afirma que “acreditado el presupuesto general de la alteración de las circunstancias económicas, por el hecho notorio de la actual crisis económica, y su significativa incidencia en el mercado de la publicidad del sector del transporte, cabe profundizar en la señalada concreción funcional y aplicativa de la figura conforme al marco negocial celebrado, especialmente respecto de las notas de imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante de la prestación debida”. Dadas estas circunstancias, por un lado, señala que “aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña

la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora". En este sentido, vemos como el TS toma en consideración el requisito de la imprevisibilidad a pesar de que se trate de una relación contractual entre profesionales. Por tanto, aunque la crisis económica sí que era previsible, lo trascendental en este supuesto es que, teniendo en cuenta las circunstancias de las partes y del mercado en el momento de formalización del contrato, no hacían razonable la previsión de una crisis de efectos tan profundos y prolongados como la que finalmente sucedió.

Por otro lado, en esta misma sentencia, el TS indica que "la tipicidad contractual de la figura requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada". En este sentido, dicha excesiva onerosidad también fue considerada por el Alto Tribunal el cual añade que, en el presente supuesto, "cabe constatar dicha excesiva onerosidad que se desprende, de un modo claro, en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado". De esta forma, por un lado, como bien indica el TS, es razonable apreciar la excesiva onerosidad basada en un incremento de los costes en donde la actividad económica, por el cambio operado de las circunstancias, lleva a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica). Y, por otro lado, en el caso que nos ocupa, el resultado negativo se desprende de la relación económica que se deriva del contrato en cuestión, y no respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica.

Por su parte, la STS 15 octubre 2014 (Roj: STS 5090/2014) indica que "aceptando el hecho notorio de la crisis económica, el examen de la cuestión requiere profundizar en la señalada concreción funcional y aplicativa de la figura respecto del marco negocial celebrado, especialmente en relación a las notas de imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante respecto de la prestación debida".

Así, en lo que respecta a la imprevisibilidad, señala que "conforme a las prácticas negociales del sector en dicho contexto, no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su

especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que “razonablemente” se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado”. En este sentido, vemos una vez más cómo la jurisprudencia, pese a tratarse de una relación contractual entre empresarios, tiene en consideración el requisito de la imprevisibilidad, aun cuando se trate de empresas relevantes en el sector conocedoras del riesgo empresarial.

Por otra parte, por lo que respecta al requisito de la excesiva onerosidad, señala que “también se da, en el presente caso, el presupuesto de la excesiva onerosidad como exponente de la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutabilidad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); supuesto del presente caso en donde los hoteles de la cadena Accor (Novotel e Ibi) presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración”.

Por tanto, se puede apreciar, como en los dos casos referenciados, pese a que se trataba de unas relaciones interempresariales, donde la parte perjudicada eran unas empresas relevantes en el sector, no se le pueden imputar exclusivamente la falta de previsión de la crisis económica. De ahí que, nuestro Alto Tribunal ante la imprevisibilidad de una crisis de especial impacto y crudeza como la sufrida, junto con el presupuesto de la excesiva onerosidad, decidió proceder a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Dadas estas circunstancias, vemos como se rompe con la línea jurisprudencial mantenida hasta el momento, la cual excluía la aplicación de la cláusula cuando la parte afectada por la alteración sobrevenida de las circunstancias como consecuencia de la crisis económica era un profesional o, incluso un particular que actuaba con ánimo especulativo.

Sin embargo, poco tiempo después el Alto Tribunal parece ser que da un paso atrás, limitando la aplicación de la cláusula *rebus* a las relaciones entre empresarios. En este sentido, en las SSTs 11 y 19 diciembre 2014 (Roj: STS 5377/2014 y Roj: STS 5377/2014) considera que la crisis económica “es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)”. Así, destaca que las causas que se tienen que tener en cuenta han de ser imprevisibles e inevitables por la empresa afectada en el momento

de formalización del contrato y, por tanto, es el profesional el que, atendiendo a las dificultades propias de su actividad, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos. En este sentido, señala “Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la Construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente”. Por tanto, el riesgo de finalizar las obras dentro del plazo estipulado es un riesgo que corre íntegramente a cuenta del vendedor y que se trata de un riesgo inherente a su actividad empresarial, de manera que tal riesgo no puede ser trasladable al comprador.

Dicho lo cual, según la última jurisprudencia del TS, no procederá la aplicación de la referida figura cuando la parte perjudicada por la alteración de las circunstancias sobrevenidas sea un profesional o un particular que actúa en el tráfico jurídico con ánimo especulativo y, en consecuencia, no será procedente pedir la revisión o modificación del contrato alegando la crisis económica como la causa que ha provocado una excesiva onerosidad, imprevisible e inevitable.

3º) La posibilidad de que la aplicación de la cláusula lleve no solo a la posibilidad de modificar el contrato para reequilibrar las prestaciones, sino también incluso a la posibilidad de resolución del mismo.

En este sentido, la STS 26 abril 2013 (Tol 3711528) resolvió un contrato de compraventa de un inmueble debido a que hubo un retraso de un año en la entrega de la vivienda y, en consecuencia, como resultado del estallido de la crisis económica, el banco se negó a que la parte compradora se subrogase en la hipoteca que había concedido a la parte vendedora, subrogación que estaba expresamente prevista en el contrato. Así, la referida sentencia señala que “puestas en relación una y otra [retraso en la entrega y negativa del banco a la subrogación], es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa”. Y, continúa: “Resolución que procede acordar, aplicando la doctrina de la base del negocio, [...] especialmente en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*”.

III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.

I. Carácter sobrevenido de las circunstancias que afectan al contrato.

Se trata de circunstancias que han acaecido con posterioridad a la fecha de formalización del contrato. Esto es, circunstancias distintas a las tenidas en cuenta en el momento de determinación de las condiciones del contrato.

Este punto es donde ha incidido la nueva jurisprudencia, afirmando que entre estas circunstancias imprevisibles se puede incluir la crisis económica, incluso en la relación entre profesionales.

No obstante, juega un papel importante el tiempo transcurrido entre el momento de celebración del contrato y el momento de la prestación dado que, por un lado, un espacio corto de tiempo puede ser irrelevante. En este sentido la STS 18 enero 2013 (Roj: STS 679/2013) que afirma la inaplicación de la figura *rebus* “ni imprevisible, ya que entre la firma del contrato privado y el requerimiento de la firma de la escritura pública solo transcurren tres meses”. Y, por otro lado, un espacio de tiempo muy lejano desde que se celebró el contrato puede no tener relevancia alguna tampoco, ya que podría pensarse que las partes voluntariamente decidieron asumir el riesgo de tales alteraciones dado que existen mecanismos de revisión para este tipo de contratos de larga duración que, pudiendo hacer uso de ellos, no lo hicieron. A título de ejemplo la STS 17 septiembre 2010 (Roj: STS 7105/2010) indica que “si las partes no estipularon la estabilización del precio en función de las oscilaciones del mercado, sobre las mismas recaen las consecuencias beneficiosas, para una, y perjudiciales para otra de la evolución de los costes de bienes y servicios”.

2. Imprevisibilidad del cambio de circunstancias.

Para que pueda considerarse que el cambio de circunstancias es imprevisible, es necesario que las partes, conforme a un razonamiento lógico, no hayan podido (o debido) tomar en consideración en el momento de determinación del contrato los cambios acaecidos con posterioridad a este momento y antes de la ejecución del mismo. En este sentido, la STS 18 enero 2013 (Roj: STS 679/2013) afirma que “no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias”.

No obstante, adicionalmente a este requisito, la jurisprudencia ha venido exigiendo que tal circunstancia debe reunir el carácter de extraordinaria, esto es, que no se repita frecuentemente o con regularidad. Ahora bien, a pesar de que estos dos requisitos se han venido exigiendo de manera cumulativa, existe alguna excepción en donde ese carácter extraordinario ha servido como motivo suficiente para que el TS aplicara la regla *rebus*, a pesar de la previsibilidad del acaecimiento de tal circunstancia. En este sentido, nos remitimos a la anteriormente referida STS 30 junio 2014 (Roj: STS 2823/2014), en la cual se dice que “aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura

de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora". Así, vemos que, a pesar de la previsibilidad de la crisis económica, ésta fue de tal magnitud con unos efectos tan profundos y prolongados que justifican el cumplimiento del requisito de la imprevisibilidad debido a la extraordinariedad de las circunstancias.

Por otro lado, la postura tradicional mantenida por nuestro Alto Tribunal respecto al requisito de la imprevisibilidad es que se debían tener en cuenta las circunstancias personales de los contratantes, debido a que un profesional, conforme al buen hacer de su profesión, no le es exigible el mismo grado de previsibilidad que a un no profesional. Sin embargo, la STS 14 junio 2014 (Roj: STS 2823/2014) afirma que "aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora". Por tanto, vemos que, a pesar de que el contratante era un profesional del sector, consideró que la alteración fue imprevisible debido a ese carácter extraordinario de la circunstancia. De esta manera, la tendencia del Tribunal Supremo es que habrá que estar al caso concreto haciendo una valoración de las circunstancias conforme a criterios de razonabilidad.

3. No imputabilidad del cambio de circunstancias.

Como es lógico, el cambio de circunstancias no debe ser imputable a ninguna de las partes, esto es, que la modificación de las circunstancias que provoquen un desequilibrio en el contrato no venga motivada por la actuación de alguno de los contratantes y, en particular, de la parte que quede en situación de desventaja.

En este sentido, el ATS 21 marzo 2018 (Roj: ATS 2911/2018) viene a señalar que no se puede aplicar de manera generalizada o automática la cláusula *rebus*, puesto "que dichos resultados no obedecen exclusivamente al cambio extraordinario del panorama económico sino también a otras causas como la mala gestión u organización de la empresa".

4. No asunción del riesgo por la parte en desventaja.

La materialización de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no debe tener relevancia alguna cuando el propio contrato contiene reglas de asignación del riesgo a uno de los contratantes o si así se deduce de la propia naturaleza del contrato, esto es, cuando el riesgo sea un elemento del contrato.

Posiblemente, este sea el requisito de mayor relevancia para el caso que nos ocupa dado que los bonos emitidos por la entidad BBVA son contratos aleatorios en los que los adquirentes asumen el riesgo de perder la totalidad de las cantidades invertidas debido al aleas que es parte fundamental del contrato. No obstante, aún en el caso de que se tratara de un contrato que, por su propia naturaleza, no fuera aleatorio y, por tanto, no se asignara el riesgo a ninguno de los contratantes, en el presente caso, en el folleto informativo se advertía expresamente que la inversión en tales condiciones era de alto riesgo y que los inversores estaban expuestos a la pérdida total de la inversión. En este sentido, la cláusula rebus no es de aplicación en tanto que actúa como regla supletoria que permite a los tribunales asignar pérdidas de riesgos, a excepción de aquellos que deben ser asumidos por las partes en atención a la propia naturaleza del contrato. En este sentido, por ejemplo, la STS 24 febrero 2015 (Roj: STS 1698/2015) indica “que la fluctuación del valor de mercado de estos bienes inmuebles constituye un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario”. De esta manera, queda claro que, en aquellos contratos que se celebran con ánimo especulativo cuyas expectativas de ganancia constituyen la base del negocio, no se acepta la aplicación de la figura *rebus sic stantibus*.

Dicho lo anterior, no cabe duda tampoco de que, si en el contrato se estipula alguna cláusula de actualización o revisión del precio o contraprestación, la cláusula *rebus* que actúa siempre con carácter subsidiario, no sería de aplicación. Ahora bien, la duda se plantea respecto a aquellos contratos de larga duración, donde sería lógico incluir cláusula de revisión de los mismos, pero que las partes optan por no hacerlo. Desde mi punto de vista, esto debería considerarse como una clara manifestación de las partes de asumir los riesgos futuros que a cada uno le atañen.

5. Ruptura de la equivalencia de las prestaciones o excesiva onerosidad.

La alteración de las circunstancias que se plasman de manera sobrevenida han de causar una excesiva onerosidad y, por tanto, no basta con que la pretensión pendiente de cumplimiento suponga una mayor onerosidad para una de las partes, sino que debe tratarse de una alteración tal que provoque la destrucción de la equivalencia de las prestaciones o que se convierta en inalcanzable la finalidad común del negocio.

De esta manera, para que se produzca la excesiva onerosidad, lo más importante no será el carácter imprevisible o extraordinario de las circunstancias, sino lo acordado por las partes en la perfección del contrato, concretamente en lo que atañe a la distribución de los riesgos. En esta línea, la STS 30 junio 2014 (Roj: STS 2823/2014) afirma que “en relación a la excesiva onerosidad hay que señalar

que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)". Ahora bien, esa conmutatividad del contrato a que se refiere el TS no supone que esa equivalencia asumida por las partes en el contrato deba mantenerse intacta en el futuro, ni mucho menos que, una desviación mínima de la misma, faculte a alguna de las partes a solicitar la modificación del contrato por aplicación de la cláusula *rebus*.

No obstante, "el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión" como se indica en la STS 30 junio 2014 (Roj: STS 2823/2014). Esto es, que una potencial insolvencia del deudor no justificaría el cumplimiento de la excesiva onerosidad, sino que para ello habría que realizar un análisis pormenorizado para comprobar si ese perjuicio que sufre una de las partes viene determinado por otras decisiones del deudor ajenas al contrato. Así, la cláusula *rebus* no puede servir para evitar que la parte perjudicada no tenga pérdidas ni como garante del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato.

IV. SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.

Toda vez que el TS ha establecido cuales son los presupuestos o requisitos básicos que se tienen que dar en la relación obligatoria para que proceda la aplicación de la cláusula *rebus*, también ha señalado qué supuestos deben quedar excluidos de la aplicación de la referida figura por no reunir las notas necesarias para que proceda su aplicación o, mejor dicho, por reunir una serie de características que hacen irrazonable la aplicación de la cláusula, y que son las siguientes:

I. Cuando se trate de riesgos que están dentro de la propia esfera de un profesional y que, por tanto, desde un punto de vista económico debe soportarlos. En este sentido la STS 19 diciembre 2014 (Roj: STS 5347/2014) señala que " el hecho que ha determinado un retraso tan notable en el cumplimiento de su obligación por parte del recurrente no puede atribuirse sin más y en general a la crisis inmobiliaria y financiera, pues ello determinaría que el retraso se extendiera de igual forma a todas las promociones, sino que ha de concretarse en circunstancias individuales como resultan ser en este caso -según se refleja en la sentencia de primera instancia- una falta de financiación particular que dio lugar a que no se pudiera hacer frente al pago por la promotora de la suma de

2.000.000 [...], que supuso la paralización de la obra [...]; situación que a la vista de los compromisos adquiridos no resultaba totalmente imprevisible para dicha promotora y que se desenvolvía en el ámbito propio del negocio emprendido". Por tanto, como vemos, nuestro Alto Tribunal destaca que, cuando se trate de un profesional que deba conocer las dificultades propias de su actividad, tendrá que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, de manera que, en caso de incumplimiento por causa inherente a su condición de empresario, no podrá trasladarse el riesgo empresarial a la otra parte y, por tanto, no procederá la aplicación de la cláusula *rebus* para la revisión, modificación o, en su caso, resolución del contrato.

2. Cuando las propias partes han previsto la imposibilidad de llevar a cabo el contrato en los términos previstos y han previsto las consecuencias del incumplimiento, por ejemplo, a través de una cláusula penal.

3. Cuando el contrato en sí mismo, por su propia naturaleza, sea aleatorio. En este sentido la Sentencia objeto de este comentario, esto es, la STS 9 enero 2019 (Roj: STS 13/2019) viene de decir que "Al no poder hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, no cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus*". Por tanto, cuando estemos ante contratos que, por su propia naturaleza, sean aleatorios, como por ejemplo en los contratos de notas estructuradas, no procederá la aplicación de la mencionada cláusula. De esta forma, también deberán excluirse aquellos riesgos que formen parte del aleas normal del contrato.

V. CONCLUSIÓN.

La STS 9 enero 2019 viene a confirmar la tendencia doctrinal establecida por el Tribunal Supremo que señala que la cláusula *rebus* no es aplicable a los contratos intrínsecamente aleatorios, en que la posibilidad de la modificación de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato está en su propia naturaleza.

Vistos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la aplicación de la figura, no cabe sino concluir que no podemos hablar, en el supuesto que nos ocupa, de que exista una alteración imprevisible y ello porque los bonos emitidos por el banco BBVA son notas estructuradas cuyo rendimiento final estaba referenciado a la evolución del valor patrimonial neto de un fondo subyacente, de manera que debido a la naturaleza aleatoria del contrato, dicha alteración se encontraba dentro de los riesgos normales derivados del mismo y, por tanto, se descarta la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

Por otro lado, desde mi punto de vista, la flexibilización con la que se viene aplicando la cláusula *rebus* como complemento del principio *pacta sunt servanda*, no justifica que la crisis económica que hemos sufrido de efectos profundos y duraderos sirva de fundamento para aplicar la citada figura, ya que no estamos ante un contrato donde la crisis económica podría suponer un hecho imprevisible a efectos de la aplicación de la cláusula.

Precisamente, el ánimo especulativo en este tipo de contratos es lo que elimina cualquier justificación imprevisible y ello es debido a que los compradores, en el momento de adquirir los bonos emitidos por el banco, eran plenamente conocedores de que la inversión que realizaban era de alto riesgo y podían perder la totalidad de lo invertido. Pero, por si fuera poco, como hemos dicho anteriormente, incluso en el caso de que tal riesgo no fuera inherente a la propia naturaleza del contrato, la simple determinación expresa por las partes de asumir y distribuir los riesgos derivados de tal operación, como era la posibilidad de perder la totalidad de los importes invertidos, excluiría la aplicación de la figura. Y ello, debido a que, la figura *rebus*, se debe aplicar, con carácter subsidiario, para modificar los contratos por alteración sobrevenida de las circunstancias que causen un desequilibrio entre las partes, con la finalidad de reajustar el equilibrio entre las mismas, a excepción de los casos en que hayan sido las propias partes las que, previendo tales riesgos, hayan distribuido expresamente la asunción de los mismos o, en los casos en los que la asunción de los riesgos es implícitamente asumida por las partes debido a la propia naturaleza aleatoria del contrato.



PANORAMA

**DERECHO FORAL VALENCIANO Y DERECHO CIVIL
VALENCIANO. REFLEXIONES PARA UNA RECUPERACIÓN Y
DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE NUESTRO DERECHO***

**VALENCIAN FORAL LAW AND VALENCIAN CIVIL LAW. REFLECTIONS
FOR A RECOVERY AND CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF OUR RIGHT**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 866-889

* Este trabajo se inscribe en el ámbito de actuación del Grupo Valenciano de Estudio del Derecho Privado Europeo (ref. GIUV2013-118), en el que la autora se encuentra integrada como miembro y cuyo objetivo se centra en el estudio e investigación sobre el Derecho Civil Valenciano (Derechocivilvalenciano.com) y el Derecho y las TICs (a través de la Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías) y, paralelamente, en desarrollar una línea innovadora de estudio del Derecho Privado Europeo y Comunitario, como tercer ámbito de especialización del grupo.



Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Mediante tres Sentencias dictadas en 2016, el Tribunal Constitucional declaró nulas otras tantas normas legales autonómicas por medio de las cuales la Generalitat Valenciana había iniciado la tarea de desarrollar la competencia que en materia de Derecho Civil le reconoce el Estatuto de Autonomía, según su redacción vigente que data de 2006. Frente a la indiscutible pobreza argumental y -por qué no decirlo- cuestionable trasfondo político de las resoluciones emanadas del TC, se han manifestado, no sin poderosa razón, de manera críticamente fundada autorizadas opiniones. No obstante ello, resulta preciso también reconocer las extralimitaciones en que incurrió el Gobierno autonómico valenciano legislador, también por razones de índole política, al desconsiderar la circunstancia de que el Derecho civil que se puede y se debe desarrollar por los Parlamentos autonómicos se limita a las instituciones que se encontraban vigentes cuando entró en vigor la Constitución de 1978. Y es que ésta se refiere a los derechos civiles forales o especiales “allí donde existan”, no “allí donde hayan existido alguna vez”. En todo caso, superada la fase de las críticas y los lamentos, es preciso plantearse cuáles son las perspectivas de futuro del Derecho Civil valenciano tras los pronunciamientos del TC, y abordarlas con resolución y eficacia.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil valenciano; atribución competencial; inconstitucionalidad.

ABSTRACT: *By means of three Judgments issued in 2016, the Constitutional Court declared null as many other autonomous legal norms by means of which the Generalitat Valenciana had begun the task of developing the competence that in the matter of Civil Law recognizes the Statute of Autonomy, according to its current wording dating from 2006. Faced with the indisputable argumental poverty and - why not say so - questionable political background of the resolutions emanating from the TC, they have manifested themselves, not without powerful reason, in a critically founded way authorized opinions. However, it is also necessary to recognize the extralimitations incurred by the Valencian Autonomous Government legislator, also for political reasons, when disregarding the circumstance that the civil law that can and should be developed by the autonomous parliaments is limited to institutions that were in force when the 1978 Constitution entered into force. And it refers to the civil or special civil rights “where they exist”, not “where they ever existed”. In any case, after the phase of criticism and regrets, it is necessary to consider what are the future perspectives of the Valencian Civil Law after the pronouncements of the TC, and address them with resolution and effectiveness.*

KEY WORDS: Valencian civil law; attribution; unconstitutionality.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. UNA MIRADA A LA HISTORIA. LA INJUSTA PÉRDIDA DEL DERECHO CIVIL VALENCIANO.- III. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LA POSTERIOR ACTIVIDAD LEGISLATIVA AUTONÓMICA VALENCIANA A PARTIR DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA APROBADO POR L.O. 1/2006, DE 10 DE ABRIL.- IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y POSIBILIDADES CONSTITUCIONALES PARA UNA PLENA RECUPERACIÓN DEL DERECHO CIVIL VALENCIANO.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

Mediante tres Sentencias dictadas en 2016, el Tribunal Constitucional declaró nulas otras tantas normas legales autonómicas por medio de las cuales la Generalitat Valenciana había iniciado la tarea de *desarrollar* la competencia que en materia de Derecho Civil le reconoce el Estatuto de Autonomía, según su redacción vigente que data de 2006¹. Así, la STC 82/2016², declaró la inconstitucionalidad de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial valenciano³; y, con posterioridad al dictado de esta primera resolución, se sucedió el de las SSTC 110/2016⁴ y 192/2016⁵ que, con mimética argumentación, anularon también en su conjunto, por contravenir nuestra Norma Fundamental, la Ley valenciana de parejas de hecho⁶ y la Ley reguladora de las relaciones entre progenitores no convivientes y sus hijos⁷, respectivamente.

Frente a la indiscutible pobreza argumental que se desprende de la escasísima extensión de la fundamentación jurídica y -por qué no decirlo- cuestionable trasfondo político de las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional, se han manifestado, no sin poderosa razón, de manera críticamente fundada

1 Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006.

2 STC 82/2016, de 28 de abril, rec. n° 9888-2007. BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016.

3 Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. DOGV núm. 5475, de 22 de marzo de 2007 y BOE núm. 95, de 20 de abril de 2007.

4 STC 110/2016, de 9 de junio, rec. n° 4522-2013. BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016.

5 STC 192/2016, de 16 de noviembre, rec. n° 3859-2011. BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2016.

6 Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. DOGV núm. 6884, de 18 de octubre de 2012 y BOE núm. 268, de 07 de noviembre de 2012.

7 Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. DOGV núm. 6495, de 5 de abril de 2011 y BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia n° 4 de Castellón, Profesora Titular de Derecho civil (excedente), profesora Asociada de Derecho Civil, Universitat de València, Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

autorizadas opiniones⁸. No obstante ello, resulta preciso también reconocer las extralimitaciones en que incurrió el Gobierno autonómico valenciano legislador, también por razones de índole política, al desconsiderar la circunstancia de que el “Derecho civil que se puede y se debe desarrollar por los Parlamentos autonómicos se limita a las instituciones que se encontraban vigentes cuando entró en vigor la Constitución de 1978. Y es que ésta se refiere a los derechos civiles forales o especiales “allí donde existan”, no “allí donde hayan existido alguna vez”⁹. Con todo, ello no impide asimismo apreciar la sorprendente circunstancia de que la Comunidad Autónoma de Cataluña mantenga actualmente un Código Civil normativamente integrado por instituciones que históricamente no formaban parte del Derecho vigente en su territorio al tiempo de promulgarse la Constitución, como también que, parafraseando al Tribunal Constitucional, ni en dicho “acervo normativo o consuetudinario” previo ni en “otra institución civil diferente a la regulada pero conexas con ella” se localizara en dicho momento histórico normas relativas a las clases de posesión, o al derecho de retención, entre otras muchas más¹⁰. Sin duda, el agravio comparativo está servido, y habrá que esperar a ver en qué términos se pronunciará el máximo intérprete de la Constitución en el supuesto de que se le plantee un recurso en parecidos términos.

En todo caso, superada la fase de las críticas y los lamentos, es preciso plantearse cuáles son las perspectivas de futuro del Derecho Civil valenciano tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y abordarlas con resolución y eficacia.

II. UNA MIRADA A LA HISTORIA. LA INJUSTA PÉRDIDA DEL DERECHO CIVIL VALENCIANO.

La abolición de *Les Furs*, en el concreto marco político en que la misma se consuma y con el trasfondo histórico que pretendidamente la justifica, constituye un hecho verificado que, con proyección discriminatoria respecto de otros territorios forales, ha venido condicionando negativamente la posibilidad de recuperación del Derecho civil propio de Valencia tras la publicación de la Constitución de 1978, por cuanto que la derogación mediante el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707 del Derecho Civil valenciano, asociada a la supresión de los órganos

8 Cfr., por todos, PALAO GIL, F. J.: “We cannot turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y derecho civil valenciano”, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, 31, pp. 163-216; BLASCO GASCÓ, F. de P.: *El dret civil i l'autogovern valencià, Anuari de l'agrupació Borrianenca de cultura*, 2019, 30, pp. 89-95; y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *¿Qué es lo que queda del Derecho Civil Valenciano en materia de Familia?*, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, pp. 111-162.

9 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “¿Por qué Cataluña puede y Valencia no?”, *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, 2016, pp. 22-25.

10 En este contexto conviene tener en cuenta que el Estatuto catalán reserva a la concreción del legislador autonómico incluso la definición del concepto de “consumidor” (y, por cierto, también el de “consumidora”, según la extendida costumbre que desatiende la norma gramatical castellana que consagra el uso del genérico).

legislativos que lo producían no permite dar más respuesta que la negativa a la exigencia constitucional del “*allí donde existan*”, pues al tiempo de la entrada en vigor de la CE en Valencia no existía un Derecho foral codificado, pudiéndose constatar únicamente la vigencia de un Derecho consuetudinario, más adelante positivizado mediante la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos¹¹ que ya fue objeto de consideración por parte de la STC 121/1992, de 28 de septiembre¹². Es por lo que resulta imprescindible, en el contexto que ahora nos ocupa, y a los efectos de potenciar el relieve y trascendencia que debe otorgarse a lo que no fue sino una innegable injusticia histórica, realizar una escueta mención a la relevancia que *Els Furs* tuvieron como norma de progresiva

- 11 Promulgada por la Generalidad Valenciana bajo la cobertura de la competencia exclusiva en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano, que constaba declarada, en el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad, aprobado, a su vez, por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio. Al respecto, sobre la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos, la STSJ Comunidad Valenciana 11 mayo 1998 (RAJ 1998, 5218), vino a declarar que “el hoy denominado Arrendamiento Histórico Valenciano es una institución de origen contractual reflejo de una especial forma de cultivo de las tierras agrícolas de la región valenciana que ha venido perdurando en el tiempo y rigiéndose por normas consuetudinarias que se han mantenido, no obstante la derogación de los Fueros Valencianos por Felipe V tras la batalla de Almansa, mediante los Decretos de Nueva Planta y, en concreto, por el Decreto 29 junio 1707, costumbres que son vestigios enraizados en aquella legislación derogada, que pese a su abolición ha subsistido como una forma peculiar de empresa o explotación agrícola de tierras que en sus inicios u orígenes pertenecían a señorios, vinculaciones o mayorazgos o que eran bienes nacionales consistentes en el arrendamiento o dominio directo de determinadas fincas que posteriormente en la época de la desamortización fueron adquiridas mediante venta en subasta pública”.
- 12 En efecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos vino a declarar lo siguiente: “El artículo 149-1-8.ª CE atribuye a las instituciones generales del Estado competencia exclusiva sobre la ‘legislación civil’, sin perjuicio —añade el precepto, en lo que ahora importa— ‘de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan’. El amplio enunciado de esta última salvedad (‘Derechos civiles forales o especiales’) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto constitucional es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31-2 del EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la ‘conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano’ no puede estimarse sino referida al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común (...) Sin perjuicio de las observaciones y matizaciones que después de harán, no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostente competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado artículo 149-1-8.ª de la Constitución y que se configura en el art. 31-2 del EACV...”. En consecuencia, el TC reconoce la competencia de la Generalidad Valenciana en materia de Derecho civil, aunque limitadamente, en concreto, tan sólo a las instituciones consuetudinarias vigentes a la entrada en vigor de la CE. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional vino a asumir, sin adicional esfuerzo argumentativo, la fundamentación vertida en su recurso por la Abogacía del Estado, que irremediablemente conducía a la conclusión de que la Generalidad Valenciana, al legislar sobre una figura propia de Derecho consuetudinario asumía con sus propios actos los límites de su exclusivo ámbito competencial, consecuencia a todas luces engañosa, pues el propio Ejecutivo valenciano en sus alegaciones presentadas al recurso manifestó la ampliación del título competencial que asentaba en el ya mencionado art. 31.2 del originario Estatuto de Autonomía en un claro intento por poner de manifiesto, una vez más, la facultad que le asistía para desarrollar su Derecho Civil propio. Ofrece un análisis crítico de la STC 121/1992, de 28 de septiembre DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: “Reflexiones jurídicas sobre la competencia legislativa civil de la Generalitat Valenciana”, con ocasión de la jornada del 14 de noviembre de 2017 en el Decanato autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en AA.VV.: *El Derecho Civil Foral Valenciano: por qué y para qué*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 39-53.

actualización, vigente durante cinco siglos en el territorio del Reino de Valencia, y a la consecuencia que proyectó sobre los mismos tan significativo acontecimiento histórico.

Cabría comenzar señalando que es durante el siglo XIII cuando se produce la expansión de la Corona de Aragón a través de la conquista de los territorios de Mallorca y de Valencia. *Els Furs de València*, o Fueros de la Ciudad y Reino de Valencia, están integrados por el conjunto de normas por las que se rigió el Reino de Valencia desde el año 1261, fecha en que el rey Jaime I, fundador del Reino, los juró y promulgó en una reunión de las Cortes del Reino de Valencia, y hasta 1707, en que fueron abolidos por el Decreto de Nueva Planta, dictado por el rey Felipe V en el contexto de la Guerra de Sucesión¹³.

Con carácter general y sin que resulte necesario a los efectos del presente trabajo realizar ulteriores precisiones, se conviene en que la primera redacción de *Els Furs* bien podría situarse en torno a 1239, año siguiente al de la conquista de Valencia, siendo la misma por iniciativa del propio rey Jaime I, y recibiendo el nombre de *Costum*, que resultó redactada inicialmente en latín y, en un primer momento, aplicable exclusivamente a la ciudad de Valencia, si bien en ocasiones la denominada *Costum* se invoca con referencia a las normas por las que se rige el Reino de Valencia con anterioridad a 1261, fecha en que, como ya apunté, el rey Jaime I la jura con la denominación de *Els Furs*, aunque la documentación conservada acredita que con anterioridad a esa data se la denomina indistintamente con las formas “fueros”, “costumbres” e incluso alguna más¹⁴. En todo caso, mediante la promulgación de la *Costum* por parte de, rey Jaime I en 1239 se sancionaba la existencia legal del nuevo Reino con un marco jurídico y legislativo propio, poniendo fin de este modo a la diversidad de fueros y *costums* de los primeros años de la conquista. En el señalado contexto histórico, es de hacer constar que los señores aragoneses aplicaban en sus nuevos dominios valencianos el Fuero de Zaragoza -incluso el propio rey Jaime I llegó a aplicarlo a la primera ciudad que conquistó, que fue Burriana-, en tanto que las órdenes militares optaban por la aplicación de la *Costum* de Lleida, y los mudéjares se regían por la ley islámica¹⁵. Al parecer, el primer *Costum* fue promulgado por el rey Jaime I el 21 de marzo de 1238, en Játiva, confiriendo a la ciudad jueces civiles y criminales, así como la *Cambra dels Jurats de València*, siendo en fecha 21 de mayo de 1239 cuando

13 Así, podríamos señalar que el Derecho Foral valenciano es el ordenamiento jurídico del Reino de Valencia que estuvo vigente desde el siglo XIII y hasta su derogación por parte del rey Felipe V en 1707, expresada como una suerte de represalia hacia los valencianos por haber apoyado -en sensible mayoría- a su contrincante, derrotado en la confrontación que les enfrentó en la aspiración a la corona, después de la batalla de Almansa, librada el 25 de abril, cuando el monarca vencedor sancionó a quienes consideró traidores a su causa con la abolición de su Derecho Foral. Al respecto, cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Prospectiva del Derecho Foral valenciano*, UPV, Valencia, 2011.

14 GARCÍA EDO, V.: “La redacción y promulgación de la *Costum* de Valencia”, *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 26 (2), 1996, pp. 713-728.

15 FURIÓ, A.: *Història del País Valencià*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1995, pp. 68-69.

aparece el primer privilegio en el que se habla del Curia de València, por el que se le concede un lugar para la ubicación de su tribunal. Y el 29 de diciembre de 1239 el rey Jaime I concede a Valencia el Justicia. En todo caso, el texto de la *Costum*, redactado en latín, aprovechaba elementos del Derecho local catalán (la *Costum* de Lérida), del Derecho feudal (*Usatges* de Barcelona y *Liber Iudiciorum*) y, sobre todo, del Derecho romano (*Corpus iuris civilis*), recuperado por los juristas de la época, particularmente los de Bolonia, y mucho más favorable al monarca. Y como el nuevo código consagraba el poder de la Corona y las aspiraciones de las nuevas élites de las ciudades en detrimento de la preponderancia tradicional de la nobleza, ésta se opuso a la aplicación del *Costum* de Valencia a todo el Reino, defendiendo la aplicación de los fueros aragoneses -incluso el propio rey los aplicó a las nuevas poblaciones de Vinaroz y Villafamés-¹⁶.

Al parecer, fue en torno a 1251 cuando, con inspiración en la denominación de los Fueros de Aragón, compilados cuatro años antes, se comenzó a mencionar a los *Costums* valencianos como Fueros, después de dictada una Orden Real para recoger todas las normas que habían sido promulgadas en los primeros años de la Valencia cristiana. En esa fecha el rey Jaime I ordenó que los jueces se atuviesen a los "Fueros". Por otra parte, durante algún tiempo las *Costums* venían a depender de la voluntad del monarca que las había promulgado y, por consiguiente, podían ser revocadas por éste. La ciudad de Valencia y algunas villas trataron de obtener su irrevocabilidad, a cuyo efecto se solicitó que el rey jurase los fueros, lo que sucedió finalmente el 7 de abril de 1261, fecha en que Jaime I juró en Valencia, ante las Cortes del Reino de Valencia, los Fueros de Valencia. Y precisamente cuatro días más tarde el monarca promulgó un privilegio al nuevo Reino, mediante el cual todos los sucesores del monarca también tenían que jurarlos en Valencia antes de que se cumpliera el mes de su reinado. Esta supeditación del Rey a los Fueros supuso la constitución del Reino de Valencia como estado soberano. El privilegio otorgado por el rey Conquistador, por el que el monarca quedaba obligado por él y por sus descendientes a jurar *Els Furs* de Valencia inmediatamente después de iniciar su reinado, y a convocar a Les Corts en el plazo de un mes, encuentra fundamento como compensación a la necesidad de recaudar dinero que afectaba al monarca, y que resultó sufragada en buena parte por la ciudad de Valencia y también por los sitios y villas de su Huerta¹⁷.

En esas primeras Cortes del Reino de Valencia, celebradas en 1261 -a las que al parecer no asistieron las villas reales más importantes del Reino en aquella época, como eran, entre alguna otra, Morella, Burriana, Morverdre (Sagunto), Alcira y Játiva-, el rey Jaime I extendió la *Costum* de Valencia, denominada a partir

16 FURIÓ, A.: *Història*, cit.

17 Cfr. NARBONA, R., MUÑOZ, R., y CRUSELLES, E.: *Las instituciones* (M. CERDA), Historia del pueblo valenciano Valencia, 1988, p. 272.

de entonces *Furs de València*, a todo el Reino. Y también en estas Cortes el texto legal resultó traducido al romance, con el propósito de facilitar su comprensión, mutando su denominación original de *Costum*, propia de la tradición catalana, por la de *Els Furs*, más próxima a la terminología aragonesa¹⁸. Ello se debió muy posiblemente a la voluntad de contrarrestar la influencia de los Fueros de Aragón, compilados en 1247 en Huesca, que amenazaban con extenderse a las poblaciones valencianas regidas por los diversos fueros aragoneses. De hecho, en Valencia una buena parte de la nobleza persistía aferrada a la vigencia del Derecho aragonés y se oponía firmemente a la extensión territorial del código valenciano. Pero a pesar de las resistencias nobiliarias, *Els Furs* de Valencia, fijados definitivamente en 1271, acabarían extendiéndose por todo el Reino¹⁹.

Junto con *Els Furs* el ordenamiento jurídico valenciano se completaba con los *privilegis*, promulgados directamente por el soberano por propia iniciativa o por petición de parte, y por los *actes de corts*, que eran acuerdos alcanzados en las Corts entre la Corona y uno o dos de los brazos -no con los tres, cuyos acuerdos constituían *Els Furs* propiamente dichos²⁰-.

En 1271 el monarca se obligó a no modificar *Els Furs* en el futuro sin el consentimiento de las Corts, con lo quedó sancionado que las leyes del Reino de Valencia eran el resultado del acuerdo entre el rey y las élites del Reino representadas en las Corts, y no podían ser revocadas sin el consentimiento de las dos partes. De esta manera resultaba concedida carta de naturaleza al pactismo, que también caracterizó las relaciones entre el soberano y sus vasallos en el resto de estados de la Corona de Aragón, incluso después de su unión dinástica con la Corona de Castilla, lo que finalmente determinó el nacimiento de la Monarquía Hispánica²¹.

Como muestra del interés de, rey Jaime I en los Fueros, en 1270 el monarca volvió a ordenar a los jueces que no se atuviesen a los Decretos sino a los Fueros. Y en 1271 volvió a confirmar los Fueros intentando dejar clara su voluntad de consolidación del nuevo régimen. Asimismo, un acontecimiento relevante para la consolidación de los fueros fue el Decreto por el que el rey Pedro III, hijo de Jaime I, también juró los Fueros en 1277, al año de su coronación. Si bien tuvo también una relevancia destacada la circunstancia de que el rey Pedro III resultara excomulgado, pues este hecho aparejaba la potestad de los Reinos de romper el

18 Cf. SANTOYO, J.C.: *La traducción en el ámbito de la cultura castellana. Historia de la traducción en España*, Madrid, 2004, p. 76; y PESET REIG, M.: *Furs de Valencia: su sentido y vigencia. En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Valencia, 1989, pp. 361-378.

19 FURIÓ, A.: *Història*, cit., pp. 69-70.

20 FURIÓ, A.: *Història*., cit., p. 67. También se incorpora a esta legislación, (o al menos no se deroga) un tribunal de origen romano y consolidado por los musulmanes, el Tribunal de las Aguas de Valencia.

21 FURIÓ, A.: *Història*, cit.

tributo de vasallaje, circunstancia que resultó aprovechada por Cataluña y Aragón, pero muy singularmente por Valencia, para reforzar sus fueros y privilegios. Y así, a partir de 1283, en virtud del *Privilegium Magnum*, resultó que el rey no podía imponer nuevos impuestos sin la aprobación de las Cortes. Y, además, en Valencia le fue otorgada al monarca la potestad de nombrar cónsules. En el año 1283 el rey Pedro III autoriza la instalación del Consulado del Mar de Valencia, que fue el primero de España.

Con el tiempo, a pesar de la oposición de parte de la nobleza a los fueros de Valencia y ante el riesgo de que el resto del territorio se pudiesen aplicar los fueros de Aragón, la corona y las Cortes Valencianas fueron consolidando poco a poco *Els Furs* de Valencia como normas aplicables a todo el territorio del Reino. De hecho, en las Cortes de 1329, las ciudades de Burriana y Villarreal aceptaron los Fueros de Valencia y se incorporaron a las Cortes Valencianas, pues hasta aquel momento habían estado sometidas a los fueros aragoneses.

En 1333 el rey Alfonso IV de Aragón, bajo la influencia de su segunda esposa, Leonor, donó los señoríos de Játiva, Alcira, Morvedre (Sagunto), Alicante, Morella, Castellón de la Plana y Burriana al infante Fernando, (hijo de Leonor). Con esta actuación el monarca infringía una promesa realizada ante las Cortes en los años 1329 y 1330, lo que provocó un enfrentamiento entre una parte de la nobleza que apoyaba la medida y otra sección que, junto con el pueblo llano, reaccionó contra ella y en favor y defensa de los Fueros. En estas circunstancias, el *Jurat en cap* de Valencia, Francisco de Vinatea, se entrevistó repetidas veces con el Rey y su esposa hasta que consiguió la anulación de la donación, con la consecuente irritación de la madre del donatario, pero poniendo fin al conflicto y a los disturbios civiles que estaba se habían suscitado.

Como consecuencia del apoyo prestado a su contrincante, tras su victoria sobre el Archiduque Carlos de Austria en la Guerra de Sucesión Española, en 1707 el primer rey borbón de España, Felipe V, promulgó el Decreto de Nueva Planta por el que se abolió el sistema legislativo y político valenciano. Según esta disposición, los funcionarios resultarían nombrados por el rey y el valenciano resultó prohibido como lengua de la administración, de la enseñanza y de la predicación. A los efectos de determinar el alcance de la señalada derogación, baste la reproducción del siguiente extracto del Decreto de Nueva Planta dictado por el rey Felipe V en 29 de junio de 1707, que resulta del tenor siguiente: “Considerando haber perdido los Reinos de Aragón y de Valencia, y todos sus habitantes por el rebelión que cometieron, [...] y tocándome el dominio absoluto de los referidos reinos [...], pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis Armas con el motivo de su rebelión;[...] He

juzgado conveniente (así por esto como por mi deseo de reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observadas en los referidos reinos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad, que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla, y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada [...]”²². La injusticia, de consecuencias entonces insospechadas, estaba servida²³.

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LA POSTERIOR ACTIVIDAD LEGISLATIVA AUTONÓMICA VALENCIANA A PARTIR DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA APROBADO POR LA LO 1/2006, DE 10 DE ABRIL

Constituye dato normativo de ineludible consideración y necesario punto de partida en la cuestión que nos ocupa el art. 149.1. 8ª CE que prescribe que las Comunidades Autónomas en las que exista Derecho civil foral, podrán proceder a su “conservación, modificación y desarrollo”. Sin duda, se trata de nuestra previsión básica y esencial acerca de las competencias normativas en materia de Derecho Civil, por contener el germen de la distribución competencial en este ámbito²⁴

22 Real Decreto de Felipe V, de 29 de junio de 1707, Nueva recopilación, autos, 3,2,3, Novísima Recopilación, autos, 3, 3 I.

23 Ciertamente, la pretendida deslealtad, o traición, de la mayoría de los valencianos no fue sino una burda excusa que permitió al monarca complacerse en el ejercicio de su derecho de conquista y saciar, al tiempo, sus ansias de poder, toda vez que si bien es cierto que un amplio sector de la valencianía (*maulets*) se posicionó a favor de su contrincante, no lo es menos que un abundante grupo de valencianos apoyaron a Felipe V (*botiflers*). Pero todos ellos resultaron sancionados por igual. Como ha precisado CHIRIVELLA VILA, J.R.: *El Estatuto valenciano es inconstitucional: es urgente la reforma de la Constitución*, en “Valencia Plaza”, 6 de diciembre de 2016, en la Guerra de Sucesión a la corona todos los de Valencia “tuvimos mala suerte, porque botiflers (que los hubo) y maulets, todos valencianos, perdimos nuestros fueros”.

24 No obstante ello, por un sector doctrinal se vincula la previsión constitucional residienciada en el art. 149.1.8ª CE y en su precisa mención a los “derechos civiles, forales o especiales”, con el contenido de la D.A 1ª de la Norma Fundamental que se refiere a “los derechos históricos de los territorios forales” que la Constitución “ampara” y “respete” y cuya actualización debe llevarse a cabo, en su caso, “en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, pretendiendo la existencia de una relación entre ésta última disposición y la determinación competencial autonómica en materia de Derecho Civil. Desde la anterior consideración se defiende la existencia de una conexión material entre ambas normas y se concluye que la última de las mencionadas resulta también aplicable al Derecho Civil emanado de los órganos legislativos autonómicos, con el claro propósito de recuperar un sustrato normativo civil ya derogado (cfr., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 321 y 335; y DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil*, Valencia, 2004, p. 166). Frente a esta posición se alza la de quienes niegan la vinculación material entre ambas normas por entender que la única previsión constitucional en sede de atribución competencial en la materia de Derecho Civil es la que se contiene en el art. 149.1.8ª CE, que se refiere claramente a la foralidad civil -por tanto, jurídico-privada- de los territorios en los que existiera al tiempo de la promulgación del texto constitucional, en tanto que la D.A.1ª CE se ocupa de la foralidad en su vertiente jurídico-pública, en una clara y evidente alusión a las Comunidades Autónomas de Navarra y del País Vasco (cfr., por todos, DE ELIZALDE Y AYMERICH, P.: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, en AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Madrid, 1979, pp. 723 y ss.; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E: “Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (I)”, *Boletín de Información del Ministerio*

y constituir, además, el núcleo de todas críticas que la cuestión de su tenor y contenido suscita²⁵. Como ya señalé, en principio, la declaración constitucional ampara indubitadamente que la Comunidad Valenciana pueda legislar con el propósito de preservar su Derecho consuetudinario vigente en el momento de la promulgación de la Ley Fundamental, toda vez que, al tiempo de la aprobación del texto constitucional, no existía Derecho foral escrito vigente ya que el mismo, como ha quedado expuesto, resultó derogado por Felipe V mediante el Decreto de 29 de junio de 1707.

Desde esta última consideración bien podríamos indicar que el punto de partida de la controversia posterior que se suscita en nuestra Comunidad Autónoma localiza ya una primera referencia en la Exposición de Motivos del Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana que finalmente resultó aprobado mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en cuyo texto se declara lo siguiente: "... es necesario que a través de la recuperación de los Fueros del Reino de Valencia recupere también nuestra Comunidad la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707". Esta declaración, que pasa en esencia al texto del nuevo Estatuto de 2006²⁶, obviamente no se podía vincular con la existencia de un Derecho Civil, ya escrito o ya consuetudinario, vigente, pues tal normativa no se encontraba en vigor al tiempo de promulgarse la Constitución en 1978²⁷. Y es que esta previsión estatutaria se aparta de la constitucionalmente consagrada en orden a la "conservación, modificación y desarrollo" de los Derechos civiles o forales "allí donde existan". Lo que en 2006 el legislador valenciano plantea es una "recuperación" de unas normas que estaban derogadas desde hacía más de trescientos años: *Els Furs* que, como ya he explicado, después de la conquista de Valencia protagonizada por el Rey Jaime I, les fueron concedidos en 1261 inicialmente a la ciudad para después extenderse

de Justicia, 1727, Madrid, 1994, p. 104 y ss.; VIDAL MARTÍNEZ, J.: "Reflexiones en torno al artículo 149.1. 8º de la Constitución", *Documentación Jurídica*, núm. 29.32, 1981, p. 284; y, últimamente, DURBAN MARTÍN, I.: *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 39-40.).

- 25 Y es que, como señala EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª A.: *Conexión constitucional necesaria: "desarrollo" de los derechos civiles propios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, julio-diciembre (2018), p. 49, no obstante "el tiempo transcurrido y la existencia de un núcleo asentado de jurisprudencia constitucional, que ha definido el alcance de la competencia legislativa civil que reconoce el art. 149.1.8º CE, no se ha logrado que las actuaciones de los legisladores autonómicos sobre legislación civil sean un tema pacífico y ofrezcan unos contornos previsibles y ciertos". Y en las páginas posteriores de este estudio la autora realiza un análisis pormenorizado de los más destacados pronunciamientos del TC en orden a la concreción de la dimensión y alcance de la referida norma competencial.
- 26 Sometido ya al filtro del TC por la STC 247/2007 -también por la STC 249/2007- resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón frente al art. 20 del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
- 27 A pesar de ello, el art. 7 del Estatuto de Autonomía de 2006 ordena que "el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana".

a todo el ámbito territorial del Reino. No obstante lo cual, en el Preámbulo de la Ley 10/2007 de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano²⁸, primera de las normas que por el Gobierno valenciano se dicta al amparo del título competencial atribuido por el nuevo Estatuto, se expresa que, mediante su aprobación no se pretende reimplantar la vigencia de la dote ni del principio de la subordinación de la mujer al marido, sino que de lo que se trata es de recuperar “lo constitucionalmente impecable”, desatendiendo la circunstancia de que el Derecho matrimonial contenido en *Els Furs*, precisamente se encuentra basado en los ejes de la vigencia de la institución dotal y del criterio de la subordinación de la esposa al marido, por lo que difícilmente puede predicarse del mismo la cualidad de ser “constitucionalmente impecable”.

Es verdad que tradicionalmente en España la reivindicación de los Derechos históricos frente a la uniformidad legislativa ha constituido el telón de fondo de nuestra historia política que ha mantenido enfrentados, con diferente intensidad, según regiones, a “nacionalistas” y “centralistas”. No hay que olvidar que, en el ámbito civil singularmente, la denominada “cuestión foral” determinó, durante casi un siglo, un claro freno a la codificación²⁹. La Constitución de 1978, desde la indisoluble unidad de la nación, “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran” (art. 2), en cuyo ejercicio “las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas” con arreglo a lo previsto en el propio texto constitucional (*cfr.* Título VIII de la Constitución) y en los respectivos Estatutos (art. 143.1). Por su parte, como ya quedó señalado, el artículo 149.1.8ª atribuye al Estado competencia exclusiva sobre legislación civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, superando la fórmula del “pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes”, contenida en el art. 13 CC que, no obstante, ya presentó la materia foral como cuestión resuelta frente al planteamiento de la misma, como cuestión aplazada, que se contenía en el art. 12 del mismo Código anterior a la reforma del Título Preliminar operada por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por cuya virtud “las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad”. Y

28 Norma, por cierto, impulsada por el grupo parlamentario popular, que por aquél entonces integraba el poder ejecutivo autonómico, no mediante el expediente usual de la tramitación originada a partir de la presentación por parte del Gobierno de la Generalitat Valenciana a las Cortes Valencianas de un Proyecto de Ley, sino mediante una Proposición de Ley presentada por el referido grupo parlamentario con el evidente propósito de obviar los preceptivos informes previos de la llamada comisión de expertos.

29 Impulso codificador constitucionalmente alentado de manera esencial desde la Constitución de Cádiz de 1812 en cuyo art. 258 ya se declaraba: “El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

sabido es que la posterior política de los Apéndices únicamente fructificó en el de Aragón, resultando que la posterior previsión de las Compilaciones (1959-1973) no alcanzó a Valencia.

Precisamente en Valencia, el tantas veces mencionado Decreto de 29 de junio de 1707 supuso la extinción del Derecho valenciano, con todas sus instituciones públicas y privadas, así como la supresión de las estructuras administrativas, políticas y judiciales, sin que ningún esfuerzo para su devolución intentado ante el monarca Felipe V prosperara, probablemente debido a la escasa presión realizada por los estamentos dominantes, a diferencia de lo que sucedió con Aragón, Cataluña y Mallorca que, al menos, consiguieron la devolución de su Derecho privado.

Considerado lo anterior, sin duda, la recuperación del Derecho foral por parte del poder político constituye una aspiración legítima y plausible y, desde esta perspectiva, la Generalitat Valenciana nos presentaba hace doce años la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, cuya importancia material de entrada resultaba históricamente indiscutible, habida cuenta de la singularidad de la materia matrimonial por cuanto que, muy especialmente durante la etapa de vigencia del Derecho foral valenciano, y a pesar de su regulación fragmentaria, el matrimonio era socialmente contemplado como un procedimiento usual de afianzamiento o mejora estamental. Ahora bien, como ya tuve ocasión de señalar en su momento³⁰, en ningún caso la más legítima intención de rescate de instituciones forales justifica un ejercicio competencial meramente formal. Y, en mi opinión, tal es la circunstancia real que determinó el nacimiento de esta Ley. En efecto, en el propio Preámbulo o Exposición de Motivos de la misma el legislador destaca que “la regulación foral del régimen económico matrimonial giraba en torno a dos ideas básicas, que eran, por una parte, la subordinación de la mujer al marido, a quien competía, fundamentalmente, la responsabilidad económica del matrimonio y de la familia, y de otro, el régimen dotal con su significado foral” (E.M Ley 10/2007, párr. 2º), aspectos (singularmente el primero) absolutamente incompatibles con nuestros principios constitucionales (*cfr.* art. 14 CE), como la propia Exposición de Motivos señala, lo que exige que “el ejercicio de la competencia legislativa en materia de Derecho foral civil que el art. 49.1.2ª del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana atribuye en exclusiva a la Generalitat, se lleve a cabo partiendo de la existencia en nuestra legislación foral de una normativa sobre régimen económico matrimonial valenciano, *salvando de él lo constitucionalmente impecable, adaptándolo a las necesidades de nuestra sociedad y reordenándolo a fin de que no pierda la necesaria armonía interna como consecuencia del filtrado constitucional de lo que fuera el régimen económico del matrimonio valenciano en nuestro Derecho foral*” (E.M Ley 10/2007, párr. 5º, cursiva por mí).

30 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: Breve revisión crítica de la ley de régimen económico matrimonial valenciano, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 26, 2008, pp. 9-10.

Pero si, como ya he señalado, resulta que el régimen económico matrimonial foral se basaba en la subordinación de la mujer al marido y en las convenciones dotales, de evidente tacha inconstitucional, cabe preguntarse ya de entrada qué es lo “constitucionalmente impecable” para el legislador autonómico y en qué medida la Ley 10/2007 se presentó como abanderada real de la recuperación del Derecho foral valenciano. En tal sentido el propio legislador reconocía que, “por las razones aludidas”, *“el ejercicio de la competencia estatutaria en esta materia dará lugar a una normativa necesariamente diferente de la que estuviera vigente en nuestra época foral, pero reconocible en ella a través de instituciones como la carta de nupcias, las donaciones por razón de matrimonio, la libertad de pactos en cuanto al régimen económico matrimonial, la adopción del régimen de separación de bienes como régimen matrimonial supletorio o la germanía”* (E.M, párr. 6º, cursiva por mí). Evidentemente legislar por legislar nunca resulta justificado. Es por lo que, a la vista de la norma ahora considerada la conclusión que en su momento ya me permití anticipar, a mi juicio, resultaba clara: nos hallamos ante una Ley innecesaria que, además, no supuso la recuperación del Derecho civil valenciano. La Ley era innecesaria porque, la consagración del principio de libertad de pactos como fundamento del sistema económico matrimonial (en sus numerosas manifestaciones: carta de nupcias, donaciones por razón del matrimonio, la germanía como régimen voluntario, la valoración del trabajo doméstico como contribución a las cargas del matrimonio...), convertía a la mayoría de sus disposiciones en manifiestamente prescindibles, pues idéntico resultado podía obtenerse por aplicación de las ya establecidas en el Código Civil, cuyo contenido la norma autonómica repetía hasta llegar en algunos supuestos, como ya tuve ocasión de exponer, a extremos de mimetismo injustificable. La Ley no suponía la recuperación del Derecho civil valenciano, pues las instituciones supuestamente recuperadas no eran las genuinas que regían en la Valencia foral (así, no era el régimen propio foral el de separación de bienes sino más precisamente el dotal romano, como modalidad de aquél), otras que sí lo eran no aparecían recogidas (como sucede, inexplicablemente a tenor del celo, tantas veces manifestado, del legislador por recuperar el Derecho histórico, con las arras o esponsales³¹, que sí recogían los Fueros y que, sin embargo, el texto de la Ley ni menciona; o, más explícitamente, con la dote o “eixovar”, eliminada sorpresivamente del Proyecto, o el “creix”, ambos de inconcebible cabida en la norma, por no resistir mínimamente el contraste constitucional) y, cuando intentaban serlo, no respondían a exigencia social alguna (como sucede con la germanía, cuya regulación, por tratarse de un régimen voluntario, se manifiesta innecesaria en el contexto de un sistema fundado en el principio de libertad de pactos, y cuya eficacia práctica conviene cuestionar, habida cuenta de la inconveniencia que, en todo caso, supone la consecuencia

31 Cfr. *Furs de València, Fuero de Jaime I, LXXVIII: De arres e d'esposalles*, edición facsímil a cargo de de Remedios Ferrero Micó, Ceremonial Ediciones, Valencia 2006, p. 106.

adicional de esa inconcreta declarada afección especial del bien agermanado en orden a su libre circulación económica).

En definitiva, en mi opinión, la valoración general de la Ley 10/2007 conducía a considerar que nos encontrábamos ante un claro ejemplo de arbitrario -por inmotivado- ejercicio de la competencia legislativa en materia civil, explicable sólo desde un planteamiento formalista, exacerbado por la recuperación foral a toda costa, así como injustificado e injustificable desde su aplicabilidad práctica consecuente del análisis del fundamento de una norma que nada resolvía y, sin embargo, mucho complicaba, ya que, entre otros aspectos, en tanto no resultara aprobada una regulación concordante del Derecho Sucesorio “valenciano”³², la implantación como régimen legal supletorio del régimen de separación de bienes únicamente iba a operar en detrimento de la situación del cónyuge superviviente “valenciano” que iba a ver cómo le seguía siendo de aplicación la cuota legitimaria del viudo establecida por el Código Civil (de un tercio en usufructo, salvo conmutación, *cfr.* arts. 834 a 840 del CC), al tiempo que no se iba a beneficiar de la atribución de la mitad de los bienes que le corresponderían a la muerte del consorte en la liquidación del régimen de gananciales, que es el régimen legalmente previsto en defecto de pacto en contrario por el Código Civil y cuya armonía con la cuota legitimaria viudal justificaba, en el ámbito del Derecho común, la escasa entidad económica de la misma.

A la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano le sucedió, con semejantes propósitos y fundamentos competenciales, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, que han seguido la misma suerte, resultando abocadas a la declaración de nulidad en su conjunto al ser tachadas de inconstitucionalidad.

Sin entrar ahora a considerar la innegable lectura política que permite cuestionar la interposición del recurso de constitucionalidad y sus consecuencias³³, lo cierto es que la reacción (provocada) del Tribunal Constitucional ante los recursos planteados no se hizo esperar a través de las tres sentencias ya identificadas al comienzo de este trabajo. En concreto se trata de las SSTC 82/2016, de 28 de abril por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de

32 Sobre la previsión legislativa de una norma sucesoria valenciana, cuyo anteproyecto data ya de julio de 2009, en breve podrá consultarse el estudio de ESTRUCH ESTRUCH, J.: “Propuesta de regulación de la sucesión intestada para un Derecho Civil valenciano”, en *Un Dret Civil Valencià possible*, Tirant Lo Blanch (en prensa).

33 *Cfr.*, al respecto, con precisa referencia a la Ley 10/2007, MÁS BADÍA, M^a D.: “Luces y sombras de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad”, *Revista electrónica de Derecho Civil Valenciano*, núm., 19, primer semestre de 2016.

20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; 110 /2016, de 9 de junio que resuelve el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana; y, por último, la Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En todas estas resoluciones el Tribunal Constitucional sostiene una interpretación sin duda reduccionista del art. 149.1.8ª CE, no tanto en lo referente al ámbito competencial que en el mismo resulta acotado sino más bien en lo atinente a sus destinatarios, hermenéutica que se enfrenta con la argumentación contenida en el voto particular emitido por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Seguidamente me limito a señalar los aspectos más relevantes de las argumentaciones contrapuestas con referencia a la paradigmática Sentencia 82/2016, de 28 de abril, cuyos razonamientos -mayoritario y discrepante, respectivamente- resultan extrapolables a las otras dos resoluciones mencionadas.

Así, en la sentencia 82/2016, el criterio mayoritariamente adoptado por el Tribunal Constitucional se contiene básicamente en el Fundamento Jurídico 4 C) de la STC 82/2016, en el que se declara lo siguiente: “Por lo que se refiere a cualquier institución jurídico civil, haya sido recogida por norma positiva o consuetudinaria, hay que señalar que, para el ejercicio de la competencia legislativa, la acreditación de su existencia en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española se erige en presupuesto indispensable (...) De todo lo razonado hasta aquí se deriva la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular la materia comprendida en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano y ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos que así lo hagan, porque, a pesar de que efectivamente este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia económica matrimonial concernida en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no se ha probado su vigencia en el territorio autonómico y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la Comunidad Autónoma”. A lo que se añade que: “Sentado todo lo anterior, este Tribunal estima necesario, al amparo del art. 39 LOTC, además de la inconstitucionalidad de los arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007 que son los únicos impugnados que no se han declarado extemporáneos, declarar la inconstitucionalidad del resto de normas que integran la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano impugnada por conexión o consecuencia, dado que la vulneración competencial declarada concurre en todas las disposiciones que en ella se contienen”.

Mediante el criterio expuesto el Tribunal Constitucional respalda la legitimidad constitucional de lo que destacada doctrina valenciana denominó como “tremenda injusticia histórica” padecida por el Reino de Valencia a través del Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707³⁴, contradiciendo meridianamente las previsiones estatutarias contenidas en el renovado Estatuto de Autonomía de 2006. No obstante, la doctrina expresada no resultó unánimemente asumida por los magistrados que integraban la Sala, formulándose voto particular por parte del Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, mediante el cual el discrepante con el parecer mayoritario del Tribunal -además de poner de manifiesto lo que bien podríamos valorar como un evidente trato discriminatorio respecto de la posición adoptada por el mismo Tribunal en relación con el Estatuto catalán, y de evidenciar que si la recuperación del Derecho foral valenciano no tenía cabida en la Norma Constitucional se debería haber extendido la solución del recurso al propio Estatuto de 2006- exponía un repertorio de motivos en los que fundaba su disidencia, al considerar que la genérica expresión constitucional del “*allí donde existan*” que demanda la comprobación de la circunstancia de la efectiva vigencia del Derecho foral al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución localiza su esencia “en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o «por ahora» en los territorios donde «subsistan», como decía en su redacción original el Código Civil”, conclusión que en su opinión no es la que se desprende de la Norma Constitucional que se refiere de manera amplia a la legislación en materia de «derechos forales o especiales» como competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas y reserva al Estado concretas materias que son las que verdaderamente se considera necesario mantener frente a estos derechos en el ámbito de su competencia exclusiva. En consecuencia, el discrepante entiende que no existe óbice alguno para admitir que no se opone al art. 149.1.8ª CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, incluso en el supuesto de que no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que resulte la posibilidad de ser calificado como sistema de Derecho privado efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia. A pesar de ello el Magistrado Xiol Ríos precisa que, aunque no fuera así, en el propio ámbito de las competencias ordinarias en materia de Derecho Civil, la Comunitat Valenciana podría regular esta materia al cumplirse para esta Comunidad Autónoma las condiciones exigidas por la STC 88/1993. En efecto, para el magistrado Xiol Ríos las precitadas condiciones se cumplen en la Comunitat Valenciana, toda vez que “(i) reconocida la vigencia del Derecho foral valenciano por la vía de la prueba de la existencia de instituciones consuetudinarias

34 DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: “La competencia legislativa de la Generalitat”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, núm. 51, 2008, p. 41.

en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (dado que la garantía de la foralidad, según infiere de la STC 121/1993 la opinión mayoritaria, alcanza a normas civiles de ámbito regional o local de formación consuetudinaria), (ii) la Constitución permite que este Derecho foral pueda ser objeto de modificación y desarrollo dando lugar a su actualización y crecimiento orgánico, (iii) mediante la regulación de materias que guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil y no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legislado (...); lo que me importa subrayar aquí es que no comparto el criterio según el cual el criterio de conexión opera como límite para el desarrollo y modificación de los derechos forales o especiales (reconozco que hasta ahora es el mantenido por la jurisprudencia constitucional), aunque soy consciente de mi absoluta soledad en la actual composición del Tribunal”.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y POSIBILIDADES CONSTITUCIONALES PARA UNA PLENA RECUPERACIÓN DEL DERECHO CIVIL VALENCIANO.

Asumida por todos la imposibilidad de un seguro vaticinio acerca de lo que pueda acontecer en el futuro, la doctrina más destacada ya ha puesto de manifiesto las dos únicas posibilidades, razonadas y razonables, a través de las cuales la Comunitat Valenciana -entre otras Comunidades Autónomas más- podría recuperar la competencia para legislar en materia de Derecho civil propio³⁵, que pasan, necesariamente por una de estas dos opciones: (a) o bien el cambio de orientación interpretativa por parte del Tribunal Constitucional, conducente a evitar “una trivialización de la modificación del Estatuto de Autonomía y, en último término, del Estatuto en sí”³⁶; (b) o bien, asumiendo el agotamiento del actual

35 Cfr., por todos, GARCÍA RUBIO, M^a P.: *Presente y futuro del Derecho Civil español en clave de competencias normativas*, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 (julio-septiembre, 2017), pp. 28-30, y BONET NAVARRO, J.: *En defensa del Derecho Civil valenciano*, Saralejandria, Valencia, 2019, pp. 139-163.

36 Según las propias palabras del Magistrado Xiol Ríos al considerar la interpretación asumida por la mayoría del Tribunal Constitucional al art. 7.1 y a la Disposición Tercera del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana de 2006, expresadas en su voto particular a la STC 192/2016, de 16 de noviembre, respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Al respecto, como atinadamente ha expresado GARCÍA RUBIO, M^a P.: *Presente y futuro*, cit., p. 27, “flaco favor se hace a nuestro ordenamiento jurídico si el Tribunal Constitucional se empeña en que, a pesar de esa situación, para determinar si las normas nuevas son o no son constitucionales sigue sirviendo unos criterios interpretativos dictados en 1993, como si nada hubiera pasado en estos últimos veinticinco años y como si fuera posible retorcer la regla constitucional hasta el infinito; claro que siempre queda la esperanza de que las normas difíciles no se recurran o, si lo hacen, funcionen los mecanismos políticos previos que hagan posible que los recursos se retiren y, de este modo, el máximo intérprete de la Constitución pueda permanecer en lo que se puede calificar como un cómodo silencio”. Y es que, ciertamente, como resuelta y atinadamente manifiesta el magistrado Xiol Ríos en su voto particular a las tres SSTC -82, 110 y 192/2016, referentes a las leyes civiles valencianas tachadas de inconstitucionalidad, actualmente la tradicional exigencia de la “conexión suficiente”, por imprecisa, anfibiaológica y susceptible de resultar tergiversada, ya no se sustenta, ni siquiera si la misma se vincula a un Derecho Civil autonómico genéricamente considerado, incluso también de sus propios principios informadores (cfr. SSTC 88/1993 y

modelo territorial, para resolver la cuestión a través de su modificación mediante una reforma constitucional.

Con referencia a la primera de las vías apuntadas, es posible indicar que el precepto constitucional contenido en el art. 149.1.8° de nuestra Norma Fundamental sin duda admite una hermenéutica más realista y ajustada al propio sentido de la previsión, aunque ciertamente, como previsión destacada cabría concluir que, salvo cambios inesperados en su composición, no parece que en un futuro próximo el máximo intérprete constitucional pueda llegar a variar su propia doctrina en este punto que, en el supuesto valenciano, ya ha sido reiterada como *ratio decidendi* en tres ocasiones en el mismo sentido de consolidar la incompetencia de la Comunitat Valenciana para legislar sobre el Derecho civil propio por no encontrarse vigente el Derecho foral en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, a salvo, claro está y como ya se ha explicado, de alguna norma de naturaleza consuetudinaria. En definitiva, la previsión de recuperación competencial a través del expediente de una revisión interpretativa por parte del Tribunal Constitucional resulta prácticamente inviable y, en cualquier supuesto, demandaría una ulterior actuación legislativa autonómica que permitiera al Tribunal Constitucional replantearse su ya consolidado criterio, o bien, en otro sentido, confiar en que la misma quedara, a último, vigente al cobijo de la azarosa circunstancia de que las nuevas normas no resultaran recurridas, o, en su caso, fundar la regulación jurídico-privada en títulos competenciales distintos de la legislación civil³⁷ aunque a este último respecto, además de no ser la vía más ortodoxa para legislar en la materia, debe significarse que el propio Tribunal Constitucional ha ido vetando las posibilidades de acudir a la misma al haber optado en sus más recientes resoluciones “por una lectura en clave estatal del entrecruzamiento competencial cuando afecta al Derecho privado”, lo que significa que “cuando concurren en una determinada institución una competencia autonómica y las competencias estatales

95/2017, en cuyo F. Jco 4° se declara que “la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”).

37 Si bien en este supuesto, como señala PLAZA PENADÉS, J.: “¿Y ahora qué hacemos? Soluciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional contra el Derecho civil valenciano y su régimen económico matrimonial”, publicado en “Valencia Plaza”, en 16 de mayo de 2016, se trataría de localizar fórmulas en el Derecho Civil inherente al desarrollo de las propias competencias autonómicas- vgr., en materia de protección de la familia y del menor- a los efectos de poder salvar al menos una parte de la normativa que ha sido tachada de inconstitucional. De esta manera una ley de custodia compartida podría encontrar acomodo de vigencia en la Ley 12/2008, de protección integral de la infancia y la adolescencia, por aplicación del principio superior del “favor minoris”, y la de régimen económico matrimonial, e incluso una parte de la de uniones de hecho, podría encontrar solución de vigencia en una norma sobre pactos matrimoniales y convivenciales o bien mediante una ley de contenido social y civil superior como la de protección integral de las familias valencianas.

en materia de Derecho privado (legislación civil o legislación mercantil) se suele optar por afirmar la competencia estatal"³⁸.

La segunda posibilidad que permitiría la recuperación del Derecho Civil valenciano y, con carácter general, plantear un panorama más integrado y lógico de nuestro sistema distributivo competencial en el ámbito del Derecho privado pasa necesariamente por la modificación del modelo territorial mediante una reforma constitucional del precepto contenido en el art. 149.1.8ª CE³⁹, en cuyo acometimiento, si bien conviene un destacado sector de la doctrina, no concurre un planteamiento claro acerca de cómo pueda viabilizarse adecuadamente, si bien y sin ningún género de dudas, cabe concluir que la tarea merece ser abordada⁴⁰, con el propósito de hacer consolidar el principio de seguridad jurídica que reclama todo Estado de Derecho máxime en lo atinente a sus mecanismos de conformación de las decisiones políticas, buscando el máximo respeto a los elementos de naturaleza histórica, por cuanto que los mismos vienen a pergeñar la propia idiosincrasia de los territorios, básicamente en el ámbito de las relaciones jurídicas que se derivan de las de naturaleza familiar y sucesoria y también de las que conforman el peculiar estatuto de la propiedad inmobiliaria en cada zona,

38 VERDERA SERVER, R.: "¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, XX, 21 de diciembre de 2016.

39 En este sentido se ha señalado que la reforma constitucional debe ser viable técnica y prácticamente, toda vez que su éxito demanda no sólo la posibilidad teórica sino también unas razonables expectativas en la práctica. Cfr. BONET NAVARRO, J.: *En defensa*, cit., pp. 159 y ss. Sobre la *viabilidad técnica* considera este autor que la CE no solamente puede perfectamente modificarse cuando concorra la suficiente voluntad política para ello, sino que puede considerarse conveniente que se produzca para adaptarse al avance social, señalando que hasta tal punto es así que la propia Constitución contiene un Título, el X, titulado "De la reforma constitucional" a tal efecto, resultando buena prueba de ello que cuando ha habido voluntad la reforma constitucional se ha púdicio; y señala al respecto las dos ocasiones en que ha sucedido, a saber: en el año 1992, teniendo por objeto la adaptación del art. 13.2 CE al contenido del art. 8 B del Tratado de la Unión Europea; y en septiembre de 2011, a los efectos de modificar la redacción del art. 135 CE, con el objeto de introducir el concepto de estabilidad presupuestaria así como que el pago de la deuda pública fuera prioritario frente a cualquier otro gasto del Estado en los presupuestos generales sin enmienda ni modificación posible, si bien los límites de déficit estructural establecidos en el art. 135 CE quedaron relegados a su entrada en vigor a partir del año 2020, tal y como establece la D.A Única de la citada reforma. Con precisa referencia a la *viabilidad práctica* señala que se hace precisa una postura clara y unánime de todos los valencianos y de todos los grupos políticos, a los efectos de hacer viable la reforma constitucional, si bien reconoce que la dificultad se localiza precisamente en la falta de ese consenso político necesario, al margen de encajar el modelo con otras reservas competenciales exclusivas a favor del Estado, ante lo que apunta que merece considerarse la posibilidad de modificar el art. 149.1.8ª CE con base en los arts. 166 y 87.2 CE y 22 f) del Estatuto, en un sentido que recoja la idea esencial sobre el modo y alcance del ejercicio de la competencia plasmada en los arts. 7, 49.1.2 y Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía tras la reforma de 2006, preferiblemente mediante una Proposición de Ley de reforma de la Constitución para ello planteada por las Cortes valencianas con la unanimidad de sus grupos para ser aprobada por el Parlamento español.

40 Vid. GARCÍA RUBIO, Mª P.: *Presente y futuro*, cit., p. 29, para quien, al considerar la reforma constitucional en punto a la distribución competencial legislativa en la materia de Derecho privado, considera que "los conceptos utilizados para delinear las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia civil deben ser claros y homogéneos; además, su reparto ha de quedar fijado en la Constitución de forma que puede ser flexible, pero que no debe ser ni ambigua ni enigmática, y ello tanto por lo que respecta a las (sub) materias que se reservan en exclusiva al Estado, como a los concretos entes territoriales destinatarios (Comunidades Autónomas si se decide mantener la denominación) competentes en las demás. Se debería buscar además una redacción transparente, concisa y sencilla; una norma de comprensión difícil, como sin duda lo es el actual art. 149.1.8ª CE, es una mala norma".

pero también intentando la equitativa homogeneización en todos los aspectos que se vinculan con el concepto de persona y la protección de su inherente dignidad que asegure el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) como punto de partida nuclear en toda relación jurídico-privada, ámbitos en los que la pluralidad y dispersión legislativa parecen encontrar menos sentido.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO GASCÓ, F. de P.: *El dret civil i l'autogovern valencià, Anuari de l'agrupació Borrianenca de cultura*, 2019, 30, pp. 89-95.

BONET NAVARRO, J.: *En defensa del Derecho Civil valenciano*, Saralejandría, Valencia, 2019.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *Breve revisión crítica de la ley de régimen económico matrimonial valenciano*, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 26, 2008, pp. 7-52.

CHIRIVELLA VILA, J.R.: *El Estatuto valenciano es inconstitucional: es urgente la reforma de la Constitución*, en "Valencia Plaza", 6 de diciembre de 2016.

DE ELIZALDE Y AYMERICH, P.: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, en AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Madrid, 1979.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *¿Qué es lo que queda del Derecho Civil Valenciano en materia de Familia?*, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, pp. 111-162.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil*, Valencia, 2004.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: "La competencia legislativa de la Generalitat", *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 51, 2008, pp. 36-69.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: "Reflexiones jurídicas sobre la competencia legislativa civil de la Generalitat Valenciana", con ocasión de la jornada del 14 de noviembre de 2017 en el Decanato autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en AA.VV.: *El Derecho Civil Foral Valenciano: por qué y para qué*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 23-55.

DURBÁN MARTÍN, I.: *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a A.: *Conexión constitucional necesaria: "desarrollo" de los derechos civiles propios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, julio-diciembre (2018), pp. 47-78.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: "Propuesta de regulación de la sucesión intestada para un Derecho Civil valenciano", en *Un Dret Civil Valencià possible*, Tirant Lo Blanch (en prensa).

FURIÓ, A.: *Història del País Valencià*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1995.

GARCÍA EDO, V.: "La redacción y promulgación de la *Costum de Valencia*", *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 26 (2), 1996, pp. 713-728.

GARCÍA RUBIO, M^a P.: *Presente y futuro del Derecho Civil español en clave de competencias normativas*, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 (julio-septiembre, 2017), pp. 1-33.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas (I)", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1727, Madrid, 1994.

MÁS BADÍA, M^a D.: "Luces y sombras de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad", *Revista electrónica de Derecho Civil Valenciano*, núm. 19, primer semestre de 2016.

NARBONA, R., MUÑOZ, R., y CRUSELLES, E.: *Las instituciones* (M. CERDÁ), Historia del pueblo valenciano Valencia, 1988.

PALAO GIL, F. J.: "We cannot turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y derecho civil valenciano", *Derecho Privado y Constitución*, 2017, 31, pp. 163-216.

PLAZA PENADÉS, J.: "¿Y ahora qué hacemos? Soluciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional contra el Derecho civil valenciano y su régimen económico matrimonial", publicado en "Valencia Plaza", en 16 de mayo de 2016.

PESET REIG, M.: *Furs de Valencia: su sentido y vigencia. En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Valencia, 1989.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Prospectiva del Derecho Foral valenciano*, UPV, Valencia, 2011.

SANTOYO, J.C.: *La traducción en el ámbito de la cultura castellana. Historia de la traducción en España*, Madrid, 2004.

VERDERA SERVER, R.: "¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, XX, 21 de diciembre de 2016.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: "Reflexiones en torno al artículo 149.1. 8ª de la Constitución", *Documentación Jurídica*, núm. 29.32, 1981, p. 284.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "¿Por qué Cataluña puede y Valencia no?", *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, 2016, pp. 22-25.

¿EL ART. 1424 COD. CIV. COMO CANON INTERPRETATIVO
DEL NEGOCIO INVÁLIDO? NOTAS RELATIVAS AL NUEVO
PAPEL INTEGRATIVO-FUNCIONAL DEL JUEZ SOBRE LOS
ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA

*IS ART. 1424 CIVIL CODE AN INTERPRETATIVE CANON OF THE
INVALID CONTRACT? NOTES CONCERNING THE NEW ROLE OF THE
JUDGE REFERRING TO PRIVATE AUTONOMY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 890-905



Francesco
LA FATA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: Lo scritto si propone di offrire delle brevi riflessioni, in termini generali, sul ruolo del giudice con riferimento agli atti di autonomia negoziale dei privati e, nello specifico, sulle sue modalità d'intervento in ipotesi di negozio nullo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1424 cod. civ. In tal senso viene richiamato il dibattito dottrinale rispetto ai suoi profili funzionali e in merito alla natura giuridica dell'istituto della conversione del contratto nullo. L'a. sembra convenire con quell'opzione interpretativa che rinviene nell'art. 1424 c.c. un canone interpretativo del negozio (invalido) che si giustappone a quelli previsti nel Capo IV del Libro IV agli artt. 1362 ss. c.c. In quest'ottica, lo strumento si colloca lungo quella linea interpretativa orientata alla valorizzazione della funzione rimediabile che il giudice deve svolgere, selezionando il c.d. "giusto rimedio", a prescindere dalle specifiche indicazioni delle parti processuali, rinvenendo così nel sistema la soluzione più appropriata per attuare e comporre gli interessi in conflitto, nel rispetto dei valori dell'ordinamento.

PALABRAS CLAVE: Autonomia privata; negozio nullo; conversione (art. 1424 cod. civ.).

ABSTRACT: *The present paper proposes to offer some brief reflections, in general terms, on the role of the judge with reference to the contract and, in particular, on its modalities of intervention in the event of invalidity, pursuant to and for the effects of art 1424 civ. cod. In this sense it recalls the doctrinal debate on functional profiles and on the legal nature of the institute of the conversion of the null contract. The author seems to agree with that interpretative option that see art 1424 civ. cod. as an interpretative canon of the contract (invalid) that juxtaposes to those provided for in Chapter IV of the Book IV to arts 1362 et seq. civ. cod. In this perspective, the conversion of the null contract is placed between the instruments for the "just remedy", independently of the specific indications of the procedural parties, thus finding in the system the most appropriate solution to implement and compose conflicting interests, respecting the values of the legal system.*

KEY WORDS: *Private autonomy; contract null and void; conversion (art 1424 civil code).*

SUMARIO.- I. UNA BREVE (PERO NECESARIA) PREMISA: LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PODER DE INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL. EL CONTROL JUDICIAL EN CLAVE INTERPRETATIVA-FUNCIONAL DEL ACTO DE AUTONOMÍA PRIVADA.- II. LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO EN EL SENTIDO DEL ART. 1424 COD. CIV.- III. LA FACULTAD DEL JUEZ DE PROCEDER DE OFICIO A LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO EN EL MARCO DE LA LABOR DE INTERPRETACIÓN DEL MISMO.

I. UNA BREVE (PERO NECESARIA) PREMISA: LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PODER DE INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL. EL CONTROL JUDICIAL EN CLAVE INTERPRETATIVA-FUNCIONAL DEL ACTO DE AUTONOMÍA PRIVADA.

En la actualidad resulta cada más amplio y determinante el control judicial sobre los actos de autonomía negocial de los particulares. En su papel de intérprete del Derecho, el juez está llamado desempeñar un papel primario – junto a los otros operadores jurídicos: abogados y notarios –, en tanto sujeto que se halla en condiciones de orientarse en el presente panorama legislativo, del que la complejidad se presenta ya como una nota cualificadora¹.

En la integración de los efectos derivados de la reglamentación contractual, la centralidad asumida por el juez-intérprete parece ser, sin duda, la directa consecuencia de la superación de aquella visión, según la cual la voluntad negocial *tout court* constituye el elemento “intangible” que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer y recibir, en cuanto tal².

El mismo legislador parece haber adoptado esta dirección: en diversas ocasiones, de hecho, han sido previstos poderes de intervención del juez sobre

1 Vid. las reflexiones de GROSSI, P.: “La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici”, *Riv. trim.*, 2017, núm. 3, p. 831 y ss.

2 Sobre el tema hay una interesante síntesis sobre las diferentes concepciones del negocio jurídico y sobre sus efectos en el ordenamiento jurídico en GRONDONA, M.: “Il contratto, l’ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi”, donde el autor lleva a cabo una comparación de la perspectiva con que ambos ilustres civilistas abordan el tema de la libertad negocial y de sus límites, subrayando que la diferencia existente entre ellos se fundamenta en los distintos principios en los que se basan: el individualismo y la solidaridad, respectivamente.

Trabajo disponible en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/cat_grondona_contratto.pdf

la reglamentación contractual³, que contemplan la *voluntas* de los contratantes, tal y como inmediatamente resulta de la formación del acto de autonomía. Considérese, por ejemplo, la reducción de la cláusula penal excesiva del art. 1384 cod. civ., la cual según la jurisprudencia dominante puede ser aplicada de oficio⁴.

Piénsese, además, en la posibilidad de que el juez intervenga en el contrato con el fin de reconducirlo a la equidad. A este respecto es emblemática la previsión del art. 7, del decreto legislativo, de 9 de octubre de 2002, núm. 231, en materia de transacciones comerciales, en cuyo número primero se contempla la nulidad de cláusulas gravemente injustas que perjudican al acreedor, con aplicación de los arts. 1339 y 1419 cod. civ.⁵

De lo expuesto se deduce, por lo tanto, que el juez está llamado a desempeñar un papel decisivo al verificar el carácter inicuo del acuerdo, dado que no puede limitarse a declarar de oficio la nulidad de la cláusula, sino que debe integrar el contrato, recurriendo a los preceptos legales o a la equidad⁶, estando, pues, destinado “a llevar a cabo un control en clave integrativa/correctora de la libertad negocial”⁷.

Es indicativa la evolución jurisprudencial en materia de “nulidad de protección”, la cual ha culminado en un reciente fallo de la Corte de Casación, en el que se ha declarado que “la apreciación de oficio de la nulidad negocial debe también extenderse a la denominada nulidad de protección, la cual se configura, en la medida de las indicaciones provenientes de la Corte de Justicia, como una *species* del más amplio *genus*, representado por la primera, tutelando los mismos intereses y valores fundamentales – como el correcto funcionamiento del mercado (art. 41 Const.) y la igualdad, al menos formal, entre los contratantes fuertes y débiles (art. 3 Const.) – que trascienden a los del individuo”⁸.

Análogas consideraciones se han evidenciado por prudente doctrina en relación al justo remedio civil en presencia de cláusulas discriminatorias inseridas en el contrato, en la medida en que “parece (...) preferible vincular (...) la eventual

3 Sobre el papel del intérprete en el actual Estado constitucional *vid.* las consideraciones de GROSSI, P.: “La invenzione”, cit., p. 831 y ss.

4 Cass., 26 octubre 2016, núm. 21646; Cass., 4 octubre 2013, núm. 22747; Cass., 24 noviembre 2007, núm. 24458; Cass., 13 noviembre 2006, núm. 24166.

5 Decreto legislativo, 9 octubre 2002, núm. 231, art. 7, párrafo primero I: “las cláusulas relativas al término de pago, al cálculo de los intereses moratorios o al resarcimiento por los costes de recuperación, previstas por cualquier título o introducidas en el contrato, son nulas cuando resulten gravemente injustas dañando al acreedor. Se aplican los artículos 1339 e 1419, párrafo segundo, del código civil”.

6 Sobre el tema *vid.* NANNA, M.C.: *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010, p. 140 y ss.

7 Así se expresa ANGELONE, M.: “La conversione d'ufficio del contratto nullo”, *Rass. dir. civ.*, 2014, núm. 4, p. 1011.

8 Cass., Sez. Un., 12 diciembre 2014, núm. 26242.

corrección o integración de la reglamentación contractual desequilibrada, al (...) poder judicial de remoción de los efectos de la discriminación”⁹ ex art. 2058 cod. civ., más que a los remedios de los arts. 1339 o 1374 cod. civ.

Por otro lado, también se ha subrayado oportunamente el *favor legis* en tal sentido: baste tener en cuenta, como ejemplo, lo dispuesto por el decreto legislativo, de 1 de septiembre de 2011, núm. 150, en el art. 28, número quinto, el cual prevé que el juez pueda adoptar las medidas que considere idóneas para eliminar los efectos discriminatorios en el ámbito de una determinada relación negocial, incidiendo, así, en clave modificativa, sobre la regulación de la misma¹⁰.

Esta orientación doctrinal (que comparto)¹¹ ha considerado posible la intervención correctora del juez con el fin de determinar una “contraprestación razonable” en el ámbito de los negocios de subcontratación, una vez constatada la nulidad ex art. 6, número tercero, de la ley de 18 de junio de 1998, núm. 192, en los casos de acuerdo con los que el subcontratista disponga, en favor del comitente y sin una contraprestación razonable, de derechos de propiedad industrial o intelectual.

En realidad, el papel interpretativo-corrector del juez¹² hoy resulta todavía más necesario en el marco de un ordenamiento jurídico complejo y (como se ha dicho) constitucionalmente orientado¹³. El control jurisdiccional de los actos de autonomía de los particulares se dirige, pues, a “funcionalizarlos” según los valores del sistema, que también encuentran fundamento en la normativa supranacional en virtud de la remisión de los arts. 10 y 11 Const.¹⁴.

9 Para profundizar sobre el tema se vean las interesantes consideraciones de CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2013, p. 275 y ss.

10 CARAPEZZA, G.: *Divieto*, cit., p. 276.

11 Es la opinión de LIVI, M.A.: “Le nullità”, en CUFFARO, V. (coord.): *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998, p. 209.

12 Cfr. NANNA, M.C.: *Eterointegrazione*, cit., p. 241 y ss., donde el autor ofrece, a la luz de la evolución legislativa, una panorámica sobre el papel y la función de los jueces en la sociedad contemporánea, *vid.*, además, las reflexiones de ZAGRELSKY, G.: *Il diritto mite*, XIV reimpresión, Einaudi, Torino, 2011, p. 206 y ss., donde el autor, en virtud de la relación que liga al juez al Derecho – desde la perspectiva del contexto del presente ordenamiento jurídico – reconoce “la extraordinaria profundidad y creatividad de la función judicial en la actualidad”, poniendo, sin embargo, un límite a tal actividad, identificada con una especie de “doble dependencia, en el sentido de una doble fidelidad e independencia, en el sentido de relativa autonomía, frente a la organización que expresa la Ley y frente a la sociedad, que es titular de las pretensiones constitucionalmente garantizadas”.

13 Sobre la actual complejidad del sistema, *cfr.*, por todos, PERLINGIERI, P.: “Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente”, en *Id.*: *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2005, p. 3 y ss.

14 *Vid.* PERLINGIERI, P.: “Il futuro *ius civile* e il ruolo della dottrina”, en *Id.*: *L’ordinamento*, cit., p. 55, donde el autor afirma que “la autonomía negocial (...), no puede ciertamente ser ejercitada arbitrariamente, sin respeto a la jerarquía de las fuentes y a los valores del ordenamiento. El sistema de fuentes exige que la autonomía colectiva y la autonomía negocial no sean mercedoras de tutela, si son contrarias a los principios de orden público y particularmente a los de nivel comunitario y constitucional”. Para una brillante reflexión en materia de autonomía constitucional e intervenciones judiciales, *vid.*, también, MACARIO, F.: “L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa”, *Questione Giustizia*,

Dado este sistema, resulta determinante la actividad de *integración del contrato* por parte del juez – que alguno ha calificado de “ortopedia judicial”¹⁵ – dirigida a modificar o modular las obligaciones contractuales de los sujetos del negocio, con la finalidad de preservar o restablecer el equilibrio, la proporcionalidad y la justicia del contrato¹⁶. En el ámbito de dicha actividad se sitúa, sin duda, la posible conversión del contrato nulo ex art. 1424 cod. civ., que será objeto de análisis en el presente trabajo.

II. LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO EN EL SENTIDO DEL ART. 1424 COD. CIV.

El art. 1424 cod. civ. establece que “el contrato nulo puede producir los efectos de un contrato diverso, cuyos requisitos de sustancia y de forma cumpla, cuando, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes, deba entenderse que las mismas lo habrían querido, de haber conocido la nulidad”.

Con tal disposición, el legislador ha querido establecer un remedio para tutelar la autonomía negocial, atribuyendo a las partes la posibilidad de pretender sus propios objetivos, a pesar de la nulidad del contrato, con tal de que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto.¹⁷ Autorizada doctrina ha visto en la figura de la conversión un fenómeno de “metamorfosis” a través del cual, de un caso de invalidez surge un contrato válido, distinto del inicialmente querido por las partes, pero que, sin embargo, resulta idóneo para alcanzar la misma finalidad del primer negocio nulo¹⁸.

La figura ha suscitado debates respecto a sus perfiles funcionales y en relación a su naturaleza jurídica¹⁹.

2016, núm. 4; y TOMMASINI, R.: *L'evoluzione del concetto di autonomia privata alla luce delle recenti logiche rimediali*, en Id.: *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013.

15 ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1014.

16 Léase lo que escribe PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2006, p. 290 y ss., el cual afirma que “todo poder, expresión de autonomía reguladora, en un contexto constitucional (...), no puede ser ejercitado sin el respeto de las competencias y del cuadro jurídico en el que encuentra su propio reconocimiento. De donde se desprende que, en una situación articulada y compleja como lo es la contemporánea, el ejercicio del poder de dictar reglas o de autorregularse acaba siempre integrándose con el ejercicio de otros poderes, sean, o no, del mismo rango y de la misma naturaleza. Así, la autonomía denominada privada, en términos de efectividad, se integra con otros poderes y confluye, por un lado, como parte que actúa, pero que, por otro, es creativa y constitutiva, en el conjunto del ordenamiento jurídico, entendido como una serie de principios y reglas predisuestas y actuadas con la función de dictar orden en la sociedad”.

17 Cfr. RABITTI, M.: “Art. 1424 - Conversione del contratto nullo”, en *Comm. Cod. civ. (dir. E. Gabrielli)*, *Dei Contratti in generale*, vol. III: arts. 1387-1424 cod. civ., Utet, Torino, 2012, p. 718 y ss.

18 En tal sentido se manifiesta BIGLIAZZI GERI, L.: “Conversione dell'atto giuridico”, en *Enc. Giur.*, X, Milano, 1962, p. 530.

19 *Ex multis* DI MARZIO, F.: “Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio”, *Giust. civ.*, 2000, núm. 10, p. 465 y ss.; GANDOLFI, G.: *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Jovene, Milano, 1990; Id.: “Il principio di

Se discute el fundamento jurídico mismo de la conversión. La doctrina mayoritaria entiende que se basa en el principio de conservación del negocio jurídico²⁰. Sin embargo, algunos autores consideran que el fundamento hay que encontrarlo en el principio de la buena fe: aquel a quien se demanda la ejecución del contrato no podría oponer la excepción de nulidad en presencia de un negocio que, aunque inválido, no obstante, puede producir efectos, en cuanto los mismos se ajusten la finalidad perseguida por las partes²¹.

Con relación a los requisitos subjetivos y objetivos esenciales para la aplicación de la conversión²², el dato inmediato que se desprende del tenor del art. 1424 cod. civ. es, de un lado, el de la correspondencia del fin práctico²³ perseguido por las partes, necesario para la conversión; por otro lado, la eventualidad de que dicho fin pueda ser igualmente alcanzado prescindiendo del instrumento utilizado. Por lo tanto, es clara la preferencia – manifestada por el propio legislador – por la dimensión funcional, más que por la dogmática-estructural, la cual, en cambio, hace prevalecer la abstracta correspondencia de los actos con las categorías²⁴. También la jurisprudencia se ha orientado en ese sentido: recientes fallos en tema de conversión del contrato nulo, de hecho, inciden en la necesaria correspondencia del fin para la transformación del contrato inválido en otro acto válido²⁵.

conversione dell'atto invalido fra continenza sostanziale e volontà ipotetica", *Riv. dir. civ.*, 1990, núm. I, p. 197 y ss.; e MOSCO, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1947.

20 MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 385; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989, p. 253; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 594.

21 ASÍ DE NOVA, G.: Voz "Conversione", en *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 2.

22 Se han ocupado del tema ampliamente, entre otros, RABITTI, M.: "Art. 1424 - Conversione", cit., p. 728 y ss.; GIAIMO, G.: "Conversione del contratto nullo. Art. 1424", en *Cod., civ. Comm.* Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012, p. 17 ss.; POLIDORI, S.: Sub "art. 1424", en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. G. PERLINGIERI), 3ª ed., IV, I (artt. 1173-1536), Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2010, p. 1049 y ss.

23 Por fin práctico perseguido por las partes, se entiende el "concreto y común propósito práctico" que los contratantes quieren realizar, y no, "el propósito normalmente perseguido por las partes que concluyen el negocio afectado por la nulidad", así RABITTI, M.: "Art. 1424 - Conversione", cit., p. 724.

24 Para una severa crítica de la abstracción y generalización de los conceptos en el ámbito jurídico, cfr., por todos, PERLINGIERI, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", en *Id.: Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 1989, p. 4, donde el autor, anticipándose a posteriores evoluciones doctrinales y jurisprudenciales, advertía: "las generalizaciones progresivas han llevado a la creación del derecho subjetivo y de la relación jurídica, del contrato y del negocio jurídico; se ha abandonado la existencia para construir conceptos (...). El peligro es grave: la ciencia del Derecho elaborada sobre lo general se convierte en abstracta; el jurista se desconecta de las particularidades de la vida y de la experiencia".

25 Cass., 27 febrero 2002, núm. 2912, donde se dice: "según el art. 1424 cod. civ., relativo a la conversión del contrato nulo concerniente es necesaria la identidad de los requisitos de sustancia y de forma entre el negocio nulo y aquel en el que se quiera convertir, como también que resulte la manifestación de voluntad de las partes propia del negocio diverso (...). Lo que se requiere es (...) la consideración del propósito práctico perseguido, así como que el contrato nulo pueda convertirse en otro contrato, cuyos efectos se correspondan en todo o en parte a dicho propósito; pero *vid.* también Cass., 22 julio 2004, núm. 13641, la cual, en tema de contratos de arrendamiento, clarifica que "la denegación de la renovación del arrendamiento ex art. 29, ley núm. 392 del 1978, nulo en relación al primer plazo de caducidad puede convertirse en una rescisión denominada *simple* o de régimen *libre* (no requiriéndose que sea motivada) válida para el segundo término de caducidad contractual, afectando al contenido inequívoco de la manifestación de voluntad contraria a la continuación y a la renovación de la relación"

Siempre en materia de la conversión, la Suprema Corte ha precisado, en orden a la aplicación del art. 1424 cod. civ., la necesidad de que “el acto, nulo como negocio de un determinado tipo, contenga los requisitos de sustancia y de forma, comprendida la manifestación de voluntad de las partes, de un negocio diverso (...), por lo tanto, (...) para decidir si concurre la posibilidad de conversión debe procederse a una doble búsqueda, la una, dirigida a comprobar la subsistencia de una objetiva relación de correspondencia entre el negocio nulo y el que debe sustituirlo, y la otra, encaminada a establecer si la voluntad que indujo a las partes a estipular el contrato nulo puede también entenderse orientada hacia los efectos del contrato diverso”²⁶.

En el último decenio, la jurisprudencia se ha ocupado de la conversión sustancial más frecuentemente que en el pasado. Últimamente, la Corte de Casación, pronunciándose respecto del contrato de edición regulado por la ley, 22 de abril, núm. 633, art. 122 (ley sobre derecho de autor), ha declarado la no conversión de un contrato de edición a “término”²⁷ en un contrato de edición “por reedición”²⁸, clarificando que, en el caso en el que “el contrato de edición a término contenga solo la indicación de la primera edición con la tirada de ejemplares, no puede producirse la conversión de dicho contrato, que carezca de las indicaciones requeridas, bajo pena de nulidad, con el contrato de edición por edición, en cuanto caracterizado por un objeto distinto y carente de correspondencia con el primero”²⁹. De tal decisión resulta la necesidad del requisito de la correspondencia entre el contrato nulo y el que debiera ser convertido³⁰.

A pesar de la existencia de múltiples e interesantes cuestiones respecto de la conversión del contrato nulo, aquí quiero abordar la relativa a la posibilidad de que el juez pueda proceder de oficio a la conversión sustancial del contrato nulo, cuestión esta que no ha sido estudiada más que recientemente.

26 Cass., 23 julio 2010, n. 17279.

27 El contrato de edición “a término” confiere al editor el derecho a realizar el número de ediciones que sea necesario durante el plazo, que no puede exceder de los veinte años, y por el número mínimo de ejemplares por edición, que debe ser indicado en el contrato, bajo pena de nulidad del mismo (ley 22 abril 1941, núm. 633, art. 122, párrafo quinto).

28 El contrato de edición “por edición” atribuye al editor el derecho a llevar a cabo una o más ediciones dentro de los veinte años contados desde la entrega del manuscrito completo (ley 22 abril 1941, n. 633, art. 122, párrafo segundo).

29 Cass., 25 octubre 2017, núm. 25332.

30 Requisito ya sancionado por Cass., 10 octubre 2017, núm. 23644; pero *vid.* también Cass., 5 marzo 2008, núm. 6000, donde se afirma: “para decidir si existe la posibilidad de conversión del contrato nulo conforme al 1424 cod. civ., debe producirse una doble búsqueda: una, dirigida a comprobar la objetiva existencia de una relación de correspondencia entre el negocio nulo y aquel que debe sustituirlo, y otra, que implique una apreciación del hecho sobre la relación negocial, reservada al juez de instancia, orientada a establecer si la voluntad que indujo a las partes a estipular el contrato nulo pueda considerarse también orientada hacia los efectos del contrato diverso”.

III. LA FACULTAD DEL JUEZ DE PROCEDER DE OFICIO A LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO EN EL MARCO DE LA LABOR DE INTERPRETACIÓN DEL MISMO.

Como resulta de la sintética exposición llevada a cabo, es notable la atención dedicada a la delimitación de la figura regulada en el art. 1424 cod. civ.

Sin embargo, se ha estudiado poco el eventual poder autónomo de conversión por parte de la autoridad judicial en defecto de solicitud de parte³¹.

La doctrina se encuentra dividida. Mientras, por un lado, hay quien parece admitir tal posibilidad³², muchos otros autores son contrarios a ella³³.

La jurisprudencia, en verdad, opta por esta última solución negativa³⁴, con el argumento de la presunta intangibilidad de la autonomía negocial y el de la interpretación literal del art. 1424 cod. civ., según el cual el contrato nulo “puede”, no “debe”, producir los efectos de un contrato diverso, cuyos requisitos de sustancia y de forma contenga y, en fin, con el recurso al principio dispositivo del art. 12 del código de procedimiento civil, el cual regula el funcionamiento del proceso civil³⁵.

No obstante, atenta doctrina ha criticado esta orientación, poniendo de manifiesto la fragilidad de los fundamentos lógico-jurídicos sobre los que se basa³⁶.

En primer lugar, se ha evidenciado la necesidad de una ponderación de la autonomía de los particulares en el marco de la regulación contractual con los otros valores fundados en el sistema constitucional³⁷: el personalismo y la solidaridad³⁸.

31 Sobre este punto son interesantes las reflexiones de ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1022 y ss.

32 GANDOLFI, G.: “Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)”, *Riv. dir. civ.*, 1996, núm. II, p. 438.

33 CAPRIOLI, R.: “Progetto per la voce *convalida e conversione (diritto civile)* di una enciclopedia”, *Jus civile*, 2013, p. 470; como también FRANZONI, M.: “La “magia” della conversione”, *Obbl. contr.*, 2011, p. 16.

34 Cass., 13 julio 2017, núm. 17352, según la cual “en materia de nulidad contractual, el poder del juez de apreciarla de oficio no puede extenderse a la conversión del contrato nulo, pues lo impide la previsión del art. 1424 cod. civ.”; Cass., 12 diciembre 2014, núm. 26242; Cass., 30 abril 2012, n. 6633; Cass., 1 agosto 2001, núm. 10498. En sentido contrario Cass., 19 noviembre 2013, n. 25903, que, implícitamente, sí admite la conversión del contrato nulo.

35 Cfr., ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1011, donde el autor se refiere a Cass., 1 agosto 2001, núm. 10498, como ejemplo paradigmático de tal orientación. De hecho, en los motivos del fallo se lee que “la solución [imposibilidad de la conversión de oficio del contrato nulo] encuentra fundamento, en particular, además de en el respeto a la autonomía negocial de las partes y en el principio dispositivo del procedimiento civil, expresado en el art. 112 cod. proc. civ., en la misma formulación literal de la previsión [art. 1424 cod. civ.]”.

36 ANGELONE, M.: “La conversione”, cit. p. 1011 y ss.

37 Vid. lo que escribe PERLINGIERI, P.: “I mobili confini dell'autonomia privata”, en *Id.: Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2003, p. 15 y ss.

38 Sobre el principio de solidaridad son clarificadoras las reflexiones de RODOTÀ, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari, 2014.

En tal sentido, la previsión de intervenciones heterónomas de carácter, sea legal que jurisprudencial se ha revelado un instrumento idóneo para garantizar la conciliación de dichos valores³⁹.

En segundo lugar, se ha subrayado la falacia del argumento literal, evidenciándose la necesidad de superar el conocido, y ya anticuado, brocardo *in claris non fit interpretatio*, en favor de una interpretación sistemática y axiológica de las disposiciones normativas⁴⁰.

En fin, se redimensiona el mismo principio dispositivo del art. 112 del código de procedimiento civil: se ha considerado que “la iniciativa oficiosa del juez, cuando se lleva a cabo con una función correctora y equilibradora del ejercicio de la autonomía negocial (la cual [...] caracteriza interiormente la conversión del contrato nulo), obtiene una justificación inmediata en virtud de los principios supremos del ordenamiento jurídico, que en una óptica de ponderación, pueden dar lugar al sacrificio de otros con los que colisionan (de rango subordinado), como es, en el caso que nos ocupa, el dispositivo”⁴¹.

Ahora bien, el punto central de la cuestión consiste en comprender si hay margen para reconocer una autónoma determinación del juez, aun no existiendo una precisa pretensión de parte en orden a la conversión, y en qué términos se debe calificar tal actividad.

Constatada la debilidad de la argumentación en que se basa la orientación descrita – que niega la conversión de oficio ex art. 1424 cod. civ. – debe aquí señalarse la aparente ausencia de impedimentos técnico-jurídicos que excluyan la admisibilidad de dicha conversión de oficio del contrato nulo. Se ha apuntado el carácter lógico de esta solución, pues, admitida la declaración de oficio de la nulidad ex art. 1421 cod. civ., resulta coherente sostener que, siempre de oficio, el juez pueda proceder a la conversión del contrato nulo⁴².

Esto dicho, en apoyo de esta tesis resulta persuasiva la doctrina que ha defendido la desvinculación de la conversión de la petición de parte, considerando el procedimiento que la realiza una expresión de actividad hermenéutica del juez, a través de la cual se realiza una recalificación del contrato nulo⁴³; de

39 RODOTÀ, S.: *Solidarietà*, cit.

40 Cfr. por todos, PERLINGIERI, P.: “L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi”, en lo.: *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 273 y ss.

41 Cfr. ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1019.

42 Así se expresa Trib. Casale Monferrato, 3 octubre 2002.

43 Cfr. BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpresión de la III ed. de 1960, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2002, p. 492, quien aclara que la conversión del negocio inválido consiste en la “corrección de calificación jurídica del negocio o de cualquiera de sus elementos, es decir, normalmente,

hecho, presuponiendo que la conversión requiere necesariamente una actividad de recalificación del contrato, resulta coherente reconducir tal conversión al ámbito de la actividad interpretativa del juez, dado que, a la luz de una conocida y autorizada enseñanza, recalificar quiere decir interpretar⁴⁴. Por otro lado, se ha evidenciado, que, argumentado así, el art. 1424 cod. civ. introduciría un instrumento hermenéutico que potencialmente se hallaría en grado de “revitalizar” la figura de la conversión, la cual, en la práctica jurídica, ha tenido una exigua aplicación⁴⁵. En esta línea de pensamiento se ha sostenido que “las partes no pueden rechazar y excluir *a priori* ‘la transformación’ de oficio del propio contrato, como tampoco pueden excluir la actividad interpretativa o poner (a cargo del juez) limitaciones, obligaciones o condiciones en cuanto a la elección y al significado de las normas aplicables”⁴⁶.

Sin embargo, tales conclusiones pueden ser criticadas en la medida en que, con los argumentos usados, se correría el riesgo de que la actividad del juez – en sede de conversión – eludiera el principio de contradicción del art. 101, párrafo segundo, del código de procedimiento civil, el cual, por otro lado, encuentra tutela a nivel constitucional en el art. 111, párrafo segundo, Const.

De hecho, atenta doctrina ha considerado que admitir la conversión de oficio ex art. 1424 cod. civ. “equivale a descuidar el ya indiscutido argumento de que el juez, cuando entra en juego el art. 1421 cod. civ., no puede proceder *sua sponte*, sino que tiene la obligación, conforme al art. 101, párrafo segundo, del código de procedimiento civil, de activar el contradictorio, bajo pena de nulidad de la sentencia”⁴⁷. Tal objeción no desaparece, cuando se concibe la conversión como una operación hermenéutica.

Sin embargo, puede despejarse la duda planteada.

En primer lugar, es necesario subrayar que, en sede de conversión, la actividad “interpretativa” del juez no es libre, ni está exenta de condiciones, estando limitada por la misma norma del art. 1424 cod. civ. De hecho, es presupuesto necesario, entre otros, a fin de que pueda procederse a la conversión del contrato nulo, la determinación de la “finalidad perseguida por las partes”, a la luz de la cual deberá valorarse si las mismas habrían querido el contrato, si hubiesen conocido la nulidad. Esto, en realidad, resuelve la cuestión en la medida en que sea correctamente

en una valoración como negocio de tipo diverso del que en realidad fue celebrado o, no obstante, en un tratamiento diverso de que *prima facie* parece más obvio”.

44 Vid. PERLINGIERI, P.: “Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa”, en *Id.*: *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 27 y ss.

45 ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1031.

46 Cfr. ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1029.

47 Cfr. PAGLIANTINI, S.: “La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “Eppur si muove”?”, *Contratti*, núm. 11, 2012, p. 887.

entendido dicho requisito. Un autorizado sector de la doctrina⁴⁸ ha observado que la “finalidad perseguida” ex art. 1424 debe reconducirse al “fin práctico” que los contratantes quieren obtener y no, a la ordenación jurídica generalmente reconducible al esquema negocial abstracto.

Así reconstruido el mecanismo de la conversión, también cuando se reconozca la posibilidad del juez de actuar de oficio, este último, legalmente, deberá “ir más allá del esquema causal del contrato para valorar el propósito práctico de las partes, que debe ser un interés compartido por todas ellas, y no referible a un solo sujeto”⁴⁹. En el desarrollo de tal operación, ciertamente, resultará necesario – una vez constatada la posibilidad de proceder a la conversión – verificar la finalidad que pretendían alcanzar los contratantes con el negocio nulo y tal control comportará, inevitablemente, una ulterior búsqueda por parte del intérprete del concreto propósito perseguido en el supuesto controvertido; búsqueda que, en cuanto tal, deberá efectuarse de acuerdo con las partes mismas. Por lo tanto, la conversión del contrato nulo nunca podrá llevarse a cabo prescindiendo de la decisiva participación de los contratantes, que deberán contribuir a la búsqueda del intérprete, para que puede determinarse correctamente el propósito concreto que habían pretendido alcanzar. Parece que, argumentando de esta manera, puede sostenerse que el principio de contradicción resulta esencialmente garantizado.

Superada en estos términos la crítica más fundada y relevante a la reconstrucción en vía interpretativa de la conversión ex art. 1424 cod. civ., tal solución defendida se halla en sintonía con los profundos cambios del actual contexto socio económico: de hecho, la nulidad se concibe como un instrumento de protección dirigido a la tutela de intereses generales y, por tanto, su disciplina se muestra adecuada a las nuevas exigencias de la realidad del mercado, como a la protección del sujeto débil de la relación contractual, la buena fe de los contratantes, el equilibrio y la certeza del tráfico económico⁵⁰.

Ver en la conversión una opción hermética del juez y, por lo tanto, admitirla de oficio, permite que el mismo pueda utilizarla como un instrumento que revaloriza

48 RABITTI, M.: “Art. 1424 - Conversione”, cit., p. 724.

49 RABITTI, M.: “Art. 1424 - Conversione”, cit.

50 Vid. las reflexiones de DI MARZIO, F.: “Forme della nullità”, cit., p. 465 y ss., quien concluye identificando la nueva esencia de la nulidad y, consiguientemente, de su disciplina y del papel de la jurisprudencia en la resolución de controversias. En síntesis: “a) la nulidad no puede ser ya entendida como remedio drástico y extremo de cancelación total del negocio contrario al interés general; b) la nulidad se entiende ahora como un remedio dúctil de conformación del negocio jurídico llevado a cabo por una parte contra la otra y contra el interés general (a la libre explicación de la autonomía privada por parte de los contratantes débiles; c) la nulidad, de hecho, no es tanto del contrato, como en el contrato: se refiere siempre a cláusulas determinadas y no abarca el resto de la auto-regulación; d) la nulidad se concibe por el legislador como un instrumento judicial del control de la dinámica negocial y de promoción de la buena fe en la conclusión de los contratos; e) por lo tanto, a través de la obligada apreciación de la nulidad la jurisprudencia (¿a su pesar?) a sumir un papel más activo: con la obligación de acompañar a las autoridades administrativas independientes encargadas del control de las dinámicas del mercado”.

– más que la limita – la autonomía negocial de los contratantes⁵¹, a fin de que la voluntad por ellos expresada encuentre una libre explicación en un esquema alternativo respecto al de la invalidez, garantizando, al mismo tiempo, a través de un juicio sobre si la protección que se despliega es merecedora de protección, el respeto de “los valores axiológicos y prácticos asumidos históricamente por el sistema”⁵².

Desde esta óptica, parece que hay que estar de acuerdo, así, con la propuesta doctrinal, según la cual “no es descabellado pensar que el art. 1424 cod. civ. codifique un canon interpretativo del negocio (inválido) que se yuxtapone a los previstos en el Capítulo IV del Libro IV en los arts. 1362 y ss. cod. civ.”⁵³. La intervención conversiva del juez – también en defecto de petición de parte – constituye, de hecho, un medio idóneo para alcanzar los objetivos económicos prácticos de los contratantes⁵⁴ y, contextualmente, dirigido a preservar los intereses generales del sistema⁵⁵, que se encuadra en la línea interpretativa que pretende revalorizar la función de selección de los remedios” que el juez debe llevar a cabo, optando por el denominado “justo motivo”, prescindiendo de las específicas indicaciones de las partes procesales⁵⁶; es más, encontrando en el sistema la solución más apropiada para actuar y componer los intereses en conflicto, respetando los valores del ordenamiento jurídico⁵⁷.

51 ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1031, donde el autor pone de manifiesto que “desde el punto de vista sistemático, si se examina el funcionamiento del procedimiento de conversión y el resultado que realiza, se da uno cuenta, de manera plástica, de que el temido *vulnus* de la autonomía negocial, además de no constituir ya en actual sistema jurídico un límite infranqueable a las iniciativas de autorización, en el caso que nos ocupa está privado de cualquier fundamento (...) y asume un peculiar valor *constructivo* proclive a favorecer (en su dimensión sustancial) la misma autodeterminación de los contratantes”.

52 TOMMASINI, R.: “L’evoluzione”, cit., p. 499.

53 ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1025.

54 GIAIMO, G.: “Conversione”, cit., p. 120 y ss.

55 Cfr., ANGELONE, M.: “La conversione”, cit., p. 1031 y ss.

56 Vid. VETTORI, G.: “Contratto giusto e rimedi effettivi”, *Riv. trim.*, 2015, núm. 3, p. 787 y ss.

57 Cfr. CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 218, donde el autor subraya, en materia de ilicitud por discriminación en el contrato, que “la sensibilidad del interprete está llamada a una atenta valoración del *justo remedio*, destinado a ser adaptado a las cambiantes formas de relevancia de los intereses implicados en los concretos supuestos de hecho”.

BIBLIOGRAFÍA.

ANGELONE, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo", *Rass. dir. civ.*, 2014, núm. 4.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpressione de la III ed. de 1960, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2002.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI, L.: "Conversione dell'atto giuridico", in *Enc. Giur.*, X, Milano, 1962.

CAPRIOLI, R.: "Progetto per la voce "convalida e conversione (diritto civile)" di una enciclopedia", *Jus civile*, 2013.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2013.

DE NOVA, G.: voce "Conversione", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

DI MARZIO, F.: "Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio", *Giust. civ.*, 2000, núm. 10.

FRANZONI, M.: "La "magia" della conversione", *Obbl. contr.*, 2011.

GANDOLFI, G.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", *Riv. dir. civ.*, 1996, núm. I.

GANDOLFI, G.: *La conversione dell'atto invalido, II, Il problema in proiezione europea*, Giuffrè, Milano, 1990.

GANDOLFI, G.: "Il principio di conversione dell'atto invalido fra continenza "sostanziale" e volontà "ipotetica"", *Riv. dir. civ.*, 1990, núm. I.

GAIMO, G.: "Conversione del contratto nullo. Art. 1424", en *Cod., civ. Comm* (coord. SCHLESINGER-BUSNELLI), Giuffrè, Milano, 2012.

GROSSI, P.: "La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici", *Riv. trim.*, 2017, núm. 3.

GRONDONA, M.: "Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi", disponible en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/cat_grondona_contratto.pdf.

LIVI, M.A.: "Le nullità", in V. Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998.

MACARIO, F.: "L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa", *Questione Giustizia*, 2016, núm. 4.

MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, II, Giuffrè, Milano, 1972.

MOSCO, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1947.

NANNA, M.C.: *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

PERLINGIERI, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2006.

POLIDORI, S.: Sub "art. 1424", in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. G. PERLINGIERI), 3ª ed., IV, I (artt. 1173-1536), Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2010.

PAGLIANTINI, S.: "La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?", *Contratti*, núm. 11, 2012.

PERLINGIERI, P.: *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 1989.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 2003.

RABITTI, M.: "Art. 1424 - Conversione del contratto nullo", in *Comm. Cod. civ.* (dir. E. GABRIELLI), *Dei Contratti in generale* - vol. III: arts. 1387-1424 cod. civ., Utet, Torino, 2012.

RODOTÀ, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari, 2014.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989.

TOMMASINI, R.: *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013.

VETTORI, G.: "Contratto giusto e rimedi effettivi", *Riv. trim.*, 2015, núm. 3.

ZAGRELBESKY, G.: *Il diritto mite*, XIV reimpresión, Einaudi, Torino, 2011.

RECENSIONES

FREZZA, G.: *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, pp. 1-200.



I. Il volume in rassegna ad oggetto lo studio dei rapporti fra arte e diritto, con particolare riguardo all'ambito di analisi dei problemi di autenticazione e di accertamento giurisdizionale di un'opera. L'originalità dell'indagine si rileva sotto il profilo teorico ma, soprattutto, con riguardo alle ricadute pratiche che essa determina: si pensi alle numerose domande, rivolte al giudice italiano, aventi ad

• **José Ramón de Verda y Beamonte**
Ordinario di diritto civile, Università di Valencia

oggetto l'accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte, questioni sulle quali l'Autore propone una adeguata e ragionata rassegna di casi.

In assenza di un dato normativo specifico – aspetto, questo, che accomuna la scelta di molti ordinamenti giuridici contemporanei – l'indagine muove dallo studio dei valori e dei principi sottesi al tema indagato, nell'ambito di un sistema italo-europeo delle fonti del diritto.

Oltre quella che viene definita la logica-illogica del mercato, invero, l'Autore propone, con chiarezza espositiva, lo studio dei valori connessi al c.d. “fenomeno culturale”, di cui l'arte è espressione: il richiamo agli artt. 9 e 33 Cost., ma anche all'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948; all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966; all'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950; all'art. 167 del Trattato dell'Unione europea; all'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in termini generali, il riferimento ai valori consacrati nella Convenzione istitutiva dell'Unesco del 1946 e in quella firmata a Parigi nel 1972, consentono di individuare due direttrici fondamentali.

Si afferma, in particolare, che la c.d. “espressione artistica” operi tra la funzione sociale del sistema ordinamentale (art. 9 cost.) e le libertà individuali (art. 33 cost.): “con riguardo al primo aspetto, la promozione dell'arte esige la predisposizione delle condizioni necessarie, poste in essere dallo Stato, all'esercizio in concreto delle libertà artistiche (secondo la Corte Costituzionale, il valore estetico-culturale è primario nell'ordinamento italiano e lo Stato e gli enti locali devono concorrere alla sua promozione). Con riferimento al secondo, invece, l'arte si inserisce a pieno titolo nella trama dei diritti fondamentali della persona umana, primi fra tutti, quelli garantiti negli artt. 1, 2, 3, comma 2 e 4, comma 2, cost.”. Peraltro, considerata la “immediata applicabilità degli artt. 9 e 33 cost. ai rapporti *inter partes*, la consacrazione di tale libertà serve a garantire, riguardo ai diritti ad essa collegati”, ad avviso dell'Autore, “l'effettività della tutela giurisdizionale, nel caso in cui tali interessi siano lesi dalla condotta illecita di soggetti pubblici e privati”.

Dopo l'individuazione di tali valori, l'opera prosegue con l'analisi di alcuni principi operanti nello “spazio” giuridico europeo, ritenendosi che la circolazione e la commercializzazione della “ricchezza”, nella sua accezione più ampia, siano, per lo più, ispirate a parametri di certezza e di sicurezza. Tali principi, invece, appaiono assenti nel caso in cui circoli il bene “opera d'arte”, soprattutto là dove la sua autenticità sia certificata da soggetti – per lo più enti o fondazioni, in assenza dell'artista – a tal uopo costituiti.

La giurisprudenza italiana, come quella dei principali Stati europei, è uniforme nel ritenere che tale attività costituisca la libera manifestazione del pensiero (onde il rinvio all'art. 21 cost.), ma l'Autore, ad esito di un ragionato e approfondito studio, propugna soluzioni diversificate a seconda delle peculiarità del fatto concreto. Si legge, a tal proposito, che “la qualificazione della manifestazione del pensiero ex art. 21 cost. può rilevare, di per sé, là dove sia estrinsecata nei compiti di uno studioso esperto che scrive un saggio scientifico (da qui, il coordinamento con l'art. 33 cost.), oppure uno scritto pubblicato nella stampa di opinione o, infine, un'idea manifestata pubblicamente o per mezzo dei c.d. *media* e dei c.d. *social*. In queste ipotesi, si applicheranno i limiti di cui al comma 6 dell'art. 21 cost. Il caso è diverso invece – come nella gran parte delle fattispecie concrete – quando la manifestazione del pensiero sia calata in un assetto di interessi contrattuale, là dove il contenuto della dichiarazione esprime certamente il pensiero, ma si tratta non già di un'opinione puramente soggettiva, quanto di un 'parere' fondato su valutazioni oggettive: altro è, infatti, esprimere la propria idea sulla bellezza dell'opera o sulla sua idoneità ad essere considerata tale (valutazione puramente soggettiva), altro è verificare che la firma del dipinto sia autografa, che la tela corrisponda a quelle di regola utilizzate dall'artista, che il tratto grafico sia ad esso riconducibile, che i colori siano di qualità uguale a quelli di cui si forniva l'artista, ecc. (valutazioni oggettive)”. Da qui, l'applicabilità della disciplina sul contratto secondo il criterio della compatibilità, soprattutto riguardo ai rimedi previsti in punto di responsabilità per inadempimento.

2. Il rifiuto di archiviazione dell'opera d'arte, da parte dell'ente certificatore, fa sorgere il problema tecnico-giuridico più complesso e che, forse, rappresenta l'aspetto più originale dell'opera.

L'Autore distingue e tratta partitamente le seguenti ipotesi:

a) la domanda di accertamento come presupposto della tutela di una situazione giuridica sostanziale, come quella relativa al risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale;

b) l'accertamento quale presupposto di una richiesta di tutela volta ad eliminare una situazione di incertezza riguardante il diritto di proprietà (dell'opera d'arte);

c) la pretesa avente ad oggetto l'autenticità quale presupposto dell'oggetto di una domanda di risoluzione del contratto di vendita dell'opera (da un lato, per mancanza o difetto di qualità essenziali del bene oggetto della vendita, ex art. 1497 c.c.; dall'altro, allo scopo di far accertare la consegna di *aliud pro alio*); oppure di annullamento per errore sulle qualità essenziali dell'opera d'arte, ex art. 1429 n. 2 c.c.

d) la domanda proposta *tout court*, a prescindere, cioè, dal suo necessario collegamento ad un diritto soggettivo, sol perché l'ente certificatore ne esclude l'inserimento, nel proprio archivio, oppure erra la sua datazione.

In quest'ultimo caso, si critica la giurisprudenza di legittimità e di merito dominanti, secondo le quali, in estrema sintesi, tale pretesa “non ha ad oggetto l'accertamento di un diritto, bensì la verifica dell'esistenza di tutta una serie di qualità del bene, quali il tratto, i colori, l'uso di una determinata tela o di un certo soggetto, i quali, se insieme considerati, possono condurre e concorrere ad un giudizio di probabilità in relazione all'esecuzione da parte di un determinato artista, che operava secondo schemi noti”, onde, in estrema sintesi, la sua inammissibilità.

Dopo un'analisi particolareggiata della dottrina in tale ambito, partendo dalla elaborazione di un Maestro del diritto processuale civile (Chiovenda), l'Autore tenta di proporre una soluzione interpretativa innovativa ai fini dell'ammissibilità di una simile pretesa: si supera, in primo luogo, l'idea di un giudizio accertativo saldamente legato ai soli diritti soggettivi, enfatizzandosi la funzione della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 cost. e il richiamo al “principio di effettività”; si ritiene, in secondo luogo, che l'opera d'arte, come qualsiasi altra *res* giuridica, rappresenta la somma di interessi e di utilità; si conclude, infine, che analizzando la proprietà da un punto di vista non già strutturale ma funzionale, emerge che tale diritto deve essere inteso non solo come potere di godimento ma anche di disposizione e che quest'ultimo (insieme al concetto di utilità del bene) verrebbe irrimediabilmente compromesso, là dove l'ente certificatore neghi irragionevolmente l'autenticità dell'opera. Da qui, l'ammissibilità, in estrema sintesi, della relativa domanda accertativa.

3. Conclude l'analisi lo studio l'analisi dell'autenticità fra contratto e torto.

L'Autore presenta una ragionata rassegna di giurisprudenza su temi già indagati, per certi aspetti, dagli studiosi del diritto, come ad esempio il mancato adempimento dell'obbligo di consegna dei documenti di autenticità (art. 64 c.b.c.); gli acquisti a distanza (recesso, ex art. 52, comma 2, c. cons.; acquisti all'asta pubblica, anche *on line*, e quelli su piattaforme di *e-commerce*); la risoluzione del contratto a seguito di consegna di *aliud pro alio*; l'annullamento del contratto per errore sulle qualità essenziali dell'opera d'arte. L'obiettivo dichiarato – e raggiunto – è quello di ricercare il c.d. “giusto rimedio civile” fra regole alternative.

Lo stesso deve dirsi nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, quali lo studio del danno ingiusto come lesione del diritto all'integrità del patrimonio e della responsabilità per dichiarazioni, afferenti all'autenticità dell'opera, dolosamente false, qualificata dall'Autore quale responsabilità da informazioni inesatte.

Molto innovativo appare, infine, lo studio dei rapporti fra contratto e reato nella vendita di opera falsa, tenuto conto dell'art. 178 codice beni culturali (c.b.c.). Da tale indagine emerge la conclusione secondo cui tale accordo-reato debba, di necessità, essere inteso come illecito e, di conseguenza, "ad esso potrà applicarsi l'art. 1418, comma 1, c.c., tenuto conto che l'art. 178 c.b.c., come ogni disposizione penale, è, di per sé, inderogabile e riconducibile alla categoria delle norme imperative. Come se ciò non bastasse, guardando al concreto assetto di interessi, la nullità potrebbe essere veicolata attraverso il richiamo all'art. 1418, comma 2, c.c. per illiceità della causa (in concreto)".

4. Può conclusivamente osservarsi che quello qui in rassegna è un volume avente ad oggetto un tema originale; chiaro nell'esposizione; e, infine, condivisibile nel metodo utilizzato. Nella consapevolezza che la giurisprudenza è scienza pratica, tenuto conto della complessità del mondo dell'arte e del suo mercato, infatti, l'Autore segue una metodologia volta ad adeguare, con ragionevolezza, la fattispecie astratta alla peculiarità del caso concreto.

